

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: T.A.R. Liguria – Ordinanza 28 febbraio 2025, n. 230.

1. Giustizia amministrativa – Processo amministrativo – Rinvio pregiudiziale alla corte di cassazione ex art. 363-bis cod. civ. – Applicabilità al processo amministrativo -Sussiste -Ragioni.

2. Conferimento di incarico di direzione di struttura sanitaria complessa -Giurisdizione - Posizioni contrastanti del Consiglio di Stato -Deferibilità della questione alla Corte di Cassazione ex art. 363-bis codice di procedura civile -Sussiste.

1. L'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione di diritto, previsto dall'articolo 363-bis del codice di procedura civile, è applicabile anche al processo amministrativo qualora la questione interpretativa risulti necessaria per la definizione del giudizio e sussistano difficoltà interpretative confermate da posizioni contrastanti espresse dal Consiglio di Stato.

In motivazione, la sezione ha richiamato, tra l'altro, i seguenti argomenti: i) il quesito riguarda una questione sulla giurisdizione che è devoluta alla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 111 della Costituzione e dell'art. 110 c.p.a.; ii) l'art. 39, comma 1, del c.p.a. prevede che, per quanto non disciplinato, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali; iii) al giudizio sulla impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato si applicano le norme sul giudizio di cassazione, tra le quali figura anche l'articolo 363-bis c.p.c.; iv) la Corte di cassazione rappresenta l'organo di vertice dell'ordinamento processuale, cui è attribuita la funzione di giudice di legittimità, con il compito di assicurare l'esatta osservanza, l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo (1).

2. In ordine alla fattispecie attinente alla spettanza della giurisdizione sulle procedure di conferimento di incarichi direttivi di struttura sanitaria complessa ai sensi dell'articolo 15, comma 7-bis, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, come modificato dall'art. 20 della legge 5 agosto 2022, n. 118 sussistono posizioni contrastanti espresse dal Consiglio di Stato, con conseguente deferibilità della questione alla Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 363-bis del codice di procedura civile (2).

(1) Mentre la legittimazione del giudice tributario a disporre il rinvio è stata riconosciuta dalla Cassazione (Cass. civ., sez. un., 13 dicembre 2023, n. 34851) la dottrina nega che i giudici amministrativo e contabile possano ricorrere all'art. 363-bis c.p.c. (in tal senso F. AULETTA, Il ricorso in cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, - (Significato e valore attuali dell'art. 111, comma 8, Cost.), in Dir. proc. amm., 2024, 793. In tal senso anche nella relazione n. 96 dell'Ufficio del massimario e del ruolo, Roma, 6 ottobre 2022, 28 (in www.cortedicassazione.it) ove si dubita che il giudice amministrativo possa avvalersi del nuovo strumento introdotto dall'art. 363-bis c.p.c., considerato che le pronunce del giudice amministrativo possono essere impugunate dinanzi alla Corte di cassazione solo per questioni di giurisdizione. Si veda anche M. CIRULLI, Osservazioni sull'art. 363 bis c.p.c., in www.judicium.it, 8 novembre 2024, ove si osserva che “la dottrina nega che i giudici amministrativo e contabile possano interpellare la S.C., non essendo le loro decisioni impugnabili con il ricorso per cassazione, salvo che per motivi attinenti alla giurisdizione: di tale questione pregiudiziale di rito la S.C. – supremo organo regolatore dei conflitti di giurisdizione – può essere officiosamente investita dal giudice speciale. È dubbio, invece, che il rinvio possa concernere altre questioni: e non perché la decisione viziata da errores in iudicando vel in procedendo sia insindacabile (se non per eccesso di potere di giurisdizionale), argomento ormai privo di efficacia persuasiva dopo la riconosciuta legittimazione del giudice cautelare a provocare l'incidente interpretativo, ma perché l'interpretazione vincolante della Cassazione lederebbe l'autonomia del giudice speciale d'appello. Il T.A.R. o la sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti dovrebbe infatti applicare il principio di diritto, che il Consiglio di Stato o la sezione centrale d'appello non potrebbe disattendere.” Possibilista sull'applicabilità anche per i giudici amministrativi e contabili: R. TISCINI, Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione dell'art. 363-bis c.p.c. La disciplina. La casistica., in Giust. civ., 2023, 343, secondo cui “Se si muove dal presupposto che il perimetro di applicazione del rimedio debba coincidere con (e non possa oltrepassare) lo spazio riservato al controllo di legittimità sulle giurisdizioni speciali, si dovrà negare l'uso del rinvio pregiudiziale nelle giurisdizioni amministrativa e contabile, nelle quali il ricorso per cassazione è ammesso solo per motivi di giurisdizione (art. 111, comma 8, Cost.), o al massimo ammetterlo per sollevare esclusivamente questioni attinenti al riparto

