



TRIBUNALE DI MESSINA
SEZIONE LAVORO
REPUBBLICA ITALIANA

Il Giudice del Lavoro dott.ssa Rosa Bonanzinga,
dà atto che l'udienza del 15 marzo 2023, fissata per la trattazione del procedimento iscritto al n. 6660/2022 R.G., è stata sostituita, ai sensi dell'art. 127 ter c.p.c., dal deposito di note scritte e, in esito al deposito di note, ha emesso la seguente

O R D I N A N Z A

letta l'istanza cautelare proposta da [REDACTED] con ricorso ex art. 700 c.p.c., depositato in data 28 novembre 2022;

lette le memorie di costituzione di [REDACTED] e dell'Azienda Ospedaliera "Gaetano Martino" di Messina;

visti gli atti ed esaminata la documentazione prodotta;

OSSERVA

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., depositato in data 28 novembre 2022, [REDACTED] esponeva:

- con deliberazione nr. 1835 del 30 settembre 2022, il Commissario Straordinario aveva annullato parzialmente la deliberazione n. 1085 del 24 giugno 2021 con cui gli era stato prorogato ad interim l'affidamento dell'incarico di Responsabile dell'UOSD di Neonatologia afferente al DAI Materno infantile, già affidato con deliberazione n. 892 del 7 giugno 2018;
- in pari data, il Commissario straordinario aveva indetto, con deliberazione n. 1840, la selezione interna per il conferimento incarico triennale di Responsabile UOSD Neonatologia afferente al D.A.I. Materno Infantile;
- con il suddetto Avviso era stato previsto che l'istanza di partecipazione doveva essere presentata entro e non oltre il termine di 7 giorni dalla data di pubblicazione dello stesso, in assenza di alcuna ragione giustificatrice d'urgenza che potesse giustificare l'esiguità del termine;
- l'Avviso aveva previsto altresì che, "conformemente all'art. 9 c. 9 del vigente Protocollo d'intesa, possono presentare istanza di disponibilità tutti i professori e ricercatori universitari di ruolo e a tempo determinato e/o i dirigenti medico ospedalieri con comprovata e documentata esperienza nelle attività di competenza della struttura in interesse";
- egli, dirigente medico in servizio presso l'AOU con contratto di lavoro a tempo determinato dal 1° dicembre 1998, poi trasformato in data 15 giugno 2000, già responsabile di quella UOSD, aveva presentato domanda di partecipazione alla selezione dichiarando, nel modello predisposto, di averne titolo in quanto Dirigente Medico Ospedaliero con provata e documentata esperienza nelle attività di competenza della struttura in interesse;
- l'Azienda, con nota prot. n.0031335/2022 del 19 ottobre 2022, gli aveva comunicato che la domanda era stata dichiarata "non ammissibile, in quanto la S.V. – essendo "EP Funzionario medico dell'area medico-odontoiatrica e socio sanitaria dell'Università degli Studi di Messina" – non è in possesso dei requisiti richiesti e specificati dall'avviso";
- ritenuta l'illegittimità e l'irragionevolezza del provvedimento di esclusione, aveva proposto istanza di riesame, con pec del 21 ottobre 2021, contestando l'interpretazione data all'art.9

c.9 del Protocollo che si riferiva anche ai “dirigenti medici ospedalieri” precisando di essere dirigente medico, avendo superato le selezioni indette per la copertura dei posti vacanti di dirigente medico e di essere stato assunto e retribuito come dirigente medico, sin dal primo contratto, oltre che di aver ricoperto l’incarico di responsabile della UOSD sino alla revoca;

