

Corte d'Appello Venezia, sez. lavoro, sent. n. 365 del 23 luglio 2015
Azienda Ulss n.1 della Regione Veneto di Belluno (Avv.ti Furlan e Mattiuzzi) G. P., T. A., M. E., T. D. (Avv.ti Rossi e Miazzi)

Accesso alla dirigenza sanitaria e principio del pubblico concorso

Pubblico impiego – accesso – concorso pubblico – procedure riservate – ruolo sanitario – disapplicazione atti amministrativi - legittimità

In materia di accesso alla dirigenza sanitaria la regola del pubblico concorso non è derogabile se non in presenza di peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico. Tale principio, infatti, è valido anche per l'inquadramento in ruolo, modalità attraverso la quale si realizza l'inserimento stabile dell'impiegato in un posto della pianta organizzativa della Pubblica Amministrazione, ed è tanto più valido considerando il rilievo che la dirigenza sanitaria assume nell'organizzazione del sistema sanitario nazionale.

Ne consegue l'illegittimità della procedura prevista dalla DGR Veneto che consente la partecipazione alla selezione dei soli medici titolari di incarichi a tempo indeterminato alla data di scadenza dell'avviso, in quanto il procedimento difetta dell'apertura al pubblico, caratteristica essenziale del pubblico concorso, dando luogo, pertanto, ad un'immotivata deroga al principio costituzionale.

Il potere del giudice ordinario di disapplicare gli atti amministrativi presupposti illegittimi e rilevanti ai fini della decisione, prevista dall'art. 65 d.lgs. 165/2001, sussiste anche a favore dell'Amministrazione quando tali atti risultino viziati per violazione di norme di rango costituzionale.

1. La sentenza in esame offre interessanti spunti di riflessione sulla derogabilità della regola del concorso pubblico come mezzo di accesso al pubblico impiego, nonché sul potere del giudice ordinario di sindacare gli atti della pubblica amministrazione, temi che si mostrano strettamente connessi.

Con questa decisione viene accolto l'appello avverso alla sentenza di primo grado che accertava il diritto all'assunzione dei medici convenzionati a tempo indeterminato con l'Azienda sanitaria per il servizio dell'Emergenza Sanitaria Territoriale, medici risultati idonei al termine della procedura selettiva indetta dalla Regione Veneto. La delibera della Giunta Regionale, disponendo l'avvio di tale procedura, prevedeva invero che vi potessero concorrere i medici titolari di incarico a tempo indeterminato nell'Emergenza Sanitaria Territoriale presso Aziende ULSS della Regione Veneto n servizio alla data di scadenza dell'avviso, richiamando in proposito la procedura di cui all'art. 8, co. 1 bis, d.lgs. n. 502/1992.

Successivamente, in seguito al superamento del giudizio di idoneità e alle comunicazioni dell'ULSS relative al passaggio in ruolo dei medici, la stessa Azienda Sanitaria comunicava di non poter adottare il provvedimento di passaggio in ruolo, in quanto la procedura adottata doveva ritenersi illegittima alla luce di quanto enunciato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 149/2010.

Appare evidente che i requisiti posti dalla DGR si discostano da quelli previsti dalla disposizione in essa richiamata; la norma di cui all'art. 8, co. 1 bis, d. lgs. n. 502/1992 era stata introdotta per permettere, nell'ambito di una situazione di transizione, il passaggio in ruolo di medici precedentemente titolari di un rapporto convenzionato. Per questo, detta norma dispone che le Regioni, entro un anno dall'entrata in vigore del d. lgs. n. 229/99, possano individuare le aree di attività dell'emergenza territoriale e della medicina dei servizi che richiedono l'instaurarsi di un rapporto di impiego, prevedendo la possibilità di inquadramento nel ruolo sanitario dei "medici in servizio alla data di entrata in vigore del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229, addetti a tali attività, i quali al 31 dicembre 1998 risultavano titolari di un incarico a tempo indeterminato da

almeno cinque anni, o comunque al compimento del quinto anno di incarico a tempo indeterminato". La DGR Veneto in questione non rispetta le particolari condizioni e i riferimenti temporali contenuti nella norma: infatti, oltre ad essere emanata ben oltre il termine annuale previsto, prevede la possibilità di partecipare alla selezione per i medici titolari di incarico a tempo indeterminato alla scadenza dell'avviso, e non, come richiesto dalla norma, all'entrata in vigore del d. lgs. n. 229/1999

Si viene così a configurare una deroga all'accesso al lavoro nella P.A. per concorso, non rispondente all'ipotesi prevista per legge; ma per cogliere le ragioni che hanno portato la Corte d'Appello a ritenere illegittima tale previsione è utile soffermarsi brevemente sulle modalità di accesso al pubblico impiego e sulla possibilità di derogare alla regola del pubblico concorso.