di giurisdizione (ove quest'ultimo sia un profilo di indagine suscettibile di essere oggetto di rinvio pregiudiziale. Diversamente, optando per una lettura estesa della disposizione, il raggio di operatività dell'art. 363-bis c.p.c. potrebbe ritenersi estendibile nella sua forma piena (quale che sia il tema di contrasto da sollevare): si tratterebbe di favorire così la funzione nomofilattica proprio in contesti che sarebbero altrimenti ad essa sottratti. Soluzione, quest'ultima, fondata su una logica non molto diversa da quella che giustifica l'invocabilità dell'istituto anche laddove il ricorso per cassazione non sarebbe altrimenti ammissibile o comunque dove non arriverebbe la stabilità del giudicato (come si è visto, nell'ambito della tutela cautelare, nella volontaria giurisdizione o in quella esecutiva)”.

(2) Conformi: A sostegno della giurisdizione del giudice ordinario sulle procedure di conferimento di incarichi direttivi di struttura sanitaria complessa ex art. 15, comma 7-bis, del d.lgs. n. 502 del 1992 in seguito alla novella del 2022: T.a.r. per la Campania, Salerno, sez. III, 30 ottobre 2024, n. 2019; Cons. Stato, sez. III, 19 luglio 2024, n. 6534; 4 giugno 2024, n. 5017; T.a.r. per la Liguria, sez. I, 13 marzo 2024, n. 191; 21 novembre 2023, n. 941; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. V, 29 novembre 2023, n. 2872; T.a.r. Puglia, sez. I, 20 novembre 2023, n. 1342; T.a.r. Piemonte, sez. I, 19 dicembre 2022, n. 1149. A sostegno della giurisdizione del giudice amministrativo: T.a.r. per il Lazio, sez. III-quater, 31 gennaio 2025, n. 2265; Cons. Stato, sez. III, 18 ottobre 2024, n. 8344.

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS- -OMISSIS- e di -OMISSIS- - Azienda Sociosanitaria Ligure 5;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2025 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Il dottor -OMISSIS- -OMISSIS- ha impugnato, dapprima con ricorso principale, di poi con motivi aggiunti, gli atti in epigrafe per il conferimento dell'incarico quinquennale di Direzione della S.C. “Chirurgia Generale ad Alta Complessità” nella disciplina di Chirurgia Generale - Area di Chirurgia e delle Specialità Chirurgiche, dell'Azienda Sociosanitaria Ligure 5.

In particolare con deliberazione n. 670 del 27/7/2023, il Direttore Generale dell'Azienda ASL5 ha indetto avviso pubblico per il conferimento dell'incarico quinquennale di Direttore di Struttura Complessa profilo professionale medico di “Chirurgia Generale ad Alta Complessità” dell'Azienda Sociosanitaria Ligure 5, a un Dirigente Medico nella disciplina di Chirurgia Generale - Area di Chirurgia e delle Specialità Chirurgiche.

L'avviso è stato pubblicato sul B.U. della Regione Liguria n. 35 del 30.08.2023, per estratto, sulla G.U.R.I. n. 65 del 29/08/2023 e, in via integrale, sul sito web istituzionale dell'Azienda all'interno della sezione concorsi.

Al termine della selezione, il Direttore Generale, con deliberazione 514/2024 del 23/05/2024, ha conferito l'incarico al Dott. -OMISSIS- -OMISSIS-.

Il ricorrente ha tempestivamente impugnato gli atti, formulando successivamente motivi aggiunti.

Si sono costituiti in giudizio l'amministrazione intimata e il controinteressato che ha spiegato ricorso incidentale.

Il Collegio con ordinanza 13 settembre 2024 n. 225 ha respinto la domanda cautelare sul presupposto che difettesse la giurisdizione del giudice amministrativo.

Tale ordinanza è stata riformata dal Consiglio di Stato con ordinanza 25 ottobre 2024 n. 3891 che ha imposto al primo giudice la sollecita fissazione dell'udienza di merito ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a..

