

sentenza 26 maggio 2004 n. 1775 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO II Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sezione 1<sup>a</sup> ha pronunciato la seguente SENTENZA sui ricorsi nn. 1589, 2710 e 3536 del 2003 proposti da BOZZOLA Mauro rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Adavastro (primo ricorso) congiuntamente (secondo e terzo ricorso) all'avv. Serena Filippi, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Milano, via Fontana 25 contro POLICLINICO SAN MATTEO di PAVIA, Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto pubblico, in persona del Commissario straordinario pro tempore, dr. Giovanni Azzaretti, rappresentato e difeso dagli avv. ti Giuseppe Franco Ferrari, Lionello Oleotti e Simona Codena, elettivamente domiciliato presso il primo in Milano, corso Vittorio Emanuele II n. 15 nei confronti o contro UNIVERSITÀ DEGLI STUDI di PAVIA, in persona del Rettore pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Milano, presso la quale è domiciliata in Milano, via Freguglia 1e nei confronti (ricorso n. 3536/03) della prof.ssa MARCHI Antonietta, non costituita in giudizio per l'annullamento dei seguenti atti: - deliberazione 6 marzo 2003 (n. R. Comm. 4/105/03 e prot. n. 363/2002) del Commissario straordinario del Policlinico San Matteo, avente ad oggetto "provvedimenti riguardanti personale universitario convenzionato", e di ogni altro atto preordinato, consequenziale e connesso, in particolare, occorrendo, della nota 23 gennaio 2003 n. prot. 26/84 avente ad oggetto "posizione prof. Bozzola - docente ordinario afferente alla struttura di pediatria" [ricorso n. 1589/03]; - nota 18 novembre 2002 prot. ris 16/2002 (disdetta convenzione 10.10.1972 Università/Policlinico); nota 26 novembre 2002 prot. n. 19/2002 (conferma disdetta); deliberazione commissariale 21 febbraio 2003 (n. R. Comm. 4/0098/03 e prot. n. 363/2002) avente ad oggetto la cessazione dei rapporti relativi al convenzionamento con l'Università per la gestione dell'assistenza sanitaria connessa con i fini istituzionali della Facoltà di Medicina e Chirurgia [ricorso n. 2710/03]; - atti di assegnazione delle funzioni assistenziali apicali presso la struttura di Pediatria del Policlinico alla prof.ssa Marchi, e specificamente: deliberazione commissariale 29 luglio 2003 (n. R. Comm. 4/0373/2003 e prot. n. 363/2002); verbale della seduta 11 settembre 2003 del Consiglio di Facoltà di Medicina e Chirurgia, nella parte relativa all'attribuzione temporanea di funzioni superiori alla prof.ssa Marchi; nota 30 giugno 2003 del Policlinico (richiesta di designazione di un docente per l'affidamento di funzioni assistenziali apicali presso la struttura di Pediatria); note dell'Università in data 29 luglio 2003 prot. 28342 (concernente la posizione assistenziale del prof. Rondini) e in data 22 settembre 2003 prot. 32512 (comunicazione della delibera 11.9.03 del Consiglio di Facoltà) [ricorso n. 3536/03]. Visti i ricorsi, notificati rispettivamente il 4 giugno, il 17 settembre, il 13 novembre 2003, depositati in date 11 giugno, 2 ottobre, 28 novembre 2003; Visti gli atti di costituzione in giudizio del Policlinico e dell'Università; Viste le memorie delle parti; Visti atti e documenti di causa; Uditi, alla pubblica udienza del 5 maggio 2004, relatore il dott. Carmine Spadavecchia, l'avv. Adavastro, il procuratore dello Stato Carmela Pluchino e l'avv. Chiara Giubileo (per delega dell'avv. Ferrari); Considerato quanto segue in FATTO e DIRITTO 1. Il ricorrente, già professore associato, convenzionato per lo svolgimento di funzioni assistenziali presso la struttura di Pediatria del Policlinico San Matteo di Pavia, a decorrere dal 1.1.2002 è stato nominato professore ordinario dall'Università degli studi di Pavia, la quale ha conseguentemente proposto al Policlinico di convenzionare il ricorrente in una posizione assistenziale corrispondente al nuovo status universitario. Con deliberazione commissariale 6 marzo 2003 il Policlinico ha disposto, con decorrenza 1.2.2003, la formale cessazione delle attività assistenziali attribuite al ricorrente in regime convenzionale, sul rilievo che la qualifica universitaria conseguita (professore di prima fascia) "non consente, nell'ambito della Struttura di afferenza, l'attribuzione

