



Sulla rimessione alla Corte costituzionale la l. r. del Lazio n. 13/2018 che prevede per il personale sanitario dedicato ai servizi alla persona un rapporto di lavoro regolato da un CCNL sottoscritto dalle assoc.maggior.rappr. nel settore sanitario.

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3, 41 e 117, commi 1, 2, 3, Cost. dell'art. 9, comma 1, l. reg. Lazio 28 dicembre 2018, n. 13 nella parte in cui prevede che a tutela della qualità delle prestazioni erogate e del corretto rapporto tra costo del lavoro e quantificazione delle tariffe, il personale sanitario dedicato ai servizi alla persona, necessario a soddisfare gli standard organizzativi, dovrà avere con la struttura un rapporto di lavoro di dipendenza regolato dal Contratto collettivo nazionale di lavoro (CCNL) sottoscritto dalle associazioni maggiormente rappresentative nel settore sanitario.

Materia: pubblica amministrazione / lavoro

Pubblicato il 23/02/2021

N. 01574/2021 REG.PROV.COLL.

N. 03530/2020 REG.RIC.



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 3530 del 2020, proposto da

Aurelia '80 S.p.A., Villa Von Siebenthal S.r.l. e Casa di Cura Città di

Roma Gestita Dalla Soc.Città di Roma S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocato Fabio Elefante, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti;

contro

Regione Lazio, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Elena Prezioso, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso l'Ufficio legale della Regione, in Roma, via M. Colonna 27; Commissario ad acta Sanità per la Regione Lazio e Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del consiglio dei Ministri *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Policlinico Umberto I non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 3514/2020, resa tra le parti, concernente la Circolare della Regione Lazio del 1° ottobre 2019, recante "Disposizioni relative alla progressiva attuazione dell'art 9, co. 1, l.r. Lazio n. 13/2019";

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli artt. 25 del d.l. n. 137/2020 e 4 del d.l. n. 28/2020,

convertito con modificazioni dalla l. n. 70/2020, quanto allo svolgimento con modalità telematica delle udienze pubbliche e delle camere di consiglio del Consiglio di Stato nel periodo 9 novembre 2020 - 31 gennaio 2021;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio, del Commissario ad acta Sanità per la Regione Lazio e della Presidenza del Consiglio dei Ministri;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica con modalità da remoto del giorno 28 gennaio 2021 il Cons. Solveig Cogliani e dati per presenti gli Avvocati delle parti, come da dichiarazione di passaggio in decisione;

I - La presente controversia riguarda i nuovi requisiti organizzativi previsti per le strutture sanitarie private accreditate col Servizio sanitario regionale con riferimento ai rapporti di lavoro, dalla Circolare avente ad oggetto "*Disposizioni relative alla progressiva attuazione dell'articolo 9 comma 1 della Legge 28 dicembre 2018, n. 13*" in attuazione della indicata disposizione legislativa regionale.

II - Deve premettersi che la prescrizione da parte della Regione Lazio ai soggetti privati accreditati con il SSR di assumere figure professionali sanitarie a vario titolo (e misura) coinvolti nell'erogazione delle prestazioni a carico del SSR stesso, avvenuta con i decreti del Commissario ad acta n. 376/2016 e n. 422/2017 aveva già formato oggetto di contenzioso.

Il decreto del Commissario ad Acta 11 novembre 2016, n. 376 prevedeva quale ulteriore requisito di qualificazione necessario ai

sensi dell'articolo 13, comma 2, lettera b) della l. reg. n. 4/2003 per il rilascio dell'accreditamento alle strutture sociosanitarie residenziali sia assistenziali sia riabilitative che il personale avente qualifica di infermiere, educatore professionale, fisioterapista, tecnico sanitario e operatore sociosanitario o figura equivalente o dedicata ai servizi alla persona avesse, con il soggetto gestore della struttura, un rapporto di lavoro di dipendenza regolato dal CCNL sottoscritto dalle associazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative nel settore sanitario.

Anche allo scopo di individuare criteri e modalità uniformi per l'applicazione della disciplina anche alle strutture ospedaliere, il decreto del Commissario ad Acta n.422 del 5 ottobre 2017 n. 422 differiva al 1° ottobre 2017 il termine di attuazione delle disposizioni di cui al d.C.A. n. 376/2016, individuando le categorie di persone interessate al personale dedicato all'assistenza infermieristica, al personale tecnico sanitario, al personale della riabilitazione, all'operatore sociosanitario (O.S.S.) e all'operatore tecnico dell'assistenza (O.T.A.) e fissando la percentuale minima non inferiore all'80% dell'organico in carico al tempo, purché comunque rispondente ai requisiti minimi autorizzativi e agli ulteriori di accreditamento richiesti, con facoltà di utilizzo di altre forme contrattuali consentite dall'ordinamento italiano per la restante parte (20%).

Invece, le strutture private già autorizzate e accreditate, non ancora in regola con le vigenti disposizioni alla data di entrata in vigore del provvedimento, avrebbero dovuto adeguarsi alle disposizioni entro una diversa tempistica.

Quel giudizio si concludeva con la sentenza del T.A.R. Lazio - Roma, n.