All'udienza pubblica del 12 febbraio 2025 il Collegio ha provocato le parti al contraddittorio sulla questione di giurisdizione al fine di rimettere la questione interpretativa pregiudiziale alla Cassazione ai sensi dell'art. 363 – bis c.p.c.

In particolare la Cassazione, quale organo regolatore della giurisdizione, dovrà risolvere la questione interpretativa della spettanza della giurisdizione sulle procedure di conferimento di incarichi direttivi di struttura sanitaria complessa ai sensi dell'art. 15 comma 7 – bis d.lgs 502/92 come sostituito dall'art. 20, comma 1, l. 5 agosto 2022 n. 118

Il Collegio ritiene ricorrano nella specie tutti i presupposti per l'applicazione della norma di cui all'art. 363 – bis c.p.c.

L'art. 363 – bis c.p.c., rubricato rinvio pregiudiziale, stabilisce

“Il giudice di merito può disporre con ordinanza, sentite le parti costituite, il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto, quando concorrono le seguenti condizioni:

- 1) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione;*
- 2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative;*
- 3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi.*

L'ordinanza che dispone il rinvio pregiudiziale è motivata, e con riferimento alla condizione di cui al numero 2) del primo comma reca specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili. Essa è immediatamente trasmessa alla Corte di cassazione ed è comunicata alle parti. Il procedimento è sospeso dal giorno in cui è depositata l'ordinanza, salvo il compimento degli atti urgenti e delle attività istruttorie non dipendenti dalla soluzione della questione oggetto del rinvio pregiudiziale.

Il primo presidente, ricevuta l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, entro novanta giorni assegna la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice per l'enunciazione del principio di diritto, o dichiara con decreto l'inammissibilità della questione per la mancanza di una o più delle condizioni di cui al primo comma.

La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia in pubblica udienza, con la requisitoria scritta del pubblico ministero e con facoltà per le parti costituite di depositare brevi memorie, nei termini di cui all'articolo 378.

Con il provvedimento che definisce la questione è disposta la restituzione degli atti al giudice.

Il principio di diritto enunciato dalla Corte è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e, se questo si estingue, anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti.

La stessa possibilità di operare il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 363 – bis c.p.c. da parte dei giudici speciali è già stata positivamente scrutinata dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza 13 dicembre 2023 n. 34851 in relazione al giudice tributario.

Le argomentazioni svolte dal Collegio in quella sede possono essere riproposte con alcune precisazioni che valgono a confermare l'applicabilità del rinvio pregiudiziale al giudice amministrativo.

Preliminarmente deve rilevarsi come la questione che si agita in questo giudizio afferisca alla giurisdizione sulla controversia questione che è devoluta alla Cassazione ai sensi dell'art. 111 u. c. comma Cost. e dell'art. 110 c.p.a..

Ne consegue che la Cassazione ha piena cognizione sulla questione interpretativa sottoposta.

In secondo luogo, il rinvio esterno contenuto nell'art. 39 comma 1, c.p.a. che stabilisce: *“Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali”*, è identico nel suo contenuto a quello di cui all' art. 1, comma 2, d.lgs. 546/92 che stabilisce *“I giudici tributari applicano le norme del presente decreto e, per quanto da esse non disposto e con esse compatibili, le norme del codice di procedura civile”*.

Da altro punto di vista, l'assenza, nel d.lgs. 104/10 relativo al processo amministrativo, di una norma come quella di cui all'art. 62, comma 2, d.lgs. 546/92, non esclude ma, al contrario, conferma l'applicazione integrale al giudizio sull'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, delle norme sul giudizio di Cassazione tra le quali figura anche l'art. 363 – bis c.p.c.

Neppure può ritenersi ostativa all'applicazione dell'art. 363-bis c.p.c. la circostanza che il Tribunale amministrativo regionale appartenga ad un plesso giurisdizionale distinto da quello della Cassazione, atteso che in materia di giurisdizione, materia alla quale afferisce la questione oggetto del presente rinvio pregiudiziale, la Cassazione costituisce l'organo di vertice dell'ordinamento processuale, cui è attribuita la funzione di giudice di legittimità, con il compito di assicurare l'esatta osservanza, l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo:

Inoltre l'istituto del rinvio pregiudiziale, essendo volto a sollecitare un responso anticipato della Corte in ordine ad una questione di diritto, non ancora risolta dalla giurisprudenza di legittimità ed avente carattere seriale, che presenti gravi difficoltà interpretative ed appaia rilevante ai fini della decisione della controversia sottoposta all'esame del giudice remittente si attaglia pienamente alle questioni di giurisdizione.