delle corrispondenti funzioni assistenziali di pari qualifica ospedaliera di ex II livello dirigenziale, ai sensi dell'art. 102 del DPR 382/80".L'interessato ha impugnato il provvedimento con il primo dei ricorsi in epigrafe (n. 1589/03) per i seguenti motivi:- omessa comunicazione di avvio del procedimento in violazione delle garanzie di cui alla legge n. 241/90; - omesso coinvolgimento dell'Autorità accademica nelle decisioni dell'Ente ospedaliero, in violazione del principio che rimette all'intesa tra i due Enti la regolazione dei rapporti con il personale universitario convenzionato;- violazione del d.p.r. n. 382/1980, del decreto legislativo n. 517 del 1999, dell'art. 33 Cost., in quanto la revoca delle funzioni assistenziali pregiudica le attività didattiche e scientifiche istituzionali alle quali l'attività assistenziale è necessariamente associata;- eccesso di potere sotto diversi profili (travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, insufficienza della motivazione, sviamento) in quanto l'impossibilità di assegnare al ricorrente una qualifica ospedaliera di livello pari a quella universitaria sarebbe indimostrata, e comunque non impedirebbe l'affidamento di programmi infra o interdipartimentali ai sensi dell'art. 5, quarto comma, d.lgs. 517/99, dovendosi per converso escludere, nel contenzioso in corso tra i due Enti in ordine alla vigenza della convenzione stipulata nel 1972, il potere del Policlinico di risolvere d'imperio i singoli rapporti convenzionali con il personale universitario. 2. Con successivo ricorso (n. 2710/03) il docente, avutane conoscenza a seguito di produzione documentale fatta in altra vertenza instaurata direttamente dall'Università nei confronti del Policlinico (ric. 1353/09), ha impugnato la disdetta della convenzione con l'Università (data dal Policlinico con note 18 e 26 novembre 2002), nonché la deliberazione 21 febbraio 2003 con la quale il Commissario straordinario del Policlinico, dato atto della cessazione dei rapporti assistenziali nascenti dalla convenzione, ha disposto in via transitoria, per assicurare la continuità assistenziale fino alla stipula della nuova convenzione, e comunque non oltre la data del 31.12.2003, la prosecuzione dei rapporti con i docenti universitari già responsabili delle strutture dell'Istituto nell'anno accademico 2001/2002. Questi i motivi di ricorso:- inefficacia della disdetta in quanto tardiva;- incompatibilità della disdetta con l'applicazione continuativa della convenzione, la prosecuzione dell'attività assistenziale dei medici universitari e l'accordo 10 giugno 2003 (recante principi e linee guida per la stipula della nuova convenzione), il quale darebbe per scontata la vigenza della convenzione del 1972;- violazione della legge n. 241/90 per omessa comunicazione di avvio del procedimento.3. Il terzo ricorso (n. 3536/03) investe la deliberazione commissariale 29 luglio 2003, con cui il Policlinico ha temporaneamente affidato le funzioni assistenziali apicali presso la struttura di Pediatria (rimasta priva di direzione con il collocamento a riposo del professore ordinario ad essa preposto), alla prof.ssa Marchi, professore associato, già convenzionato presso lo stesso Policlinico con funzioni assistenziali di Aiuto; impugna altresì il verbale della seduta 11 settembre 2003 del Consiglio di Facoltà di Medicina e Chirurgia, nella parte in cui, per consentire alla prof.ssa Marchi di succedere, nella direzione della struttura pediatrica, al titolare cessato, le ha attribuito la qualifica superiore ai sensi del d.p.r. 382/1980. A sostegno del gravame il ricorrente deduce:- violazione della legge n. 241/90 per omessa comunicazione di avvio del procedimento;- incompetenza, spettando esclusivamente all'Università la designazione del docente da proporre alla direzione della clinica pediatrica, trattandosi di struttura a direzione universitaria;- violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili, per inosservanza delle norme (in specie, art. 102 d.p.r. 382/80) che richiedono, nell'assegnazione di funzioni assistenziali al personale universitario, la corrispondenza tra qualifiche del ruolo universitario e del ruolo medico, autorizzando perciò stesso l'attribuzione di funzioni apicali al professore ordinario, ma non anche al professore associato, equiparato al medico in posizione intermedia; di qui l'illegittima attribuzione di