7094/18, che giudicava illegittimi i provvedimenti adottati in questo senso dalla Regione. Tale sentenza era altresì confermata da questa Sezione, con pronuncia, n. 3303/19.

In quella sede, questo Consiglio, con riferimento alla l. reg. emanata nelle more del giudizio, rilevata la non applicabilità retroattiva, ne evidenziava l'irrilevanza per la causa allora pendente.

Nel merito, la sentenza n. 3303/19 riteneva non rilevante la questione di costituzionalità sin da allora proposta, poiché escludeva l'effetto retroattivo della disposizione regionale, sicché non costituiva fonte idonea a legittimare gli atti allora impugnati.

Inoltre, la Sezione stabiliva che *"Ai sensi dell'art. 8-sexies, del d.lgs. 502/1992, comma 5, le tariffe massime da corrispondere alle strutture accreditate sono determinate "in base ai costi standard di produzione costi standard di costi generali, calcolati su un campione rappresentativo di strutture accreditate, preventivamente selezionate secondo criteri di efficienza, appropriatezza e qualità di assistenza"*.

Il Consiglio di Stato poi chiariva che l'intervento della Regione sui costi del personale della struttura accreditata *"sconta una inversione del nesso eziologico. Come già sottolineato dalla Sezione (nelle sentenze sopra citate), "ciò darebbe luogo ad un rapporto capovolto in cui la rilevazione dei costi medi dei fattori produttivi (parametro utile per la determinazione della remunerazione massima) genera, nel silenzio della legge, l'obbligo di tutte le strutture di conformarsi pro-futuro alla rilevazione medesima.*

Viceversa, sono le tariffe che devono riflettere la reale struttura dei costi medi dei fattori di produzione del servizio garantendo

un'adeguata remunerazione, e quindi non è corretto intervenire sui costi di produzione, imponendo oneri estranei alle scelte organizzative degli operatori, per giustificare il mantenimento delle tariffe esistenti.

Se la possibilità di organizzare il servizio mediante l'utilizzo di un numero prevalente di rapporti di collaborazione, o comunque diversi dal lavoro subordinato, determina, attraverso la riduzione dei costi, un'eccedenza delle tariffe vigenti (in quanto elaborate sulla base dei c.c.n.l. che riguardano i rapporti di lavoro subordinato) rispetto a quelle che risulterebbero giustificate, è sulle modalità di rilevazione dei costi, ai fini della determinazione delle tariffe e della loro entità, che occorre intervenire - eventualmente prevedendo un sistema più articolato e differenziato che tenga conto delle diverse opportunità organizzative disponibili per gli operatori, nonché, in ipotesi, delle modalità di svolgimento (residenziale, semiresidenziale, domiciliare) della prestazione - non già sui costi reali che l'imprenditore sostiene, secondo i propri criteri di efficienza per organizzare e gestire concretamente le proprie risorse lavorative (nel rispetto, ovviamente degli standard numerici e qualitativi imposti, in applicazione dell'art. 8-quater, comma 4, del d.lgs. 502/1992)".

Aggiungeva che. "Peraltro, la correlazione tra rapporto subordinato (che, peraltro, potrebbe anche essere a tempo determinato) e qualità della prestazione sociosanitaria è un dato non dimostrato e certamente opinabile".

Ed, inoltre, chiariva che il principio della continuità terapeutica non può tradursi, nemmeno nel pubblico, nella pretesa del paziente di avere a disposizione sempre il medesimo professionista.

III - Di seguito, il legislatore regionale ha inserito nella Legge di stabilità regionale 28 dicembre 2018, n. 13, l'art. 9 - recante *"Disposizioni di salvaguardia dell'occupazione nelle strutture che erogano attività sanitarie e socio sanitarie. Definizione agevolata in materia di controlli esterni in ambito sanitario"* che recita testualmente: *"1. A tutela della qualità delle prestazioni erogate e del corretto rapporto tra costo del lavoro e quantificazione delle tariffe, il personale sanitario dedicato ai servizi alla persona, necessario a soddisfare gli standard organizzativi, dovrà avere con la struttura un rapporto di lavoro di dipendenza regolato dal Contratto collettivo nazionale di lavoro (CCNL) sottoscritto dalle associazioni maggiormente rappresentative nel settore sanitario"*.

A seguito di tale disposizione, la Regione Lazio - Direzione Salute e Integrazione Socio Sanitaria Area Coordinamento Contenzioso - Affari legali e Generali (Registro Ufficiale U00775071 del 1 ottobre 2019) ha adottato, e comunicato a mezzo PEC in data 1 ottobre 2019 alle appellanti, la Circolare sopra specificata, oggetto di gravame, che così prevede:

"Disposizioni di attuazione"

1. Campo di applicazione.

1.1 La presente circolare, allo scopo di consentire l'attuazione progressiva di quanto stabilito dall'art. 9, comma 1 legge regionale n. 13/2018, disciplina:

a) i requisiti organizzativi ulteriori che le strutture sanitarie private accreditate col Servizio sanitario regionale devono possedere se contrattualizzate ai sensi dell'art. 8 quinquies del D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502;

b) i casi di esclusione o rinvio;

c) le modalità e i termini di adeguamento;