2. Principio generale, costituzionalmente protetto, è infatti quello per cui il mezzo ordinario e generale di reclutamento del personale della Pubblica Amministrazione, consiste nel pubblico concorso, in quanto lo stesso viene considerato l'unico strumento rispondente alla finalità di assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione¹, valori costituzionalmente garantiti².

La procedura concorsuale, caratterizzata da trasparenza e oggettività, ed eliminando la possibilità di valutazioni arbitrarie, garantisce che la selezione effettuata tra i concorrenti, in possesso a loro volta di requisiti obiettivamente e preventivamente posti, sia effettuata su base meritocratica e imparziale³. Tratti caratterizzanti del pubblico concorso sono, pertanto, la natura comparativa della procedura, la natura aperta della stessa e la sua congruità ad accertare i requisiti che consentano un proficuo inserimento nello specifico posto di ruolo che sarà ricoperto dal vincitore, in quanto la selezione deve essere riferita alla tipologia ed al livello delle funzioni da assumere⁴.

Le eccezioni al concorso come criterio di accesso al pubblico impiego sono soggette a distinti ordini di limitazioni: innanzi tutto in materia vi è una riserva di legge⁵, inoltre tali eccezioni sono consentite solo in quanto funzionali al buon andamento della pubblica amministrazione, e pertanto devono essere motivate da peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico. In ragione della natura eccezionale, le deroghe sono contraddistinte dal carattere della tassatività e devono essere interpretate in modo rigoroso, insuscettibile di estensione analogica⁶. La giurisprudenza ha stabilito come requisiti che rendono ammissibili le eccezioni il fatto che queste siano contenute in percentuali limitate, rispetto alla globalità delle assunzioni da effettuare; che l'assunzione debba corrispondere ad una specifica necessità funzionale dell'amministrazione; che sia comunque garantito il possesso di adeguata professionalità tecnica da parte del personale⁷.

¹ C. PINELLI *Commento agli artt. 97 e 98* in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione* Bologna, Zanichelli – Roma Società del Foro italiano, 1994; E. BINDI *Legittimità costituzionale e modalità di attuazione del principio del buon andamento* Giurisprudenza Costituzionale, 1994, p. 3174; C. DE FIORIS, *"I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione?" Brevi considerazioni sulla dimensione costituzionale del pubblico impiego tra privatizzazione del rapporto di lavoro e revisione del Titolo V* in *Diritto pubblico*, fasc. 1, 2006, vol. 12, p. 149.

² Ex plurimis Corte Cost. n. 299/2011; Corte Cost. n. 190/2005, Corte Cost. n. 205/2004; Corte Cost. n. 34/2004, Cort Cost. n. 1/1999.

³ Corte Cost. n. 62/2012; G. NICOSIA, *La "carriera" dei dipendenti pubblici nel prisma delle procedure selettive e concorsuali*, in questa rivista, fasc. 1, 2012, p. 109; Corte Cost. n. 363/2006; B. GAGLIARDI, *Il principio del pubblico concorso negli ordinamenti autonomi* in *Foro amministrativo, Consiglio di Stato* fasc. 1, 2007, p. 41; L. FLORE, *La regola concorso nel pubblico impiego privatizzato e le sue eccezioni* in *Foro amministrativo, Consiglio di Stato* fasc. 1, 2007, p. 52.

⁴ Corte Cost. n. 225/2010; S. DE GOTZEN, *Il principio del pubblico concorso ed eccezioni alla regola per motivi di pubblico interesse. Concorsi riservati e utilizzo di graduatorie esistenti* in *Le Regioni*, fasc. 3, 2013, p. 642

⁵ S. CALIANDRO, *Concorso nel pubblico impiego e potestà legislativa concorrente*, in *Rivista Italiana Diritto Lavoro*, fasc. 1, 2011, p. 99. In merito alla competenza ad emanare tali leggi non esiste una prerogativa della legge dello Stato a determinare *"il nucleo minimo garantito del principio del concorso"* Corte Cost. n. 156/2011;

Per alcuni autori sussiste un potere dell'autonomia collettiva nella determinazione delle ipotesi di deroga A. MARESCA *Le trasformazioni del rapporto di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in *Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 1996, p. 187.