mansioni superiori alla controinteressata, in presenza di un soggetto (il ricorrente) provvisto (egli solo) della qualifica necessaria per ricoprire la direzione vacante della struttura di Pediatria.4. Si sono costituiti in giudizio il Policlinico e l'Università. Il primo ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, nonché l'inammissibilità originaria e comunque l'improcedibilità sopravvenuta dei ricorsi per carenza di interesse (stante la stipulazione, intervenuta medio tempore, di una nuova convenzione, e l'inesistenza nella struttura di Pediatria di un posto apicale convenzionato ulteriore rispetto all'unico coperto da un terzo). La seconda ha chiesto l'accoglimento dei primi due ricorsi, in adesione alle tesi del ricorrente, e la declaratoria di improcedibilità del terzo ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, avendo il Policlinico (delibera commissariale 24.11.2003) riattribuito ad altro docente (prof. Rondini) le funzioni assistenziali apicali relative alla struttura di Pediatria rivendicate dal ricorrente.5. Data la connessione soggettiva e oggettiva i ricorsi possono essere riuniti e definiti contestualmente. In punto di giurisdizione, viene eccepito dal Policlinico, sulla base di autorevole precedente giurisprudenziale (Cons. Stato VI, 18.12.02 n. 7019), che la controversia, inerendo non al rapporto di impiego del ricorrente con l'Università, ma alle funzioni assistenziali svolte dal medesimo presso l'Ente sanitario, sarebbe devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario. Il Collegio non condivide questa impostazione. L'art. 63, quarto comma, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 (norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche) stabilisce che "restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie .... relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3", tra i quali è compreso (art. 3, comma 2) "il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari": rapporto che "resta disciplinato dalle disposizioni rispettivamente vigenti, in attesa della specifica disciplina che la [recte: lo] regoli in modo organico ed in conformità ai principi della autonomia universitaria di cui all'articolo 33 della Costituzione ed agli articoli 6 e seguenti della legge 9 maggio 1989, n. 168, e successive modificazioni ed integrazioni, tenuto conto dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, della legge 23 ottobre 1992, n. 421". Il combinato disposto delle norme citate trattiene dunque il rapporto di impiego dei docenti universitari nell'ambito della giurisdizione amministrativa fino al varo di una disciplina "specificata" ed "organica": specificità ed organicità sono condizioni necessarie per la devoluzione al giudice ordinario (anche) del rapporto in questione, che non è contemplato invero tra quelli ai quali l'art. 1, comma 2, lettere c) ed e), della legge 23 ottobre 1992 n. 421 riserva un regime di diritto pubblico (magistrati ordinari e amministrativi, avvocati e procuratori dello Stato, personale militare e delle forze di polizia, personale delle carriere diplomatica e prefettizia). Ora, l'organicità della disciplina osta a che il rapporto di impiego dei docenti universitari venga frazionato - e devoluto alla cognizione di giudici diversi - in relazione ai singoli profili che connotano la funzione docente. Laddove siano funzionali alle esigenze della didattica e della ricerca [art. 6, primo comma, lett. b), legge 30 novembre 1998 n. 419, sulla ridefinizione dei rapporti tra università e servizio sanitario nazionale], le attività assistenziali si integrano con le attività didattiche e di ricerca, al punto che l'esercizio di attività assistenziale costituisce un obbligo dal quale professori e ricercatori non possono recedere (cfr. art. 5, secondo comma, decreto legislativo 21 dicembre 1999, n. 517). La compenetrazione tra profili di attività diversi, ma inerenti al medesimo status - non frazionabile - di docente universitario, la cui tutela resta affidata (sia pure transitoriamente) al giudice amministrativo, comporta che a quest'ultimo spetti la cognizione degli atti di conferimento e revoca degli incarichi assistenziali (sulla "compenetrazione" tra attività sanitaria assistenziale e attività didattico-scientifica dei docenti universitari della Facoltà di medicina, quale dato caratterizzante le loro funzioni ed il