2. Rapporto di lavoro del personale sanitario dedito ai servizi alla persona.

2.1 Le strutture sanitarie e/o sociosanitarie, di cui all'art. 4, comma 1, della legge regionale n. 3 marzo 2003, n. 4, ad eccezione di quelle escluse ai sensi del punto 2.4, accreditate e contrattualizzate (ex art. 8 quinquies D. Lgs. 502/1992) con il Servizio Sanitario regionale che, in conformità ai requisiti organizzativi previsti dal provvedimento di cui all'art. 5, comma 1, lettera a) della stessa legge, esercitano attività sanitaria avvalendosi di personale sanitario dedicato ai servizi alla persona, sono tenute a stipulare nei termini di cui al comma successivo, un contratto di lavoro di dipendenza regolato dal CCNL sottoscritto dalle associazioni maggiormente rappresentative nel settore sanitario o comunque a garantire condizioni economiche e giuridiche di grado non inferiore.

2.2 In sede di prima applicazione dell'articolo 9, comma 1 della L.R. 13/2018, strutture sanitarie e sociosanitarie assumono il personale di cui al comma 1 a decorrere dal 1° dicembre 2019, in misura non inferiore all'80% dell'organico necessario ad assicurare il rispetto dei requisiti di cui all'art. 5, comma 1, lettera a) della stessa legge n. 4/2003, con facoltà di utilizzo di altre forme contrattuali consentite dall'ordinamento per la restante parte.

2.3 La percentuale di flessibilità dovrà essere ragionevolmente distribuita tra le figure professionali richieste dalla normativa ai fini dell'erogazione del servizio.

2.4 Le disposizioni di cui ai precedenti commi, in sede di prima

attuazione, non si applicano all'attività sanitaria erogata sotto forma di assistenza domiciliare, alle strutture termali e alle strutture che erogano esclusivamente assistenza specialistica in regime ambulatoriale (paragrafi 3, 5, 6 e 7 dell'allegato C al DCA 8/2011 e s.m.i.), la cui disciplina viene demandata all'adozione di specifici atti.

2.5 Allo scopo di monitorare l'attuazione delle disposizioni normative e convenire su modalità e tempistica utili alla definitiva e completa applicazione dell'articolo 9 della legge n. 13/2018, presso l'Assessorato alla Salute della Regione Lazio è istituito un tavolo tecnico, cui partecipano le OO.SS. già firmatarie dell'accordo regionale e le associazioni datoriali, per il tramite di un rappresentante indicato con apposita comunicazione da inoltrare all'indirizzo di posta elettronica:

salute@regione.lazio.legalmail.it entro il 15 ottobre 2019.

3. Entrata in vigore e disposizioni transitorie.

3.1 La presente circolare entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione sul Bollettino Ufficiale della Regione Lazio.

3.2 Le strutture private già autorizzate, accreditate e contrattualizzate con il SSR, non in regola con le presenti disposizioni, sono tenute ad adeguarsi entro il 30 novembre 2019, prediligendo la stabilizzazione del personale già operante.

3.3 Le Aziende sanitarie locali competenti sono tenute al controllo e alle verifiche periodiche del rispetto della norma e delle presenti disposizioni, anche avvalendosi dei dati che le strutture sanitarie sono tenute a comunicare a SICO."

Già prima delle richiamate legge regionale e circolare era stato sottoscritto in data 21 marzo 2016 il protocollo d'Intesa tra AIOP-

ARIS - CGIL - CISL - UIL Regionali Lazio - Regione Lazio che ha previsto al punto 7), rubricato "Regolamentazione del Lavoro", quanto segue: "A tutela della qualità delle prestazioni erogate e del corretto rapporto tra costo del lavoro e quantificazione delle tariffe, le parti concordano che il personale del comparto necessario a soddisfare gli standard organizzativi dell'area residenziale (vd DCA 99 del 2012) assistenziale e riabilitativa, avente qualifica di: Infermiere, Educatore Professionale, Fisioterapista, Tecnico Sanitario e Operatore Socio sanitario o figura equivalente, o comunque dedicata ai servizi alla persona, dovrà avere con la struttura un rapporto di lavoro di dipendenza regolato dal CCNL sottoscritto dalle Associazioni Datoriali maggiormente rappresentative nel settore sanitario. La modifica dei requisiti organizzativi sarà recepita integrando i DCA di riferimento".

Con successiva memoria di Giunta del 4 maggio 2016 avente ad oggetto le "Linee di indirizzo relative al protocollo d'intesa sulle residenze sanitarie assistenziali", oltre a prendere atto, tra l'altro, del protocollo di intesa, veniva riconosciuto alle RSA un ruolo centrale all'interno della rete di servizi sociosanitari del territorio, per essere una risposta residenziale ad anziani non autosufficienti, necessitanti di una alta intensità di protezione, assicurando elevate esigenze di cura e provvedendo a formulare le opportune linee di indirizzo nel senso meglio riportato nel protocollo.