⁶ Corte Cost. nn. 205, 363 e 81 del 2006; Corte Cost. n. 299/2011; Corte Cost. 30/2012; Corte Cost. 299/2011

⁷ Cass. n. 225/2010; Cass. n. 215/2009.

Viene poi ormai costantemente affermato⁸ che, salvo casi eccezionali, il principio del pubblico concorso sia tanto pregnante da contraddistinguere anche la disciplina della progressione di carriera, poiché anche per il passaggio di qualifica è richiesto un accertamento selettivo delle attitudini professionali che solo il concorso aperto a tutti può garantire.

Questo porta ad escludere in linea generale la legittimità di procedure riservate esclusivamente a personale già appartenente alla P.A, dovendo essere garantita la natura comparativa ed aperta della procedura che, come si è visto, è uno dei requisiti del concorso pubblico⁹.

Anche a tali regole può derogarsi solo in presenza di peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico: in particolare la giurisprudenza non ritiene sufficiente la semplice circostanza che determinate categorie di dipendenti abbiano prestato attività a tempo determinato presso l'amministrazione, né la personale aspettativa degli aspiranti ad una misura di stabilizzazione.¹⁰

Tornando all'oggetto della pronuncia in commento, è noto come il sistema della dirigenza nel Servizio Sanitario Nazionale sia caratterizzato da un alto grado di specialità rispetto alla disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni; nel comparto la norma di riferimento è il d. lgs. n. 502/1992, contenente la disciplina speciale assieme a quella generale prevista dal d. lgs. n. 165/2001.

In un'ottica di valorizzazione della professionalità dei medici appartenenti al Servizio Sanitario Nazionale, il d. lgs. n. 502/1992 ha attribuito a tutti gli esercenti le professioni sanitarie la qualifica dirigenziale, mentre l'ulteriore modifica apportata dal d. lgs. n. 229/1999 ha articolato la dirigenza sanitaria in un unico ruolo, distinto per profili professionali, e in un unico livello, articolato in relazione alle diverse responsabilità professionali e gestionali. (art. 15 d. lgs. n. 502/1992). Le funzioni dei dirigenti, all'interno del ruolo unico, sono poi graduate ed articolate differentemente in ragione del conferimento di incarichi di responsabilità di struttura complessa o di struttura semplice.¹¹ I dirigenti sanitari di prima fascia, nei primi cinque anni dall'assunzione, sono chiamati a prestare attività sostanzialmente professionale, mentre l'attività gestionale, usualmente propria della qualifica, è demandata ai dirigenti di seconda fascia o ai dirigenti di struttura complessa.

La specialità del settore si palesa anche in questo, potendosi reputare dirigenziali le funzioni mediche a prescindere dallo svolgimento di funzioni di direzione di strutture o di studio o di ricerca, nonché nel meccanismo di conferimento degli incarichi, che è sottratto alla disciplina del d. lgs. n. 165/2001: alla dirigenza medica si accede comunque mediante concorso pubblico, per titoli ed esami, ai sensi dell'art. 15 co. 7 d. lgs. n. 502/1992¹².

La Corte d'Appello di Venezia, confermando l'orientamento giurisprudenziale in materia,¹³ e in

⁸ B. GAGLIARDI, *Principio del pubblico concorso e professionalità dei pubblici funzionari*, in Foro Amministrativo, Consiglio di Stato, fasc. 12, 2009, p. 2799; G. ZILIO GRANDI, *Il concorso pubblico quale strumento ordinario di accesso alle pubbliche amministrazioni, tra regola costituzionale e prassi* in Rivista Italiana Diritto del Lavoro, fasc. 2, 2007, p. 269; A. BOSCATI, *Il dirigente dello Stato: contratto di lavoro e organizzazione*, Milano, Giuffrè, 2006; U. CARABELLI, M.T. CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia* Bari, Cacucci, 2010; F. CARINCI, L. ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, UTET, 2004; A. ZOPPOLI, *La dirigenza pubblica rivisitata: politiche, regole, modelli*, Napoli, Jovene, 2004.

⁹ M. AMENDOLA, *Concorso a pubblico impiego*, in Enciclopedia Dejure, VIII, 1961; Corte Cost. n. 109/2011, che richiama le sentenze n. 7/2011 e n. 478/1995; Corte Cost. n. 9/2010, Corte Cost. n. 191/2007, Corte Cost. n. 205/2004, Corte Cost. n. 34/2004, Corte Cost. n. 427/2007, Corte Cost. n. 190/2005, Corte Cost. n. 517/2002; Corte Cost. n. 141/1999; Corte Cost. n. 299/2011; Corte Cost. n. 205/2004; Corte Cost. n. 108/2001; Corte Cost. n. 100/2010; Corte Cost. n. 293/2009.