- l’Azienda, con nota prot. n. 0032240/2022 del 27 ottobre 2022, gli aveva comunicato la reiezione dell’istanza confermando l’inammissibilità della domanda di disponibilità con la stessa motivazione, “secondo le prescrizioni di cui all’art. 9. C.9 del vigente protocollo d’intesa...”, senza tener in alcun conto delle documentate deduzioni sullo status giuridico da egli precisate con l’istanza di riesame;
- egli, con pec del suo difensore del 16 novembre 2022 aveva contestato la decisione datoriale insistendo per il riesame e per la sospensione della procedura, tenuto anche conto che l’attività amministrativa per l’approvazione del regolamento per l’affidamento e la revoca degli incarichi dirigenziali era ancora in corso e ribadendo di essere in possesso del requisito previsto dall’Avviso ossia dello status di dirigente medico, avendo partecipato e superato più di una selezione pubblica per titoli e prova idoneativa per la formazione della graduatoria di personale dirigente medico specializzato, i cui bandi erano stati sempre ritualmente pubblicati sulla GURI e di aver già ricoperto l’incarico di Direttore dell’U.O.S.D., di natura fiduciaria e di poter vantare una consolidata e pluriennale esperienza che meritava di essere valutata soprattutto nel confronto con le altre quattro manifestazioni di disponibilità che provenivano da dirigenti medici con anzianità di molti anni inferiore;
- l’Azienda, sulla base del medesimo erroneo presupposto delle equiparazione dei dirigenti medici ai funzionari di elevata professionalità, aveva negato lo status di circa 150 medici che garantivano lo svolgimento della gravosa attività assistenziale determinando una condizione di contesa venuta all’attenzione non solo della cronaca cittadina ma anche dell’Assessorato alla Salute della Regione Siciliana, che aveva istituito un tavolo tecnico per affrontare le questioni interpretative del Protocollo d’intesa quanto alla posizione giuridica e al trattamento del personale medico in servizio per attività assistenziale paventando un ingentissimo danno economico a carico della stessa Azienda;
- all’esito del tavolo tecnico, come risultava dalla relativa nota del 15 novembre 2022 prot. 50513 trasmessa dall’Assessorato al Commissario ed acquisita con accesso agli atti riscontrato il 24 novembre 2022, anche l’Assessorato aveva rilevato l’illegittimità dei provvedimenti assunti dall’Azienda messinese e della tesi sostenuta sulla qualifica/status non dirigenziale dei medici in servizio, tesi mai sostenuta dall’amministrazione regionale in quanto alla stipula del contratto di assunzione dei medici non sarebbe stato possibile riconoscere un trattamento giuridico ed economico diverso da quello del dirigente medico che, in caso contrario, il funzionario pur di elevata professionalità non avrebbe potuto svolgere le funzioni proprie del medico ossia le funzioni assistenziali, le uniche esigibili dai medici dipendenti di un’azienda ospedaliera, l’AOU avrebbe dovuto tenere conto che, al momento della sua costituzione, il quadro normativo e contrattuale del rapporto di lavoro del personale medico non docente, non era stato ancora definito in attesa dei decreti interministeriali con la cui adozione si sarebbe poi determinata la definitiva successione ope legis dei contratti di lavoro dei dipendenti, dirigenti e non, appartenenti ai diversi comparti sanità e università, l’AOU, inoltre, avrebbe dovuto effettuare “una valutazione circa la trasferibilità del personale in argomento all’Azienda nella quale come è noto presta servizio personale inquadrato esclusivamente nel profilo di dirigente medico, non essendo previsto all’interno del CCNL del comparto sanità, la figura del collaboratore sanitario medico”, il personale medico “non può che essere inquadrato nel profilo professionale di

dirigente medico” e “infatti l’art. 15 del d.lgs 502/1992 e ss.mm.ii. ed i CCNL della dirigenza medica espressamente contemplano il solo personale medico all’interno delle Aziende del SSN, senza contenere alcuna previsione della figura dei funzionari medici/odontoiatri”, in caso contrario, proseguiva la nota dell’assessorato, “si andrebbe a prospettare un trasferimento di personale che svolge funzioni di tipo assistenziale, con diretta gestione dei processi e delle criticità proprie della dirigenza medica, senza un corrispondente inquadramento di detto personale nella dirigenza, bensì nel comparto”;

- nonostante l’importante chiarimento dell’Assessorato, che aveva pure proposto l’avvio di un percorso condiviso per l’approfondimento della questione giuridica con i Ministeri competenti, l’AOU si era graniticamente chiusa nella propria posizione ed il Commissario Straordinario il giorno successivo aveva deliberato di conferire l’incarico di Responsabile UOSD Neonatologia alla dott.ssa [REDACTED];

- successivamente, in data 24 novembre 2022, si era limitata a confermare e richiamare il contenuto delle precedenti note, respingendo così anche l’ultima istanza di sospensione del procedimento formulata;

- il Commissario, in violazione del principio di parità di trattamento oltre che dei principi di imparzialità, buon andamento ed efficienza della pa, aveva deliberato di sospendere la procedura per il conferimento dell’incarico di responsabile dell’UOSD Cardiologia Pediatrica esprimendosi sull’opportunità di attendere la definizione dell’assetto organizzativo aziendale.

Rilevava che in data 1 dicembre 1998 egli, dopo aver svolto dal giugno del 1993 all’ottobre del 1998 la propria attività professionale in favore del Policlinico universitario con contratti d’opera, aveva sostenuto prova idoneativa per la formazione di graduatoria per il reclutamento di personale medico specializzato in Patologia neonatale e Tin, di cui alla G.U. n. 67 del 20.08.1996, 4° serie speciale, all’esito della selezione per la formazione della graduatoria degli specialisti, era risultato settimo e, pertanto, “risultando la Divisione di Patologia Neonatale e Terapia Intensiva carente di 7,6 unità, al punto da non potere garantire i normali turni di servizio” con deliberazione n. 320 del 30 gennaio 1999, era stata autorizzata la stipula del contratto a termine della durata di un anno, rinnovabile sino a tre.