Pertanto, in linea generale, il Collegio non dubita della ammissibilità del rimedio di cui all'art. 363 – bis c.p.c. anche nel processo amministrativo, qualora, come in questa occasione, il quesito interpretativo attenga a questioni di giurisdizione.

A questo punto occorre dare conto della sussistenza, nel caso di specie, delle condizioni di ammissibilità previste dalla norma stessa.

In primo luogo le parti sono state avvisate dell'intenzione del Collegio di sottoporre alla Cassazione il rinvio pregiudiziale.

In secondo luogo la questione costituisce questione di diritto atteso che riguarda l'interpretazione del citato art. 15, comma 7 - bis d.lgs. 502/92 e dell'art. 63 d.lgs. 165/01.

In terzo luogo la questione è necessaria per la definizione del giudizio atteso che dalla sua soluzione dipende la cognizione da parte del giudice amministrativo della controversia.

In quarto luogo non consta al Collegio che codesta Suprema Corte si sia pronunciata sulla questione. La questione è idonea a porsi in numero relevantissimo di giudizi come è dimostrato dalla copiosa giurisprudenza che si è occupata della questione (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. V, 29 novembre 2023, n. 2872; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 20 novembre 2023, n. 1342; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 3 agosto 2023 n. 1012; T.A.R. Piemonte, sez. I, 19 dicembre 2022, n. 1149, TAR Liguria, II 13 aprile 2024 n. 191, TAR Liguria I, 22 novembre 2023 n. 941, C. S. III, 4 giugno 2024, n. 5017; C. S. III, 19 luglio 2024, n. 6534, C.S. III 18 ottobre 2024 n. 8344).

Sussistono, infine, le gravi difficoltà interpretative richieste dalla norma come condizione di ammissibilità del rinvio, tanto è vero che in un ristretto ambito temporale il Consiglio di Stato ha espresso, come si dirà in seguito, posizioni contrastanti

Il Collegio, a questo punto, ritiene, in ossequio al disposto di cui all'art. 363 – bis c.p.c. di illustrare le diverse posizioni della giurisprudenza sulla questione interpretativa di cui si è dato conto.

A tal riguardo occorre preliminarmente delineare il quadro normativo.

L'art. 63 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 stabilisce: *“1.Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle*

concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo. 2. Il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati. Le sentenze con le quali riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro. Il giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, e comunque in misura non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali. 2-bis. Nel caso di annullamento della sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, il giudice può rideterminare la sanzione, in applicazione delle disposizioni normative e contrattuali vigenti, tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato. 3. Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'articolo 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, e le controversie, promosse da organizzazioni sindacali, dall'ARAN o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva di cui all'articolo 40 e seguenti del presente decreto. 4. Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi. 5. Nelle controversie di cui ai commi 1 e 3 e nel caso di cui all'articolo 64, comma 3, il ricorso per cassazione può essere proposto anche per violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di cui all'articolo 40”.

Nell'ambito della dirigenza sanitaria, la disciplina delle selezioni per il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa è stabilita dall'art. 15, comma 7 – bis d. lgs. 1992 n. 502.

Il testo della disposizione, vigente fino al 26 agosto 2022, prevedeva: “Le regioni, nei limiti delle risorse finanziarie ordinarie, e nei limiti del numero delle strutture complesse previste dall'atto aziendale di cui all'articolo 3, comma 1-bis, tenuto conto delle norme in materia stabilite dalla

