

Tar Campania - Sentenza n. 1228/2004

Se l'azienda ospedaliera non fissa gli obiettivi., il dirigente deve rivolgersi al giudice ordinario

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale amministrativo regionale della Campania, Sezione V composto dai signori magistrati:

composto dai signori Magistrati

Carlo D'Alessandro

PRESIDENTE

Fabio Donadono

CONSIGLIERE

Federica Tondin

REFERENDARIO RELATORE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 11792 del 2003 r.g. proposto da Zeppetella Gianluigi, elettivamente domiciliato in Napoli, via Cesario Console 3, presso lo studio dei procuratori avv. Antonio Giasi e Giuseppe Perullo, che lo rappresentano e difendono in virtù di mandato a margine del ricorso introduttivo

contro

Azienda ospedaliera di livello nazionale e di alta specializzazione di Caserta, in persona del Direttore generale legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Napoli, piazza della Repubblica 2, presso lo studio dell'avv. Andrea Rallo, unitamente al procuratore avv. Francesco Saverio Frasca, che la rappresenta e difende in virtù di mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta

per l'annullamento

del silenzio rifiuto formatosi sulla diffida notificata in data 14.07.2003 con la quale si chiedeva l'assegnazione degli obiettivi di cui all'art. 63 del C.C.N.L. del 5.12.96, relativo alla dirigenza medica del S.S.N., e dall'art. 15 bis del D.Lvo 30.12.92 n. 502;

Visto il ricorso ed i relativi allegati;

Vista la memoria di costituzione della resistente e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti di causa;

alla pubblica udienza dell'11 dicembre 2003, relatore la dott.ssa Federica Tondin, uditi i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue

FATTO

Espone il ricorrente, dirigente medico di II livello in servizio presso l'azienda ospedaliera di rilievo nazionale e di alta specializzazione di Caserta, di aver richiesto al datore di lavoro, con diffida in data 14/7/2003, la fissazione degli obiettivi di cui agli artt. 15 bis del d. lvo. 30/12/1992 n. 502 e 65 del contratto collettivo nazionale del 15/12/1996 relativo alla dirigenza medica del servizio sanitario nazionale.

In assenza di riscontro da parte dell'Azienda, egli ha azionato la propria pretesa dinanzi a questo T.A.R. per sentir dichiarare l'illegittimità del silenzio rifiuto serbato sull'istanza.

Si è costituita l'Azienda ospedaliera resistente, evidenziando la carenza di giurisdizione del giudice adito e l'infondatezza nel merito della pretesa.

All'udienza dell'11 dicembre 2003, il ricorso è stato discusso ed assunto in decisione.

DIRITTO

L'eccezione preliminare di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo è fondata e va accolta.

Il ricorrente ha infatti richiesto la fissazione degli obiettivi di cui alle sopra citate disposizioni per poi qualificare l'inerzia dell'amministrazione come silenzio rifiuto, avverso il quale è stato promosso il presente giudizio.

Tuttavia, il silenzio rifiuto può essere "provocato" solo laddove venga in considerazione un'attività provvedimentale della pubblica amministrazione, a fronte della quale siano configurabili posizioni di interesse legittimo, e non nei casi in cui l'attività "sollecitata" non abbia caratteri pubblicistici, per essere espressione di autonomia privata. Diversamente argomentando, infatti, si giungerebbe a ritenere che il giudice amministrativo abbia il potere di "imporre" alla pubblica amministrazione di prendere posizione esplicita in riferimento a richieste negoziali altrui, e ciò in palese violazione dei principi civilistici sulla libertà contrattuale.

Ciò premesso, occorre verificare se l'atto con il quale vengono fissati gli obiettivi ai dirigenti del servizio sanitario nazionale abbia natura provvedimentale o negoziale.

Allo stato attuale della legislazione, i moduli di organizzazione del lavoro della pubblica amministrazione rientrano, tranne i casi eccettuati, nell'ambito del diritto privato. Come il previgente art. 4 del Decreto legislativo 3 febbraio 1993 n. 29, il Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", prevede al comma 2 dell'art. 5, significativamente intitolato "Potere di organizzazione", che: "... 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".

Tale norma, applicabile al contesto generale del pubblico impiego, riceve una ulteriore qualificazione in senso privatistico proprio nell'ambito della sanità, dove il profilo organizzativo è maggiormente specificato, nella sua attuazione, dall'art. 3 del Decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 "Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23

ottobre 1992, n. 421”, in cui si prevede che, nelle aziende sanitarie, la “organizzazione ed il funzionamento sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato, nel rispetto dei principi e criteri previsti da disposizioni regionali. L'atto aziendale individua le strutture operative dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, soggette a rendicontazione analitica”. Ed è proprio l'atto aziendale la fonte degli obiettivi, a norma dell'art. 15 bis del detto decreto, di cui la parte ricorrente chiede la fissazione.

Appare allora che l'intera articolazione del tessuto organizzativo, ivi comprese anche le attribuzioni dirigenziali, trovi la sua fondazione in un atto di natura non pubblicistica. È quindi erronea la prospettazione della permanenza di posizioni di interesse legittimo, tutelabili dinanzi al giudice amministrativo in quanto inserite nella dialettica del potere, anche in tale nuovo assetto. Non è infatti pacifico che posizioni di interesse legittimo possano sussistere in rapporti di natura privatistica, ma quand'anche ciò fosse la loro tutela giurisdizionale spetterebbe comunque al giudice ordinario, giusta il nuovo riparto determinatosi a seguito del Decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80.

Che poi una tale prospettiva, che riconduce ai poteri del datore di lavoro il completo disegno dell'assetto organizzativo, comprenda anche il tema della fissazione degli obiettivi di cui all'art. 15 bis del Decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 502, è agevolmente argomentabile, dove si tenga presente che l'azienda sanitaria instaura con il dirigente un rapporto di lavoro autonomo regolato da un contratto di diritto privato, per cui “spetta al giudice ordinario la cognizione sulla domanda con cui il predetto lamenta l'adozione da parte dell'amministrazione di una delibera ... tale da incidere negativamente sul suo trattamento economico accessorio, e quindi su posizioni di diritto soggettivo, trattandosi di atto non qualificabile in termini di provvedimento amministrativo” (Cassazione civile, sez. un., 12 aprile 2002, n. 5328).

Le spese processuali vanno compensate, stante la novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, quinta sezione di Napoli, definitivamente pronunciando, disattesa e respinta ogni diversa istanza, domanda, deduzione ed eccezione, così provvede:

1. Dichiaro il ricorso n. 11792/2003 inammissibile per difetto di giurisdizione;
 2. Compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.
- Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Napoli, nella Camera di Consiglio dell'11 dicembre 2003.

Carlo d'Alessandro
Federica Tondin

Presidente
Referendario Estensore