Esponeva che egli aveva prestato la sua attività lavorativa per il Policlinico universitario quale medico specialista, con qualifica di Dirigente Medico, come specificato dall’art. 1 e che tale qualifica era parimenti da sempre riconosciuta anche nei cedolini paga.

Osservava che, stante il permanere dell’assoluta necessità di far fronte alle esigenze assistenziali, con contratto del 28 gennaio 2000, egli quale medico specialista, era stato assunto a tempo determinato presso l’Azienda resistente per un ulteriore anno, sempre con qualifica di Dirigente Medico, successivamente, il 3 febbraio 2000 aveva presentato istanza di aspettativa per mesi n.6 a decorrere dal 20 febbraio 2000, essendo stato nelle more nominato vincitore di concorso, per titoli ed esami, per la copertura di n.3 posti di Dirigente Medico, a tempo indeterminato presso gli Ospedali Riuniti di Reggio Calabria.

Rilevava che intanto l’Università degli studi di Messina aveva costituito l’Azienda ospedaliera Universitaria “G. Martino” che, secondo le previsioni dell’art.8, comma 6, del d.lgs. n.517/1999, succedeva nei rapporti di lavoro a tempo determinato dei medici assunti, ex artt.19 e 51 CCNL 9.8.2000, per far fronte alle necessità assistenziali e per i quali aveva avviato le procedure di trasformazione del rapporto di lavoro avendo l’obbligo giuridico della relativa conversione.

Evidenziava che egli aveva deciso di cogliere questa opportunità di conversione dei suoi precedenti rapporti di lavoro a termine per tornare a svolgere l’attività di medico nella sua

città e, con Decreto Rettoriale del 15 giugno 2001, richiamato il D.R. n.250 del 15 febbraio 2001, era stata disposta la trasformazione del rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato in qualità di dirigente medico in tempo indeterminato.

Rilevava che, posto che il CCNL del Comparto Università non prevedeva il profilo professionale di dirigente medico, ad egli - le cui mansioni e responsabilità erano rimaste invariate come quelle di tanti altri medici che svolgevano la medesima attività assistenziale - era stato attribuito il profilo di funzionario EP, pur proseguendo nello svolgimento della propria attività professionale di dirigente medico alle dipendenze dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico, come sempre reiteratamente riportato anche nei cedolini paga.

Osservava che gli erano stati conferiti numerosi incarichi dirigenziali di direzione di UOS e UOSD ininterrottamente per oltre un decennio.

Deduceva l'illegittimità e l'ingiustizia del provvedimento con cui era stata ritenuta inammissibile la manifestazione d'interesse da egli presentata rilevando che il potere amministrativo presupposto era stato distorto ed esercitato in modo arbitrario, non avendo perseguito il fine dell'efficienza dell'azione amministrativa, della trasparenza delle scelte e della selezione dei migliori.

Affermava la giurisdizione del Giudice ordinario in materia.

Rilevava di essere stato assunto dopo aver superato una selezione pubblica e di aver prestato la sua attività lavorativa di dirigente medico presso il Policlinico Universitario di Messina, con riconoscimento della relativa qualifica sin dal 1° dicembre 1998 e di avere, pertanto, diritto a partecipare alla procedura valutativa.

Osservava, inoltre, a conferma della corretta qualificazione giuridica del rapporto di lavoro che già prima della costituzione dell'AOU in applicazione del D. Lgs. n.502/92 tutti i Medici aveva acquisito funzioni dirigenziali in senso proprio, anche a prescindere dalla titolarità di poteri direttivi e dello svolgimento di funzioni di direzione di struttura, non essendo prevista nel contratto sanità la figura del medico non dirigente.

Rilevava che numerosi colleghi, assunti con la medesima procedura di stabilizzazione e transitati presso l'AOU con la medesima qualifica, prestavano la propria attività di dirigenti medici in posizioni apicali presso altre Aziende ospedaliere alle quali avevano avuto accesso con provvedimenti di mobilità o altre selezioni per il conferimento di incarico.

Evidenziava, inoltre, che la qualificazione giuridica del rapporto di lavoro come descritta trovava conferma nell'Accordo del 13 luglio 2016 con cui era stato approvato il Contratto collettivo Quadro per la definizione dei Comparti di Contrattazione e delle relative Aree Dirigenziali per il primo triennio 2016-2018. Affermava il proprio diritto al ristoro dei danni patrimoniali e non subiti in conseguenza della violazione di legge.