IV - La sentenza appellata, dopo aver riportato il passaggio della decisione richiamata in cui viene affermato che: "A tale esigenza sembra aver fatto fronte il legislatore regionale solo con il recente art. 9 delle legge 13/2018, tuttavia, come esposto, inapplicabile

ratione temporis alla controversia" (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2019, n. 6474; ibidem, 22 maggio 2019, n. 3312; ibidem, 22 maggio 2019, n. 3303), concludeva ritenendo tale richiamo dirimente ai fini del decidere, e conseguentemente non manifestatamente fondata la questione della legittimità costituzionale sollevata da parte avversa. E riteneva che sia individuabile già nella legislazione statale la finalità "di garantire, più in generale, una più stabile occupazione nel mondo del lavoro. Finalità che la Regione Lazio, nel caso di specie, si è poi premurata di garantire ulteriormente in un settore (organizzazione sanitaria) anch'esso riservato, sempre in seconda battuta, alla sua sfera di competenza costituzionalmente garantita".

In questa sede le appellanti hanno proposto un unico motivo di doglianza, articolato in diversi profili, che di seguito si riporta: violazione e falsa applicazione degli artt. 41 e 117 Cost.; invalidità derivata; sollevando la questione di costituzionalità dell'art. 9, l. r. Lazio n. 13/18 per violazione degli artt. 41 e 117 Cost. e per irragionevolezza e sviamento del potere legislativo.

Secondo la prospettazione delle appellanti, infatti, le disposizioni violerebbero gli artt. 41 e 117, secondo comma lett. l), Cost.. Le norme statali di cui ai d.lgs. n. 502/1992 e d.lgs. n. 81/2015) non legittimerebbero i provvedimenti impugnati, né la competenza regionale sarebbe riconducibile alla tutela della salute (non essendo una tale disciplina riferibile né direttamente né indirettamente alle competenze regionali sulle strutture accreditate al SSN/SSR) e nemmeno essa costituirebbe una mera conseguenza di quanto disposto dall'art. 1 d.lgs. n. 81/2015, stante la espressa esclusione

delle professioni organizzate in albi di cui all'art. 2 del medesimo decreto legislativo.

Affermano, peraltro, che il Consiglio di Stato avrebbe sostanzialmente già pronunciato a riguardo nella richiamata sentenza. Chiede, dunque, che sia sollevata la questione di legittimità costituzionale e conseguentemente, a seguito della sentenza della Corte costituzionale, si dichiari l'invalidità derivata del provvedimento impugnato in primo grado, in quanto divenuto privo di presupposto e copertura legislativa.

Le Amministrazioni si sono costituite per resistere. La Regione, con memoria, dal suo canto, sottolinea che il Consiglio di Stato ha annullato il precedente d.C.A., tuttavia affermando (cfr. *ex multis* n. 2374/19): *"Gli interessi sanitari sono perseguiti dalla Legge attraverso l'imposizione di standard quantitativi e qualitativi, che costituiscono onere esigibile e ragionevole, concretamente dimensionabile attraverso l'intervento amministrativo regionale. La tipologia di rapporto di lavoro è invece prevalentemente legata al diverso ed eterogeneo tema della salvaguardia della stabilità occupazionale nel settore sanitario privato; interesse che pur in astratto meritorio e perseguibile, necessita di un'esplicita previsione normativa primaria, certamente non rinvenibile, ad oggi, nell'art. 8-quater, cit."*. Pertanto la questione ora sarebbe diversa a seguito dell'emanazione della legge regionale.

Afferma l'Amministrazione che, prive di pregio sarebbero la questione relativa alla violazione dell'art.41 Cost., nella parte in cui la norma regionale interferirebbe con la libertà ed autonomia imprenditoriale, sia quella concernente la violazione dell'art. 117 Cost.

in quanto tale norma travalicherebbe la competenza esclusiva dello Stato, rientrando la disciplina del lavoro di materia dell'ordinamento civile. In via del tutto preliminare, ribadisce, quanto già esposto in primo grado, e cioè che la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha impugnato ex art. 127 Cost. la norma in argomento solo rispetto al comma 2, e non anche rispetto al comma 1, che qui rileva, per il quale non sono stati ravvisati i termini per sollevare questione di costituzionalità.

Né potrebbe considerarsi meritevole di considerazione l'obiezione avversaria che reputa la norma regionale in contrasto con la competenza esclusiva dello Stato di cui all'art.117, lett. l) Cost. per essere in violazione con la norma parametro, rappresentata dall'art. 2, co. 2, lett. b d.lgs. n. 81/2015. Infatti, tale norma esenterebbe le sole professioni intellettuali dall'obbligo dell'assunzione con contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Al riguardo si richiama quanto afferma il punto 5 della sentenza appellata, nella parte in cui ritiene che, al di là della richiesta all'iscrizione in albi professionali, non si sarebbe comunque al cospetto di "professioni intellettuali" in senso proprio. Richiamando non solo la pubblicazione ISTAT del 2013 ma anche la Nomenclatura ISTAT 2019 che prevede nel settore sanitario "*la categoria delle "professioni intellettuali" (punto 2.4.), in cui rientrano soltanto i "Medici" (2.4.1.), da quella delle "Professioni tecniche nelle scienze della salute e della vita" (3.2.), in cui rientrerebbero per l'appunto sia le "Professioni sanitarie infermieristiche ed ostetriche" (3.2.1.1) sia le "Professioni sanitarie riabilitative" (3.2.1.2)."*

Sarebbe, quindi, da escludersi la violazione delle competenza

esclusiva statale per non essere la norma regionale né in sovrapposizione né in deroga dell'art. 2, co.2, lett. b del c.d. *Jobs Act*, andando a legiferare nel settore delle attività non intellettuali; neppure risulterebbe degna di nota l'asserita violazione dell'art.117, III comma, Cost., sotto il profilo dell'organizzazione sanitaria e della tutela del lavoro.