contrattazione collettiva, disciplinano i criteri e le procedure per il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa, previo avviso cui l'azienda è tenuta a dare adeguata pubblicità, sulla base dei seguenti principi: a) la selezione viene 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, 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. Qualora fossero sorteggiati tre direttori di struttura complessa della medesima regione ove ha sede l'azienda interessata alla copertura del posto, non si procede alla nomina del terzo sorteggiato e si prosegue nel sorteggio fino ad individuare almeno un componente della commissione direttore di struttura complessa in regione diversa da quella ove ha sede la predetta azienda. La commissione elegge un presidente tra i tre componenti sorteggiati; in caso di parità di voti è eletto il componente più anziano. In caso di parità nelle deliberazioni della commissione prevale il voto del presidente; b) la commissione riceve dall'azienda il profilo professionale del dirigente da incaricare. Sulla base dell'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, la commissione presenta al direttore generale una terna di candidati idonei formata sulla base dei migliori punteggi attribuiti. Il direttore generale individua il candidato da nominare nell'ambito della terna predisposta dalla commissione; ove intenda nominare uno dei due candidati che non hanno conseguito il migliore punteggio, deve motivare analiticamente la scelta. L'azienda sanitaria interessata può preventivamente stabilire che, nei due anni successivi alla data del conferimento dell'incarico, nel caso in cui il dirigente a cui è stato conferito l'incarico dovesse dimettersi o decadere, si procede alla sostituzione conferendo l'incarico ad uno dei due professionisti facenti parte della terna iniziale; c) 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; d) il profilo professionale del dirigente da incaricare, i curricula dei candidati, la relazione della commissione sono pubblicati sul sito internet dell'azienda prima della nomina. Sono altresì pubblicate sul medesimo sito le motivazioni della scelta da parte del direttore generale di cui alla lettera b), terzo periodo. I curricula dei candidati e l'atto motivato di nomina sono pubblicati sul sito dell'ateneo e dell'azienda ospedaliero-universitaria interessati”.

Nella vigenza della disposizione trascritta la giurisprudenza affermava costantemente la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative al conferimento degli incarichi di direzione di struttura sanitaria complessa.

L'art. 20 l. 5 agosto 2022 n. 118 ha sostituito il comma trascritto con il seguente: *“Le regioni, nei limiti delle risorse finanziarie ordinarie e nei limiti del numero delle strutture complesse previste dall'atto aziendale di cui all'articolo 3, comma 1-bis, tenuto conto delle norme in materia stabilite dalla contrattazione collettiva, disciplinano i criteri e le procedure per il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa, previo avviso cui l'azienda è tenuta a dare adeguata pubblicità, sulla base dei seguenti principi: a) 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 di struttura complessa 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. Qualora fosse sorteggiato più di un direttore di struttura complessa della medesima regione ove ha sede l'azienda interessata alla copertura del posto, è nominato componente della commissione il primo sorteggiato e si prosegue nel sorteggio fino a individuare almeno due componenti della commissione direttori di struttura complessa in regioni diverse da quella ove ha sede la predetta azienda. Se all'esito del sorteggio di cui al secondo o al terzo periodo la metà dei direttori di struttura complessa non è di genere diverso, si prosegue nel sorteggio fino ad assicurare ove possibile l'effettiva parità di genere nella composizione della commissione, fermo restando il criterio territoriale di cui al terzo periodo. Assume le funzioni di presidente della commissione il componente con maggiore anzianità di servizio tra i tre direttori sorteggiati. In caso di parità nelle deliberazioni della commissione prevale il voto del presidente. In deroga alle disposizioni di cui al primo periodo, nella provincia autonoma di Bolzano la selezione per il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa 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 un responsabile di struttura complessa in regione diversa da quella ove ha sede l'azienda interessata alla copertura del posto; b) la commissione riceve dall'azienda il profilo professionale del dirigente da incaricare. Sulla base dell'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, la commissione attribuisce a ciascun candidato un punteggio complessivo secondo criteri fissati preventivamente e redige la graduatoria dei candidati.*

Il direttore generale dell'azienda sanitaria procede alla nomina del candidato che ha conseguito il miglior punteggio. A parità di punteggio prevale il candidato più giovane di età. L'azienda sanitaria interessata può preventivamente stabilire che, nei due anni successivi alla data del conferimento dell'incarico, nel caso di dimissioni o decadenza del dirigente a cui è stato conferito l'incarico, si procede alla sostituzione conferendo l'incarico mediante scorrimento della graduatoria dei candidati;c) 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;d) il profilo professionale del dirigente da incaricare, i curricula dei candidati, i criteri di attribuzione del punteggio, la graduatoria dei candidati e la relazione della commissione sono pubblicati nel sito internet dell'azienda prima della nomina. I curricula dei candidati e l'atto motivato di nomina sono pubblicati nei siti internet istituzionali dell'ateneo e dell'azienda ospedaliero-universitaria interessati”.

Per effetto delle modifiche recate con il citato art. 20 l. 5 agosto 2022 n. 118 la giurisprudenza si è divisa tra chi ha continuato a ritenere che la giurisdizione sulle controversie *de quibus*, permanesse in capo al giudice ordinario e chi, invece, ha ritenuto che tali controversie dovessero transitare al giudice amministrativo, essendo riconducibili a procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 63, comma 4, d.lgs. 165/01.