In ordine al *periculum in mora*, rilevava il proprio danno all'immagine ed alla professionalità per l'illegittima esclusione e la conseguente mancata valutazione, avuto riguardo alla sua reputazione per gli incarichi istituzionali ricoperti anche a livello nazionale ed alla sua immagine e professionalità nell'essere diretto da un dirigente medico il cui curriculum era di minor pregio sotto il profilo dell'esperienza acquisita, sia dal punto di vista temporale che per la diversità di settori cui era stata applicata, che per la mancanza di precedenti incarichi dirigenziali di prima fascia, non essendo mai stata titolare di alcuna Unità Operativa prima d'allora.

Osservava che la lesione della sua immagine professionale era ancora più grave considerando il profilo professionale di egli ricorrente che aveva ricoperto ininterrottamente negli ultimi 12 anni incarichi dirigenziali apicali quale Direttore delle sopra citate UOS e UOSD, avendo curato nei decenni la propria attività formativa e accademica, tenuto diverse decine di corsi e congressi in qualità di relatore, docente,

direttore e coordinatore o responsabile scientifico, avendo all'attivo molteplici pubblicazioni e avendo sempre raggiunto gli obiettivi e i risultati prefissi per l'Unità affidatagli.

Affermava, inoltre, che avrebbe subito un danno alla personalità morale ex art.2087 c.c., conseguenza diretta dell'inadempimento del datore di lavoro ed un danno alla dignità professionale in quanto la mancata valutazione del curriculum gli arrecava una evidente lesione alla dignità, che si traduceva nella lesione di un diritto fondamentale del lavoratore avente ad oggetto la libera esplicazione della sua personalità anche nel luogo di lavoro garantita dagli artt.1 e 2 della Costituzione e, altresì, sotto il profilo della atrofizzazione delle competenze possedute ed il depauperamento del bagaglio professionale, dell'arresto della crescita delle capacità professionali consistente nella mancata acquisizione di una maggiore capacità, in relazione al quale sussisteva altresì il *periculum in mora*, inteso come minaccia di un pregiudizio imminente ed irreparabile, posto che il mancato conferimento dell'incarico di Responsabile dell'UOSD pregiudicava l'arricchimento professionale raggiunto e la possibilità di raggiungere l'apice della carriera con conseguente danno patrimoniale e previdenziale, per la perdita di *chance* relative all'incarico apicale, per l'impossibilità di raggiungere gli obiettivi professionali ed economici prefissati a conclusione ed a completamento della loro encomiabile carriera, prima del pensionamento. Infine, evidenziava che il *periculum in mora* doveva ravvisarsi in *re ipsa* essendo conseguenza immediata e diretta delle molteplici violazioni descritte.

Chiedeva, pertanto, che con decreto *inaudita altera parte* venisse sospesa l'efficacia della deliberazione CS n.2248/2022 di conferimento incarico di responsabile UOSD alla dr.ssa [REDACTED] con decorrenza dal 1° dicembre 2022. Chiedeva, in ogni caso che venisse disposto l'annullamento e/o la revoca dei seguenti atti: a) provvedimento prot. n.0031335/2022 del 19 ottobre 2022 di esclusione dalla selezione per il conferimento dell'incarico di responsabile della U.O.S.D. Neonatologia per inammissibilità della domanda in quanto "EP Funzionario medico dell'area medico-odontoiatrica e socio sanitaria dell'Università degli Studi di Messina non è in possesso dei requisiti richiesti e specificati dall'avviso"; b) deliberazione del Commissario Straordinario n. 2248 del 17 novembre 2022 di "Conferimento incarico di Responsabile U.O.S.D. Neonatologia dell'A.O.U. Gaetano Martino di Messina alla dott.ssa [REDACTED]" a decorrere dall'1 dicembre 2022; presupposta deliberazione n.1835 del 30 settembre 2022 di annullamento della deliberazione n.1085 di proroga dell'incarico di Responsabile UOSD Neonatologia afferente al DAI Materno infantile (già conferito con deliberazione n. 892 del 7 giugno 2018); d) proposta prot. n. 34120 del 14 novembre 2022 e dell'intesa accordata dal Magnifico Rettore di Messina prot n. 34397 del 16 novembre 2022, nonché di tutti gli atti presupposti e conseguenti, affetti da insanabile nullità derivante da molteplici e gravi vizi del procedimento. Chiedeva che venisse ordinato all'Azienda Ospedaliera Universitaria G. Martino di Messina, in persona del Commissario *pro tempore*, il rinnovo della procedura di valutazione per il conferimento dell'incarico di Responsabile dell'U.O.S.D. Neonatologia dell'A.O.U. Gaetano Martino di Messina ammettendo la domanda da egli presentata, con riserva di agire nel giudizio di merito per il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti per le violazioni delle regole della procedura e per la perdita di chances. Instava per le spese di lite.

[REDACTED], costituendosi in giudizio, contestava la fondatezza del ricorso.