Quanto al primo profilo, rientrerebbero nella competenza regionale concorrente sia la materia della tutela della salute, ivi comprese le misure di carattere organizzativo nel settore della assistenza sanitaria, in linea con quanto espresso dalla Corte cost., 14 luglio 2017, n. 192, secondo cui *"l'organizzazione sanitaria è componente fondamentale della tutela della salute"*, sia le misure di politica attiva del lavoro, da intendersi come incentivo o comunque sostegno ad una più stabile occupazione in termini qualitativi e quantitativi. Pertanto, la previsione regionale, prima di carattere legislativo al fine di assicurare copertura legislativa, e poi di carattere attuativo, devono essere considerate misure incrementali in materia di *"tutela del lavoro"*, finalizzate a dare maggiore slancio e stabilità ai livelli occupazionali in ambito regionale.

Si tratterebbe, quindi, come evidenziato dal primo giudice, di una norma di completamento del settore in quanto disposizione di dettaglio *"del principio fondamentale stabilito dall'art. 1, comma 1, del decreto legislativo n. 81 del 2015 (c.d. Jobs Act), a norma del quale "Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro"*.

Inoltre, il cd. *Jobs Act*, quindi, non si atteggierebbe a norma statale finalizzata a disciplinare l'ordinamento civile', non incidendo sul

contratto di lavoro subordinato, ma, piuttosto, in materia 'tutela del lavoro' che rientra nella materia di competenza concorrente regionale.

L'interpretazione fornita primo giudice troverebbe, peraltro, la sua conferma nel richiamo al principio più volte affermato dalla Corte costituzionale (cfr. sentenza 13 luglio 2007, n. 268) in base al quale *"le disposizioni dirette a regolare, favorendolo, l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro attengono appunto alla tutela del lavoro (ex plurimis, sentenze n. 50, n. 219 e n. 384 del 2005)"*.

Inconferente sarebbe il richiamo alla Sentenza n. 50/2005, in quanto relativa alla materia della formazione ed istruzione professionale.

Sia la norma regionale sia la circolare applicativa avrebbero l'obiettivo di assicurare che i concessionari di pubblico servizio applichino le stesse condizioni e, quindi, operino in condizioni di parità all'interno di un sistema di remunerazione a tariffa, nel quale l'importo corrisposto non incentivi, al ribasso, economie a danno di operatori e utenti.

Alla luce di quanto espresso, la questione di incostituzionalità sarebbe manifestamente infondata.

V - All'udienza con modalità da remoto del 28 gennaio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

VI - Osserva il Collegio che questa Sezione si è già espressa specificamente sulla questione in esame con riferimento alla situazione di una disposizione che integri i requisiti per l'accreditamento oltre quanto stabilito dai d.lgs. n. 81 del 2015 (c.d. *Jobs Act*) e n. 502/1992, con la più volte richiamata sentenza n. 3303/19, avente ad oggetto i decreti commissariali della Regione

Lazio.

Ne discende che l'elemento di novità su cui si deve soffermare l'attenzione della Sezione è costituito, nella specie, dall'emanazione di una norma regionale, che secondo l'impostazione delle Amministrazioni appellate costituirebbe norma primaria in grado di giustificare e legittimare la successiva circolare attuativa, di contro secondo gli appellanti sarebbe posta al di fuori della competenza regionale, sì da violare la libertà di impresa sancita dalla Costituzione.

VII - Per quanto concerne la rilevanza della questione di legittimità proposta, pertanto, ritiene il Collegio di potersi limitare ad osservare che la legittimità della norma regionale censurata costituisce il fondamento dell'affermata legittimità dei conseguenti atti attuativi, oggetto di gravame.

VIII - Deve preliminarmente, peraltro, rilevarsi che la natura attuativa e di atto lesivo della circolare in questione, come ritenuta dal primo giudice, che ha concluso per il 'rigetto' del ricorso proposto, senza dubbi sull'inammissibilità, non costituisce più questione oggetto di censura nel presente grado, in carenza di un appello incidentale proposto a riguardo dalle Amministrazioni appellate.

XI - Ancora, deve rilevarsi che la questione di legittimità costituzionale assume rilevanza nella specie con riferimento alla disposizione con carattere 'impositivo', laddove la norma regionale prevede, come condizione di accreditamento integrativa delle disposizioni nazionali, che per gli enti privati "il personale sanitario dedicato ai servizi alla persona" "dovrà avere con la struttura un rapporto di lavoro di dipendenza regolato dal Contratto collettivo nazionale di lavoro (CCNL) sottoscritto dalle associazioni

maggiormente rappresentative nel settore sanitario”.