A sostegno della prima tesi sono stati adottati i seguenti argomenti, ben compendati dalla sentenza TAR Liguria, I, 22 novembre 2023 n. 941:

La selezione per il conferimento dell'incarico di direttore di struttura complessa attiene al “conferimento degli incarichi di direzione” (art. 15, comma 7-bis, primo cpv., del d.lgs. n. 502/1992) le cui controversie sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario per espressa previsione della norma speciale di cui al sopra menzionato art. 63, comma 1, del d.lgs n. 165/01, come interpretata dalla costante giurisprudenza (ex pluribus: Cass., SU, nn. 13491/2021 e 6455/2020; Cons. Stato, Sez. III, n. 1850/2019; T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. II, n. 639/2023);

Le modifiche introdotte con la l. n. 118/2022 non hanno mutato la natura dell'incarico di direzione di struttura complessa sicché la procedura selettiva, anche dopo la novella, continua ad essere finalizzata all'attribuzione di un incarico dirigenziale con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in applicazione della norma citata, come costantemente interpretata della giurisprudenza (ex multis: Cass. SU n. 13491/2021 e n. 6455/2020; Cons. Stato, Sez. III, n. 1850/2019; Tar Lecce, sezione II, n. 1012/2023);

Anche ipotizzando che la novella n. 118/2022 abbia assimilato ad un concorso la procedura di conferimento dell'incarico dirigenziale in questione, la giurisdizione resterebbe comunque devoluta al giudice ordinario atteso che: a) si tratterebbe, comunque, del conferimento di un incarico dirigenziale che, ai sensi della norma speciale suddetta di cui all'art. 63, comma 1, del d.lgs n. 165/01, è espressamente mantenuto nell'orbita della giurisdizione ordinaria; b) ai sensi del comma 4 dell'art. 63, del d.lgs n. 165/01 la giurisdizione del giudice amministrativo è configurabile solo nelle ipotesi di concorsi finalizzati alla "assunzione" del dipendente, mentre l'incarico di direttore di struttura complessa in questione è conferibile a chi sia già stato assunto nel ruolo della dirigenza medica mediante concorso pubblico ai sensi dell'art. 15, comma 7, primo periodo del d.lgs n. 502/92 e s.m.i. Sul punto la costante giurisprudenza ha precisato che "la riserva stabilita in favore del giudice amministrativo concerne soltanto le procedure concorsuali strumentali all'assunzione o alla progressione in un'area o fascia superiore a quella di appartenenza, laddove gli atti di conferimento d'incarichi dirigenziali - i quali non concretano procedure concorsuali ed hanno come destinatari persone già in servizio nonché in possesso della relativa qualifica - conservano natura privata in quanto rivestono il carattere di determinazioni negoziali assunte dall'Amministrazione con i poteri e le capacità del comune datore di lavoro" (cfr. ex aliis: Cass., SU, n. 13491/2021; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III quater, n. 5776/2021).

Simile posizione è stata condivisa da una parte della giurisprudenza amministrativa che afferma il principio secondo cui le modifiche introdotte dalla legge n. 118 del 2022, pur incrementando la procedimentalizzazione della selezione, non incidono sul riparto di giurisdizione (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. V, 29 novembre 2023, n. 2872; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 20 novembre 2023, n. 1342; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 3 agosto 2023 n. 1012; T.A.R. Piemonte, sez. I, 19 dicembre 2022, n. 1149, TAR Liguria, II 13 aprile 2024 n. 191).

Anche il Consiglio di Stato ha espresso un orientamento conforme a questo indirizzo (C. S. III, 4 giugno 2024, n. 5017; C. S. III, 19 luglio 2024, n. 6534).

Il Consiglio di Stato, tuttavia, a partire dalla sentenza 18 ottobre 2024 n. 8344 ha mutato orientamento, ritenendo tali controversie attratte alla giurisdizione del giudice amministrativo.