Eccepiva la nullità del contratto del ricorrente per il divieto di trasformare il rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato e per il divieto per le Università di assumere i laureati in medicina e chirurgia e odontoiatria per funzioni esclusivamente assistenziali. Richiamava giurisprudenza della Corte di Cassazione, rilevando che la validità dell'atto di conferimento dell'incarico deve essere valutata soltanto

sulla base delle norme e dei principi del diritto privato, con la conseguenza che l'eventuale inosservanza (in sede di valutazione) dei doveri di correttezza e buona fede, può giustificare solo una pretesa risarcitoria dei candidati non prescelti (per perdita di chances), non già l'annullamento dell'atto di conferimento dell'incarico ad altro soggetto, non esistendo un principio generale secondo il quale la violazione dei suddetti principi comporti di per sé la nullità o l'annullabilità dell'atto.

Chiedeva, pertanto, il rigetto del ricorso.

L'Azienda Ospedaliera "Gaetano Martino" di Messina, costituendosi in giudizio, eccepiva l'inammissibilità della domanda cautelare, rilevando che il provvedimento richiesto (l'annullamento degli atti impugnati e la ripetizione della procedura) non solo era privo dei requisiti della provvisorietà e strumentalità ma aveva carattere demolitorio con riferimento ad atti di gestione del rapporto di lavoro della controinteressata e con effetto definitivo e integralmente satisfattivo.

Osservava, inoltre, che la tutela cautelare è volta ad ottenere un provvedimento capace di garantire che il tempo occorrente per giungere alla decisione ordinaria non pregiudichi la soddisfazione del diritto dell'attore, se questo risulterà esistente e che il provvedimento cautelare richiesto nel caso di specie non è idoneo a soddisfare nessun diritto soggettivo del ricorrente, posto che lo stesso vanta solo un interesse legittimo di diritto privato, al contrario l'unico effetto sarebbe quello (negativo) nella sfera giuridica della controinteressata, titolare di un diritto soggettivo perfetto, che vedrebbe annullato l'incarico affidatole a seguito di regolare procedura e stipula del relativo contratto.

Rilevava che, se come affermato dalla consolidata giurisprudenza richiamata, il Giudice non ha il potere di annullare l'atto di conferimento d'incarico a fortiori si palesa inammissibile una domanda volta ad ottenere un tale effetto in via cautelare.

Contestava poi la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* e chiedeva, pertanto, il rigetto del ricorso, con vittoria di spese e compensi.

Il ricorrente agisce in giudizio chiedendo, in particolare, che venga ordinato all'Azienda Ospedaliera Universitaria G. Martino di Messina il rinnovo della procedura di valutazione per il conferimento dell'incarico di Responsabile dell'U.O.S.D. Neonatologia dell'A.O.U. Gaetano Martino di Messina ammettendo la domanda da egli presentata, per le ragioni indicate in ricorso.

In particolare, dagli atti emerge che con deliberazione del Commissario Straordinario dell'AOU "Gaetano Martino di Messina n. 1840 del 30 settembre 2022 è stato deliberato "*di indire selezione interna mediante valutazione comparata dei curricula per il conferimento dell'incarico di Responsabile dell'U.O.S.D. Neonatologia, configurata all'interno del...D.A.I. Materno Infantile di questa A.O.U., come da relativo Avviso..*" e "*di approvare, conseguentemente, il quivi allegato Avviso di selezione interna...*" e che con nota prot. n. 0031335/2022 del 19 ottobre 2022, l'Azienda resistente ha comunicato al ricorrente l'inammissibilità dell'istanza di disponibilità con la seguente motivazione: "la S.V. – essendo "*EP Funzionario Medico dell'area medico – odontoiatrica e socio sanitaria dell'Università degli Studi di Messina*" – non è in possesso dei requisiti richiesti e specificati dall'Avviso, che, infatti, ha specificatamente disposto che "*Conformemente alle prescrizioni dell'art. 9, comma 9, del vigente Protocollo d'Intesa, possono presentare istanza di disponibilità tutti i Professori e i Ricercatori universitari di ruolo e a tempo determinato e/o i Dirigenti Medici Ospedalieri*".

Ordine logico di trattazione impone di esaminare l'eccezione di inammissibilità del ricorso.