La questione di legittimità acquisisce rilevanza, dunque, per l'ampiezza della disposizione che non sembra ammettere deroghe o possibilità di motivazione di scelte imprenditoriali differenti.

L'uso dell'indicativo futuro nella scelta del legislatore regionale non sembra autorizzare, infatti, questo giudice, a darne una lettura differente, nel senso della possibilità di prevedere delle deroghe in forza di giustificate esigenze imprenditoriali degli operatori privati.

Costituisce, infatti, regola redazionale dei testi normativi l'opzione del modo verbale indicativo per esprimere un comando. Tale forma imperativa ha l'effetto di escludere che la norma tolleri comportamenti diversi da quello descritto.

Peraltro, va rilevato che siffatta previsione individua la fattispecie con caratteri del tutto peculiari rispetto a quanto oggetto di altre pronunzie di questo Consiglio nelle quali ha trovato esame la ragionevolezza di prescrizioni similari.

X - In merito alla non manifesta infondatezza valga quanto di seguito esposto.

XI - Ritiene il Collegio di dover, in primo luogo, far richiamo dei principi espressi già da questo Consiglio in occasione dell'espressione del parere sulle Linee guida ANAC in tema di clausole sociali (1747/2018).

Infatti, come in quel caso, anche nella presente questione si verte in tema di bilanciamento dei principi costituzionali.

Nel caso che occupa, come già detto, la Regione sostiene la legittimità della prescrizione, in quanto specificazione della tutela del lavoro e del diritto alla salute (la tutela occupazionale garantirebbe la

qualità del servizio reso, in estrema sintesi), rispetto all quali si esplicherebbe legittimamente ai sensi dell'art. 117 comma 3 Cost. la potestà legislativa della Regione.

Ritiene, invece, parte appellante, la violazione degli artt. 41 e 117 Cost. con riguardo alla disciplina dell'ordinamento civile.

Effettivamente, deve condividere questo Collegio l'individuazione dei principi cui appare - anche sulla scorta del dato lettera - tesa la norma regionale; tuttavia, spettando al giudice anche la possibilità di sollevare dubbi di costituzionalità d'ufficio, si rappresenta che la disposizione nel suo raffronto con le disposizioni nazionali e sovranazionali, in relazione al bilanciamento dei diritti garantiti dalla Costituzione, appare generare perplessità anche con riferimento a profili ulteriori rispetto a quelli indicati dagli appellanti.

XII - Ancor prima del parere della Commissione speciale sopra menzionato, la giurisprudenza amministrativa nell'affrontare il tema del bilanciamento tra la tutela del lavoro e la tutela dell'iniziativa privata si era espressa nei seguenti termini, con riferimento all'obbligo di riassorbimento dei lavoratori d parte dell'impresa aggiudicataria subentrante: *"La c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto, sicché tale clausola deve*

essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente; conseguentemente l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante; i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali; la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria. L'obbligo di riassorbimento del personale impiegato dal precedente appaltatore va comunque armonizzato con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, e ciò anche laddove tale obbligo sia previsto dalla contrattazione collettiva" (Cfr. Cons. Stato, Sez. IV n. 2433/2016; in terminis, Sez. III, n. 2078/2017; Sez. V n. 272/2018).

Il Consiglio di Stato ha ribadito tale orientamento anche nel parere n. 2703/2018, a mente del quale: "la clausola sociale è legittima nella misura in cui non implichi un indiscriminato e generalizzato dovere di assumere tutto il personale dell'impresa uscente ma permetta invece una ponderazione tra la necessità di personale per l'esecuzione del nuovo contratto e la libertà di scelta organizzativa e imprenditoriale del nuovo appaltatore; rientra nelle prerogative dell'imprenditore la

scelta del contratto collettivo da applicare, fatta in ogni caso salva la coerenza con l'oggetto dell'attività affidata dalla stazione appaltante".

Tali conclusioni appaiono significative, nel caso che occupa, per verificare gli spazi di intervento del legislatore in generale con riferimento alla 'compressione' dell'iniziativa privata a favore dell'utilità sociale (rappresentata in generale nei profili di tutela occupazionale e, per il caso specifica, nei risvolti di tutela degli assistiti), ma anche ad introdurre l'ulteriore profilo attinente al dubbio di compressione che la portata della norma potrebbe avere in termini di concorrenza tra operatori privati e pubblici in ambito sanitario, poiché siffatta prescrizione appare indirizzata unicamente agli operatori privati ai fini dell'accreditamento e del convenzionamento con il SSR.

Sin d'ora non può che sottolinearsi che rileva - ai fini della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale - la certezza che la competenza legislativa in materia di concorrenza appartenga allo Stato.

XIII - Da quanto esposto, si comprende come la tematica in argomento porti con sé non poche problematiche relative al bilanciamento di contrapposti interessi di rilievo costituzionale: la tutela del lavoro da un lato, la libertà d'iniziativa economica dall'altro, intrecciandosi inevitabilmente anche con la tutela della parità tra gli operatori sanitari.