¹⁰ Corte Cost. n. 67/2011; Corte Cost. n. 52/2011; Corte Cost. n. 235/2010; Corte Cost. n. 363/2006; Corte Cost. n. 34/2004.

¹¹ P. NOVELLI, *Il rapporto di lavoro esclusivo della dirigenza sanitaria alla luce delle recenti riforme*, in Foro Amministrativo, Consiglio di Stato, fasc. 4, 2003, p. 1444.

¹² M. N. BETTINI, *Dirigenza sanitaria e disciplina di conferimento degli incarichi*, in Lavoro e previdenza oggi fasc. 4, 2008, p. 555.

¹³ Corte Cost. n. 68/2011; Corte Cost. n. 267/2010; Corte Cost. n. 150/2010; Corte Cost. n. 9/2010; Corte Cost. n. 293/2009; Corte Cost. n. 215/2009; Corte cost. n. 190/2005; Corte Cost. n. 34/2004.

applicazione dei principi esposti, validi anche per il settore della dirigenza medica¹⁴, ritiene dunque che l'inquadramento in ruolo dei medici titolari di rapporto convenzionato possa avvenire solo all'esito di una procedura concorsuale.

Come visto, infatti, non solo il pubblico concorso è lo strumento principe attraverso cui deve costituirsi il rapporto con la Pubblica Amministrazione, ma tale strumento deve regolare anche il collocamento in ruolo, essendo la modalità attraverso cui si realizza, mediante la trasformazione di un mero rapporto contrattuale, lo stabile inserimento nella pianta organica della P.A.¹⁵; pertanto non si può ritenere sufficiente il fatto che il rapporto convenzionato di cui erano titolari i medici partecipanti alla selezione fosse esito di una procedura concorsuale.

Non solo, ma il principio del pubblico concorso è ritenuto ancor più pregnante e vincolante nel caso di specie essendo in discussione l'accesso alla dirigenza medica, settore le cui prestazioni rivestono marcato rilievo per l'organizzazione del servizio sanitario.

Per questi motivi la Corte reputa illegittimi gli atti amministrativi fondanti, *sub specie* di DGR, il diritto dei medici all'assunzione e procede alla loro disapplicazione, riformando la sentenza di primo grado.

Il procedimento previsto dalla DGR è invero illegittimo per violazione dei principi costituzionali in quanto non presenta le caratteristiche del pubblico concorso, giacché la selezione è totalmente riservata ai medici titolari di incarico a tempo indeterminato a 38 ore/settimanali nell'Emergenza Sanitaria Territoriale presso Aziende ULSS della Regione Veneto; risulta pertanto preclusa la possibilità di partecipazione da parte di soggetti esterni, requisito necessario perché la procedura si possa definire concorsuale.

Neppure, nonostante il richiamo all'art. 8, co. 1 bis, d. lgs. n. 502/1992 operato nella delibera, il procedimento può ritenersi compreso nell'ambito della deroga al principio di cui all'art. 98 della Costituzione, norma eccezionale; infatti non solo la Regione non ha rispettato nell'emanazione della delibera il termine annuale posto nell'articolo di legge, ma, soprattutto, non ha ripreso i requisiti previsti dalla norma speciale, consistenti nella titolarità di incarico da 5 anni alla data di entrata in vigore del d. lgs. n. 229/1999. Pertanto si è in presenza di una disposizione illegittima, in quanto costituente eccezione al principio costituzionale, non emessa in base all'art. 8, co. 1 bis, d. lgs. n. 502/1992 e non giustificata dal ricorrere di gravi e peculiari esigenze di interesse pubblico.

3. Ulteriore questione nodale affrontata e risolta dai giudici di secondo grado è quella relativa alla disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario.

Mediante l'istituto della disapplicazione, disciplinato dall'art. 63 del d. lgs. n. 165/2001, che ricalca quanto già previsto dall'art. 5 della l. n. 2248/1865, il legislatore ha inteso offrire al cittadino uno strumento che consentisse una tutela dei diritti equivalente a quella offerta, nell'ambito del processo amministrativo, all'esercizio dei poteri del giudice.