Al riguardo, si richiamano, innanzitutto, le argomentazioni formulate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella pronuncia n. 15764 del 19 luglio 2011: *“... la scelta del direttore generale deve essere, sì, ispirata al criterio del buon andamento della pubblica amministrazione, ma, poichè tale criterio, nel contesto del lavoro pubblico contrattualizzato, non può essere addotto come obbligazione sussidiaria e strumentale rispetto alle obbligazioni che, in generale, sorgono per effetto dell'instaurazione di un rapporto di lavoro, operando l'ordinario apparato di tutela del lavoro che, tra l'altro, vieta pratiche discriminatorie, il dirigente, al quale sia stato preferito altro candidato, può dolersi, in ipotesi, del carattere discriminatorio della scelta del direttore generale o, ancora più in generale, della violazione del canone di correttezza e buona fede che presidia ogni rapporto obbligatorio contrattuale, ai sensi degli articoli 1175 e 1375 del codice civile (cfr. Cass., sez. un., n. 5457 del 2009). Da ciò consegue che l'eventuale inosservanza, nella valutazione del direttore generale, dei predetti doveri imposti dalla disciplina codicistica, mentre può giustificare una pretesa risarcitoria dei candidati non prescelti (per perdita delle chances che sarebbero derivate dall'attribuzione dell'incarico), non può giustificare l'annullamento dell'atto di conferimento dell'incarico ad altro aspirante (cfr. Cass. n. 25314 del 2009). Questa conclusione trova supporto nei principi enunciati da queste Sezioni unite in materia contrattuale, a proposito della rilevanza degli obblighi di correttezza e buona fede. Si è precisato, in particolare, che dalla distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto discende che la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla validità dell'atto negoziale, poichè dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede - immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante ai precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale - il codice civile fa discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare ex se l'invalidità dell'atto, ancorchè l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo”* (Cass. Civ. SS.UU. 19 luglio 2011 n. 15764).

Nel caso di specie, la domanda di rinnovo della procedura di valutazione per il conferimento dell'incarico di Responsabile dell'U.O.S.D. Neonatologia dell'A.O.U. Gaetano Martino di Messina appare, però, ammissibile in quanto - come ritenuto da questo Tribunale in fattispecie analoga, con argomentazioni condivise da questo decidente (Trib. Messina, sez. lav. 16 marzo 2023 nel procedimento n. 6661/2022 R.G.) - afferma *“alla diversa ipotesi del riconoscimento del diritto dell'interessato all'accesso all'attività di valutazione della professionalità, conseguita ai sensi dell'art. 15 del d.lgs 502/92, diritto riconoscibile dal giudice ordinario in forma specifica in quanto afferente ad attività di natura vincolata da parte dell'azienda”*.

Nel merito, al fine di risolvere la controversia occorre affrontare la questione relativa all'equiparazione giuridica del personale Ep alla dirigenza sanitaria. Al riguardo, si richiama ex art. 118 disp. att. c.p.c., l'orientamento di questo Tribunale, condiviso da questo decidente (Trib. Messina, sez. lav. 16 marzo 2023 nel procedimento n. 6661/2022 R.G.).

L'indagine sull'ammissibilità di tale equiparazione è fondamentale in quanto gli articoli 15 e seguenti della l. 502/92 dispongono espressamente che gli incarichi di direzione di struttura semplice, complessa ovvero di responsabilità delle unità a rilevanza dipartimentale possono essere affidati solo a dipendenti inquadrati nel ruolo dirigenziale. Se non vi è dubbio per coloro i quali, secondo il comma 7 dell'articolo citati, abbiano superato il concorso pubblico, di cui al d.p.r. 483/1997, per il reclutamento del personale del SSN, occorre invece chiarire quali figure professionali, provenienti dal ruolo universitario, possono essere ammessi alle procedure di attribuzione disciplinate dall'art. 15 del citato decreto legislativo. Sul punto, occorre richiamare la disciplina scaturente dal d.lgs 517/99 e dal Protocollo d'Intesa della Regione Sicilia del 10 marzo 2020.

Preliminarmente, va effettuata una premessa d'obbligo circa l'ambito di applicabilità del d.lgs 517/99 all'azienda ospedaliera resistente.

Infatti, l'art. 2. rubricato "Aziende ospedaliero-universitarie" dispone che: "1. La collaborazione fra Servizio sanitario nazionale e università, si realizza, salvo quanto previsto ai commi 4, ultimo periodo, e 5, attraverso aziende ospedaliero-universitarie, aventi autonoma personalità giuridica, le quali perseguono le finalità di cui al presente articolo. 2. Per un periodo transitorio di quattro anni dall'entrata in vigore del presente decreto, le aziende ospedaliero-universitarie si articolano, in via sperimentale, in due tipologie organizzative: a) aziende ospedaliere costituite in seguito alla trasformazione dei policlinici universitari a gestione diretta, denominate aziende ospedaliere universitarie integrate con il Servizio sanitario nazionale; b) aziende ospedaliere costituite mediante trasformazione dei presidi ospedalieri nei quali insiste la prevalenza del corso di laurea in medicina e chirurgia, anche operanti in strutture di pertinenza dell'università, denominate aziende ospedaliere integrate con l'università. 3. Al termine del quadriennio di sperimentazione, alle aziende di cui al comma 1 si applica la disciplina prevista dal presente decreto, salvo gli adattamenti necessari, in base anche ai risultati della sperimentazione, per pervenire al modello aziendale unico di azienda ospedaliero - universitaria. Gli eventuali adattamenti sono definiti con atto di indirizzo e coordinamento emanato ai sensi dell'art. 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59, su proposta dei Ministri della sanità e dell'università della ricerca scientifica e tecnologica e, ove necessario, con apposito provvedimento legislativo....".