In tale contesto, è necessario partire col ricordare che l'art. 1 della Costituzione italiana esordisce con l'affermazione: «L'Italia è una repubblica democratica fondata sul lavoro», che non può che

significare non solo che il lavoro determina la prosperità ed il benessere della vita, ma anche che da tale dichiarazione discendono vari diritti che numerosi articoli della medesima Carta costituzionale espongono.

L'art. 41, di seguito, stabilisce la libertà dell'iniziativa economica privata sia pur condizionandola a che essa non si svolga in contrasto con l'utilità sociale o a danno della sicurezza, della libertà o della dignità umana. Esso aggiunge che *«la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali»*.

Deve ricordarsi ancora che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), differentemente dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito: Convenzione EDU), contempla quali principi fondamentali la libertà d'impresa e la tutela dei consumatori.

A seguito dell'approvazione del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre 2009, l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea afferma che *“L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ... che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati”*.

Ritiene il Collegio che - nella questione oggetto di esame - non si ponga un problema di concorrenza tra operatori, stante la natura di mercato 'regolato' in cui 'attività del privato è conseguenza della pianificazione pubblica e della sequenza autorizzazione-accreditamento-convenzione determinata dalle esigenze della distribuzione del servizio sanitario sul territorio nazionale e regionale; piuttosto, i principi già sopra evidenziati devono essere

bilanciati alla luce del generale precetto dell'eguaglianza di cui all'art. 3 della Carta costituzionale e dei criteri dell'adeguatezza e della proporzionalità di derivazione comunitaria, quali regole generali valide anche per il legislatore (cf. C. giust., 17.12.1970, in C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, in Racc., 1970, 1125 ss.; C. giust., 24.10.1973, in C-5/73, Balkan-Import-Export, in Racc., 1973, 1091 ss.; anche, Cons. di Stato, IV Sezione, 26 febbraio 2015, n. 964).

Valga ricordare come con il Trattato di Maastricht del 1992 il principio di proporzionalità è stato, peraltro, inserito direttamente all'interno del Trattato, all'art. 3 B (divenuto poi l'art. 5 TCE), che si riferiva, tuttavia, alla sola attività delle istituzioni comunitarie. In seguito, con il Trattato di Amsterdam del 1997, al principio di proporzionalità è stato dedicato un apposito protocollo (ora Protocollo n. 2) - ripreso, con alcune modifiche, anche dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009 - la cui prima disposizione ricalca, sostanzialmente, quella di cui all'art. 3 B, con l'aggiunta, però, della precisazione espressa che l'obbligo di rispetto del principio incombe a "ciascuna istituzione".

La tematica del rapporto di valore tra diritti fondamentali ed altre libertà ha subito anch'esso un'evoluzione significativa se si pensa che nei Trattati dell'Unione europea i principi del diritto comunitario sono in sostanza sullo stesso piano, determinando una necessaria impostazione di bilanciamento tra le varie libertà ed i diritti e, anzi la parola fondamentali è associata primariamente alle libertà in una diversa ottica, in cui si ritiene che funzione essenziale del mercato (e della libertà di impresa) sia la crescita della ricchezza ma anche la realizzazione e il conseguimento di diritti fondamentali.

Vale ancora evidenziare che, nell'operazione di bilanciamento, l'orientamento della giurisprudenza costituzionale - nn. 348 e 349 del 2007 - subordina la validità delle norme interne al rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ed anche l'interpretazione di questa agli orientamenti della Corte di Strasburgo, ma nel senso di affermare un *"ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale, implicati dalle scelte legislative, specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali"*.

Di contro, la Corte costituzionale ha anche affermato che in un sistema informato al principio della libertà dell'iniziativa economica, i limiti consentiti dovrebbero essere funzionali alla tutela dell'utilità sociale e della libertà, sicurezza e dignità umana (sentenza n. 267 del 2016).

In tale contesto, dunque, si palesa la scelta ermeneutica di effettivo bilanciamento e di coerenza del sistema nella via indicata dallo stesso legislatore costituente, laddove indica il concetto di utilità sociale, intesa non solo quale insieme di "diritti sociali", ma quale un novero di interessi della collettività considerata nel suo insieme.

In questo insieme, dunque, si confrontano la tutela dei lavoratori e la tutela dell'iniziativa economica, la tutela della salute in termini di qualità della prestazione e anche in termini di maggiore diffusione delle strutture, investimento in macchinari ed attrezzature, confronto competitivo tra operatori pubblici e privati, che concorrono alla luce della disciplina statale a comporre il complesso sistema nazionale sanitario.

Orbene, vale osservare che alla luce di quanto già rilevato da questa

Sezione, con la misura prescelta dal legislatore regionale si espone a molteplici dubbi in ordine all'adeguatezza della stessa rispetto allo scopo dichiarato di tutela della salute, operando piuttosto - ad un'immediata lettura - un'inversione logica nella valutazione del mezzo rispetto al fine.

Per un verso, infatti, la natura dei contratti stipulati con il personale delle strutture sanitarie non appare essere in stretta connessione con la finalità di garanzia della qualità del servizio. Tale fine sembra piuttosto doversi connettere ad un'adeguata regolazione delle modalità del servizio quanto, ad esempio, alla continuità dello svolgimento del servizio medesimo o alla professionalità degli operatori.