A sostegno di tale orientamento il Consiglio di Stato adduce i seguenti argomenti.

per effetto della riforma dell'art. 15, comma 7 – bis d.lgs. 502/92 ad opera dell'art. 20 l. 118/22 è venuto meno il carattere fiduciario del conferimento dell'incarico e la procedura è stata attratta al modello concorsuale con conseguente applicazione dell'art. 63, comma 4, d.lgs. 165/01;

la selezione non è limitata ai medici in servizio presso l'Asl che bandisce la selezione ma, essendo "aperta e pubblica" assume i connotati di una procedura per l'immissione in servizio di un sanitario,

in posto qualificato, presso l'Azienda procedente. Detto in altri termini, la procedura sarebbe finalizzata all'assunzione in servizio di un sanitario;

l'incarico di direzione di struttura complessa rientra nel secondo livello dirigenziale del ruolo sanitario, sicché esso - traducendosi in un nuovo vincolo contrattuale afferente ad una fascia o area funzionale e professionale distinta e superiore a quella di provenienza (in quanto differente sul piano qualitativo e mansionale, delle competenze, responsabilità e professionalità, quindi non solo sul piano quantitativo o retributivo) - rappresenta per i dirigenti di prima fascia che vi ambiscono, già incardinati presso l'Amministrazione procedente, una "progressione in un'area o fascia superiore a quella di appartenenza" ovvero l'acquisizione di uno "status" professionale nuovo e più elevato.

Il Collegio, dopo avere dato conto del contrasto giurisprudenziale non può esimersi dallo svolgere alcune considerazioni a sostegno della propria giurisprudenza.

La circostanza che il carattere fiduciario della nomina sia venuto meno non vale di per sé a sottrarre l'attribuzione degli incarichi dirigenziali all'ambito di applicabilità dell'art. 63, comma 1, d.lgs. 165/01 ben potendo anche il privato datore di lavoro predisporre regole per l'individuazione tra i propri dipendenti, dei destinatari degli incarichi dirigenziali. Da altro punto di vista la previsione dell'art. 63, comma 1, configura, in relazione alle controversie relative al conferimento degli incarichi, la giurisdizione del giudice ordinario a prescindere dalla natura discrezionale o vincolata della procedura di conferimento.

La circostanza che la procedura sia "aperta" anche a sanitari non dipendenti della medesima ASL che bandisce la selezione non vale di per sé a connotare la procedura come immissione in servizio del sanitario come emerge dall'art. 15, comma 5, d.lgs. 502/92 che stabilisce: "Alla dirigenza sanitaria si accede mediante concorso pubblico per titoli ed esami, disciplinato ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 10 dicembre 1997, n. 483 ivi compresa la possibilità di accesso con una specializzazione in disciplina affine. Gli incarichi di direzione di struttura complessa sono attribuiti a coloro che siano in possesso dei requisiti di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 dicembre 1997, n. 484.246"

Il concorso è, pertanto, previsto soltanto per l'immissione nel ruolo della dirigenza sanitaria che costituisce ruolo unico. La immissione nel ruolo della dirigenza sanitaria costituisce poi il presupposto per l'attribuzione di incarichi di diversa tipologia tra i quali in particolare quelli di alta specializzazione e direzione di struttura semplice di cui all'art.15 comma 4, d.lgs. 502/92 e degli incarichi di struttura complessa di cui all'art. 15, comma 6 del d. lgs. 502/92..

Da ultimo l'incarico di direzione struttura complessa non afferisce ad una fascia o area funzionale e professionale distinta e superiore a quella di provenienza.

In questo senso depone il chiaro tenore dell'art. 15, comma 1, d.lgs. 502/92 nell'affermare che “la dirigenza sanitaria è collocata in un unico ruolo, distinto per profili professionali, ed in un unico livello, articolato in relazione alle diverse responsabilità professionali e gestionali”.

Alla luce delle suesposte considerazioni, al fine di evitare che il protrarsi di una situazione di incertezza determini significativi pregiudizi ai danni degli interessati, il Collegio di sottoporre la questione interpretativa dell'art. 15, comma 7 – bis d.lgs. 502/92 e dell'art. 63 d.lgs. 165/01 in relazione alla sussistenza o meno della giurisdizione del giudice amministrativo in subiecta materia, alla Cassazione ai sensi dell'art. 363 – bis c.p.c.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda) solleva, ai sensi dell'art. 363 – bis c.p.c., la questione interpretativa degli artt. 15, comma 7 – bis d. lgs. 502/92 e 63 d.lgs. 165/01 in ordine alla giurisdizione sulle controversie relative alle procedure per il conferimento degli incarichi di direzione di struttura sanitaria complessa.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte di Cassazione.

Dispone la sospensione del processo.

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Luca Morbelli, Presidente, Estensore

Angelo Vitali, Consigliere

Richard Goso, Consigliere