Dalla lettura della disposizione normativa emergono due profili essenziali per la disamina della fattispecie: a) autonomia giuridica dell'azienda rispetto all'Università degli Studi di Messina; b) il consolidamento, essendo decorsi i quattro anni di sperimentazione, del modello unico aziendale disciplinato dalla normativa di cui al d.p.r. 517/99 e dalla l.r. 5/2009.

Con quest'ultima legge regionale è stata costituita l'Azienda Ospedaliera Universitaria G. Martino esplicitamente indicata nella tabella riportata nella GURS, avente personalità giuridica di diritto pubblico (vedi art. 9), proprio al fine, esplicitato nel successivo art. 14 - Aziende ospedaliere-universitarie - di "realizzare le finalità di cui al decreto legislativo 21 dicembre 1999, n. 517". La norma dispone ancora che: "2. Di concerto con le suddette Università, sulla base di specifici protocolli di intesa, possono realizzarsi integrazioni tra Aziende ospedaliere e Università, onde pervenire alla costituzione di Aziende ospedaliere universitarie, la cui organizzazione e funzionamento è regolata dal decreto legislativo n. 517/1999. 3. Per l'elaborazione dei protocolli d'intesa è costituito, senza oneri aggiuntivi a carico del Servizio sanitario nazionale né del bilancio regionale, un Comitato formato dal Presidente della Regione, dall'Assessore regionale per la sanità e dai Rettori delle Università di Palermo, Catania e Messina, o da loro delegati".

Ciò ritenuto, ciò che invece è mancata è l'adozione della disciplina di settore, di rango primario o secondario, richiamata dall'art. 2 del d.p.r. 517/99, che avrebbe fornito un dato certo per le tabelle di equiparazione del personale universitario, diverso dai professori e ricercatori, impiegato nelle aziende sanitarie.

Essa non può invero essere ricondotta alle disposizioni contrattuali contenute nel CCNL sanità, in quanto non espressamente richiamato come fonte di regolamentazione dalla disposizione normativa citata e perché l'accesso al ruolo dirigenziale è coperto da riserva di legge, ai sensi dell'art. 97 Cost. e dal richiamato comma 7 dell'art. 15 del d.lgs 502/92. L'attribuzione di fatto di incarichi dirigenziali cui sembra fare riferimento l'art. 64 del CCNL – disciplinante l'equiparazione economica- quando menziona le “posizioni conseguite per effetto delle corrispondenze con le figure del personale del SSN”, non può assurgere a fonte di qualificazione normativa della posizione occupazionale del ricorrente.

Sul punto si segnala il recente arresto giurisprudenziale (vedi Cassazione civile sez. lav. - 03/12/2020, n. 27755; S.U. 9276/2016), la cui motivazione si richiama, ex art. 118 disp.att.c.p.c., con cui è stato nuovamente ribadito il principio di esclusività delle forme di attribuzione della qualifica dirigenziale, affermando come, in linea generale, nel pubblico impiego sono rilevanti gli inquadramenti formali e gli status e le norme derogatorie delle regole ordinarie non si estendono oltre l'ambito fissato dalle norme stesse (Cass. n. 23473/2007), sicchè non si può fare leva sull'attribuzione dell'indennità perequativa o lo svolgimento di fatto delle mansioni dirigenziali per ottenere l'equiparazione al personale del servizio sanitario di cui al comma 7 art. 15 del d.lgs 502/1992 quanto allo stato giuridico ed alla disciplina del rapporto di lavoro.

Ciò premesso, si osserva che il decreto legislativo n. 517/1999, nel disciplinare il coordinamento e l'integrazione tra le università di medicina e la dirigenza del SSN fa riferimento esclusivamente ai profili di professori e ricercatori universitari.