Ne discende che necessariamente le norme indirizzate alla tutela della salute non possono che avere come diretti destinatari i beneficiari del servizio sanitario.

A riguardo, deve ricordarsi che da ultimo, la Sezione, seppure con riferimento ad altro ambito, quale quello delle gare pubbliche e della clausole sociali, ha avuto modo di evidenziare che "la correlazione tra rapporto subordinato (che, peraltro, potrebbe essere anche a tempo determinato) e qualità della prestazione sociosanitaria è un dato non dimostrato e certamente opinabile" (n. 5049/2020).

Per altro verso, ritenere la competenza legislativa regionale in materia come 'allargata' anche alla disciplina dell'assetto contrattuale, potrebbe costituire precedente di una differenziazione della disciplina tra i vari sistemi sanitari regionali, non solo nel senso di maggior favore sia - per ipotesi - in senso contrario.

Per quanto evidenziato, si appalesano non manifestamente infondati i

dubbi di legittimità costituzionale della disciplina regionale di cui all'art. 9 della l. regionale Lazio 28 dicembre 2018, n. 13, per i seguenti profili:

quanto al contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost. in relazione alla prospettata compressione dell'autonomia privata in termini di organizzazione dell'impresa anche in relazione alla parità di trattamento rispetto agli operatori pubblici;

con riferimento all'art. 117 comma 1 Cost. in relazione al rispetto delle norme comunitarie, in relazione al generale principio di ragionevolezza e proporzionalità della disposizione in relazione alla finalità di maggior efficienza della prestazione sanitaria.

XIV - Ed ancora, per quanto sin esposto, l'imposizione ai fini dell'accreditamento dell'ulteriore condizione come sopra rappresentata manifesta dubbi di legittimità con riguardo al rispetto del perimetro della competenza esclusiva dello Stato di cui all'art. 117 comma 2 Cost., laddove impone il recepimento di determinati accordi sindacali al di sopra delle soglie previste dal legislatore nazionale, sotto il profilo della competenza in materia di ordinamento civile, ai sensi dell'art. 117 comma 1, lett. l., Cost..

XV - Vale precisare a riguardo che il limite inserito nella norma regionale non trova corrispondenza né l'art. 8-*sexies*, del d.lgs. 502/1992 né nel d.lgs. n. 81/2015, in disparte da ogni valutazione sulla sua applicabilità alle professioni di settore, essendo lì previsto il limite del 20% relativo alle assunzioni a tempo determinato.

Ne deriva che risultano non manifestamente infondati i dubbi di legittimità costituzionale anche con riferimento alla delimitazione della competenza legislativa concorrente regionale per come prevista

dall'art. 117 comma 3 Cost..

XVI - Concludendo, ritenendo rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dedotta dagli appellanti, questo Consiglio di Stato solleva - con riferimento agli artt. degli artt. 3, 41 e 117, commi 1, 2, 3 della Cost. - la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 della l. regionale Lazio 28 dicembre 2018, n. 13 nella parte in cui prevede che *"1. A tutela della qualità delle prestazioni erogate e del corretto rapporto tra costo del lavoro e quantificazione delle tariffe, il personale sanitario dedicato ai servizi alla persona, necessario a soddisfare gli standard organizzativi, dovrà avere con la struttura un rapporto di lavoro di dipendenza regolato dal Contratto collettivo nazionale di lavoro (CCNL) sottoscritto dalle associazioni maggiormente rappresentative nel settore sanitario"*, per come precisato in motivazione.

Il processo deve, pertanto, essere sospeso, con trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, per ogni conseguente statuizione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), non definitivamente pronunciando:

a) dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. artt. 3, 41 e 117, commi 1, 2, 3 della Cost. - la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 della l. regionale Lazio 28 dicembre 2018, n. 13 nella parte in cui prevede che *"1. A tutela della qualità delle prestazioni erogate e del corretto rapporto tra costo del lavoro e quantificazione delle tariffe, il personale sanitario dedicato ai servizi alla persona, necessario a soddisfare gli standard organizzativi, dovrà avere con la*

struttura un rapporto di lavoro di dipendenza regolato dal Contratto collettivo nazionale di lavoro (CCNL) sottoscritto dalle associazioni maggiormente rappresentative nel settore sanitario", per come precisato in motivazione.

b) sospende il presente giudizio ai sensi dell'art. 79, primo comma, cod. proc. amm.;

c) ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, per il competente controllo di legittimità sulle questioni sollevate;

d) rinvia ogni definitiva statuizione in rito e nel merito del ricorso in epigrafe, nonché sulle spese di lite, all'esito del promosso giudizio di legittimità costituzionale, ai sensi degli artt. 79 e 80 cod. proc. amm..

Ordina che, a cura della segreteria della Sezione, la presente ordinanza: a) sia notificata a tutte le parti in causa; b) sia comunicata al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Presidente della Regione Lazio.

Così deciso nelle camere di consiglio da remoto dei giorni 28 gennaio e 16 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE
Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)