Ciò si era reso necessario a seguito del diverso riparto di giurisdizione comportante l'accorpamento delle controversie di lavoro in materia di pubblico impiego privatizzato dinnanzi al giudice ordinario, nei limiti fissati dall'art. 63 d. lgs. n. 165/2001.¹⁶

Nell'ambito del sistema così delineato, la disapplicazione dell'atto presupposto considerato illegittimo da parte del giudice del lavoro offre alla parte garanzie corrispondenti a quelle assicurate nel giudizio amministrativo dall'esercizio del potere di annullamento, consentendo l'unificazione della tutela dinanzi al medesimo organo giurisdizionale, senza necessità di previa impugnazione di fronte al giudice amministrativo, possibilità talora prevista ma di portata residuale.¹⁷

¹⁴P. LAMBERTUCCI, *Dirigenza sanitaria, responsabilità dirigenziale e gestione delle risorse umane: brevi appunti*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 5, 2006, p. 825; F. MARINELLI, *Nota a Tribunale di Avellino, sentenza 19 aprile 2004* in questa rivista, fasc. 3-4, 3004, p. 732; C. BOTTARI, P. TULLINI, *La dirigenza sanitaria*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2004.

¹⁵Corte Cost. n. 215/2009.

¹⁶L. FLORE, *Ancora in tema di permanenti: sulle graduatorie degli insegnanti decide il giudice ordinario*, in *Diritto Processuale Civile*, fasc. 3, 2009, p. 774.

¹⁷A. VALLEBONA, *Provvedimenti del giudice ed esecuzione nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Argomenti Diritto Lavoro*, 2000, p. 215; MENGHINI, *Tutela del lavoratore pubblico e disapplicazione degli atti amministrativi*

Discende dalla *ratio* della previsione di cui al T.U. sul pubblico impiego la preclusione al giudice ordinario del potere di disapplicare l'atto amministrativo quando tale atto sia l'esclusivo fondamento del diritto soggettivo dedotto in giudizio, essendo tal potere esercitabile solo quando l'atto amministrativo si ponga come antecedente logico al diritto vantato: nel caso contrario la valutazione di legittimità dell'atto è infatti necessariamente parte integrante del giudizio¹⁸.

Ma il punto realmente decisivo della sentenza che si annota è relativo alla possibilità del giudice adito di disapplicare l'atto amministrativo quando tale domanda sia stata formulata nell'interesse di un'amministrazione, nel caso di specie l'Ulss.

A riguardo si deve registrare l'orientamento giurisprudenziale secondo cui non si può procedere a disapplicazione di un atto a favore della pubblica amministrazione, in quanto tale possibilità è stata prevista per tutelare l'interesse del privato¹⁹.

Nelle fattispecie vi è una peculiarità, in quanto l'ULSS parte del giudizio chiede la disapplicazione di tutti gli atti amministrativi illegittimi: considerando che l'Azienda aveva revocato tutti i suoi precedenti atti provenienti già con la comunicazione con la quale il direttore dichiarava di non procedere all'assunzione, la richiesta di disapplicazione non può che avere per oggetto gli atti della Regione. Avverso tale richiesta, pertanto, non si può eccepire il mancato esercizio da parte dell'amministrazione appellante del potere di autotutela, in quanto l'Azienda sanitaria, pur essendo un organo costituito presso la Regione, non ha certamente il potere di revocare atti emanati da quest'ultima, ed è questo l'aspetto considerato ai fini della decisione.

La Corte adita compie, infine, un ulteriore passo in avanti: nel motivare la sussistenza del potere di disapplicazione non si limita infatti, come la giurisprudenza che essa stessa cita, ad affermare che questo potere sia esercitabile in presenza di un atto amministrativo emesso sulla base di una legge dichiarata costituzionalmente illegittima (conseguenza che discende dal fatto che la dichiarazione di incostituzionalità di una norma rende suscettibile di rimozione –in tal caso suscettibile di disapplicazione, considerando i limiti propri della giurisdizione del giudice ordinario- l'atto conseguente emanato sulla base di essa²⁰) ma ritiene che il potere del giudice ordinario sussista, di per sé, in quanto l'atto amministrativo “*risulta viziato per violazione di una norma di rango costituzionale*”, rendendo superflua ogni ulteriore valutazione.

Maria Laura Picunio

Borsista di ricerca, Università Ca' Foscari Venezia

presupposti, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 1, 2006, p. 3 rileva che la tutela offerta dinanzi giudice ordinario non offra in realtà garanzie completamente sovrapponibili a quelle del giudizio amministrativo, esempio più rilevante è l'impossibilità di proporre il giudizio di ottemperanza.

¹⁸ Cass. n. 20321/2007.

¹⁹ Cass. n. 5703/2010; Cass. n. 13941/2009.

²⁰ Cons. Stato Ad. Plenaria n. 8/1963.