Si richiama in particolare l'art. 5, rubricato, “*Norme in materia di personale*” per l'importante disposizione contenuta nel comma 3 sul conferimento degli incarichi di dirigenziali: “*1. I professori e i ricercatori universitari, che svolgono attività assistenziale presso le aziende e le strutture di cui all'art. 2 sono individuate con apposito atto del direttore generale dell'azienda di riferimento d'intesa con il rettore, in conformità ai criteri stabiliti nel protocollo d'intesa tra la regione e l'università relativi anche al collegamento della programmazione della facoltà di medicina e chirurgia con la programmazione aziendale. Con lo stesso atto, è stabilita l'afferenza dei singoli professori e ricercatori universitari ai dipartimenti di cui all'art. 3, assicurando la coerenza fra il settore scientifico-disciplinare di inquadramento e la specializzazione disciplinare posseduta e l'attività del dipartimento. I protocolli d'intesa tra università e regione determinano, in caso di conferimento di compiti didattici, l'attribuzione di funzioni assistenziali alle figure equiparate di cui all'art. 16 della legge 19 novembre 1990, n. 341, con l'applicazione delle disposizioni di cui al presente articolo e all'art. 6. 2. Ai professori e ricercatori universitari di cui al comma 1, fermo restando il loro stato giuridico, si applicano, per quanto attiene all'esercizio dell'attività assistenziale, al rapporto con le aziende e a quello con il direttore generale, le norme stabilite per il personale del Servizio sanitario nazionale. Fermo restando l'applicazione del presente decreto, apposite linee guida emanate con decreti dei Ministri della sanità e dell'università, d'intesa con la Conferenza Stato-regioni, possono stabilire specifiche modalità attuative in relazione alle esigenze di didattica e di ricerca. Dell'adempimento dei doveri assistenziali il personale universitario risponde al direttore generale. Le attività assistenziali svolte dai professori e dai ricercatori universitari si integrano con quelle di didattica e ricerca. L'obbligo dell'esercizio dell'attività assistenziale per i professori e per i ricercatori è sospeso nei casi di*

aspettativa o congedo ai sensi degli articoli 12, 13 e 17 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382. Le autorizzazioni di cui al predetto art. 17 sono concesse dal rettore, previa intesa con il direttore generale, per assicurare la compatibilità con l'ordinario esercizio dell'attività assistenziale. Non è altrimenti consentito al predetto personale recedere dall'attività assistenziale. 3. Salvo quanto diversamente disposto dal presente decreto, nei confronti del personale di cui al comma 1, si applicano le disposizioni degli articoli 15, 15- bis , 15- ter , 15- quater , 15- quinques , 15- sexies e 1- nonies , comma 2, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 e successive modificazioni....”.

Tale ultimo comma dispone la riferibilità della normativa sul conferimento degli incarichi di direzione delle U.o.c. o U.o.s. solo al personale indicato al comma 1, senza possibilità di ulteriori estensioni analogiche.

Deve qui inserirsi il richiamo, in quanto effettuato dal comma 1 dell'articolo citato, nonché dall'art. 8 della l.r. 5/2009, al Protocollo tra la Regione Sicilia e l'Università degli Studi di Messina del 10.3.2020, per il quale: Art.13. - comma 2 *“La dotazione organica dell'azienda O.U., da determinarsi con separato atto, è costituita da docenti (professori e ricercatori di ruolo e a tempo determinato), dalle figure professionali equiparate per legge, dal personale dipendente dall'Università degli Studi in servizio presso l'Azienda e dal personale dipendente dall'Azienda stessa”*; -comma 7 *“I professori e i ricercatori universitari di ruolo e a tempo determinato e le figure professionali equiparate per legge che svolgono attività assistenziale, in relazione alle attività effettuate, ai programmi concordati da realizzare ed alle specifiche funzioni loro attribuite, sono responsabili dei risultati assistenziali conseguiti...”*.

Anche in tale disposizione, il rinvio alla definizione legislativa, in via esclusiva, delle figure equiparate è chiaro e letterale.

Tutto ciò premesso, emerge dagli atti processuali che il ricorrente, prima della stabilizzazione, era stato assunto dall'Azienda Policlinico Universitario di Messina, con contratti a tempo determinato e la qualifica di dirigente medico.

Tuttavia, nel 2001, l'Università di Messina, in esecuzione degli impegni assunti con la contrattazione collettiva del Comparto Università 1998-2001, ha proceduto alla stabilizzazione del dott. ██████ attribuendogli la qualifica di Funzionario medico EP.

Per le su menzionate ragioni, non può quindi prescindere dal dato formale della mancata attribuzione della qualifica di Dirigente Medico Ospedaliero al ricorrente e non potendosi effettuare la perequazione di fatto della sua posizione a quella dirigenziale, in quanto impedito dal quadro normativo sopra delineato, non può dichiararsi il suo diritto alla partecipazione alla procedura di selezione per il conferimento dell'incarico oggetto di ricorso.

In ragione di quanto esposto, che rende superflua ogni ulteriore valutazione anche in ordine al *periculum in mora*, con una cognizione sommaria propria di questa fase, il ricorso va, pertanto, rigettato.

Tenuto conto della peculiarità della questione trattata, le spese giudiziali vengono interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

visti gli artt. 700, 669 bis ss., 409 ss. c.p.c., così provvede:

- rigetta il ricorso;
- compensa le spese giudiziali tra le parti.

Manda alla cancelleria per gli adempimenti di competenza.

Messina, 7 aprile 2023

Il Giudice del Lavoro
Rosa Bonanzinga