conseguente stato giuridico, cfr. Corte cost., sentenze 7-16.3.01 n. 71, 8-16.5.97 nn. 134 e 136). Non pare possa indurre a diversa conclusione l'art. 5, secondo comma, d.lgs. 517/99 laddove dispone che "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". A parte il rilievo che altro è il regime sostanziale, altro il regime di tutela giurisdizionale, va osservato che l'applicabilità della normativa concernente il personale del servizio sanitario è circoscritta all'esercizio dell'attività assistenziale, non anche al conferimento del relativo incarico.6. Nel merito, il ricorso n. 1589/03 è fondato. Vero è che l'art. 102 del d.p.r. 382/1980, nel disciplinare l'attività assistenziale svolta dal personale docente universitario presso le strutture di cura convenzionate, stabilisce le "corrispondenze funzionali" tra il personale medico dei ruoli universitari ed il personale medico del servizio sanitario nazionale, disponendo che il professore ordinario e straordinario è equiparato al medico appartenente alla posizione apicale, mentre il professore associato è equiparato al medico appartenente alla posizione intermedia. E dacché in ambito pediatrico, nel Policlinico San Matteo, la sola struttura complessa convenzionata con l'Università era - com'è assodato - quella di Pediatria, retta da altro docente (prof. Rondini) fino al 30 luglio 2003 (cfr. attestazione Policlinico, doc. 24), il principio di necessaria corrispondenza tra qualifiche del ruolo medico e del ruolo universitario - posto del resto alla base del terzo ricorso - non consentiva al ricorrente di conservare, una volta conseguito lo status di professore di prima fascia, le funzioni assistenziali attinenti ad un posto convenzionato per una qualifica non apicale. Ciò non basta tuttavia a conferire legittimità alla deliberazione commissariale 6 marzo 2003, che con decorrenza 1.2.2003 ha disposto la cessazione delle funzioni assistenziali svolte dal ricorrente per mancanza di un posto convenzionato vacante di grado corrispondente. Qui rileva innanzitutto il principio dell'intesa, al quale devono uniformare il loro comportamento gli Enti (Università e Policlinico) in sede di regolazione dei rapporti con il personale universitario convenzionato. Dall'art. 5 del decreto legislativo n. 517 del 1999 (commi 1, 2, 5, 14) si desume infatti che non solo la regolamentazione generale del rapporto tra Università e Policlinico (rimessa ad un atto convenzionale che per sua natura esige l'accordo tra Ente ospedaliero ed Ente universitario), ma anche la gestione dei singoli rapporti con i medici universitari è rimessa, di norma, all'intesa tra i due enti. L'intesa potrebbe non essere necessaria quando la cessazione delle funzioni assistenziali consegua non ad una scelta discrezionale, ma al venir meno di un presupposto, quale si verifica appunto nel caso in cui il medico acquisisca un nuovo status al quale non corrisponda alcun posto convenzionato vacante. Anche in questo caso, tuttavia, residuano a carico dell'Ente ospedaliero doveri alternativi e spazi di discrezionalità che non giustificano la revoca tout court dell'incarico - con conseguente sottrazione delle funzioni assistenziali - senza avere preventivamente esplorato la possibilità di attribuire un incarico diverso atto a salvaguardare la continuità della funzione. L'art. 5, quarto comma, del decreto legislativo n. 517/99 dispone infatti che ai professori di prima fascia ai quali non sia stato possibile conferire un incarico di direzione di struttura semplice o complessa, il direttore generale, sentito il rettore, affida comunque la responsabilità e la gestione di programmi, infra o interdipartimentali, finalizzati all'integrazione delle attività assistenziali, didattiche e di ricerca.7. Vero è che nel caso in esame la proposta del ricorrente, volta ad ottenere l'affidamento di un programma infradipartimentale nel settore dell'accrescimento nell'età evolutiva, accolta dal Consiglio della Facoltà di Medicina e Chirurgia nella seduta del 10.12.2002, non risulta inoltrata al Policlinico; al quale non potrebbe dunque addebitarsi di non avere assecondato una richiesta

che non risulta essergli stata sottoposta. Il tenore della norma è tale, tuttavia, da configurare, a carico della stessa azienda sanitaria di riferimento, l'obbligo di consultazione del Rettore in vista del conferimento, al docente già convenzionato, di un incarico alternativo. A ciò non ostava, nel caso di specie, la disdetta della convenzione (peraltro estranea alla motivazione dell'atto impugnato), posto che essa era accompagnata da misure volte a salvaguardare la continuità assistenziale utilizzando, fino alla stipula di una nuova convenzione, il personale già incaricato. E del resto risulta che nel recente passato il Policlinico avesse optato appunto per una soluzione, non traumatica, di questo tipo, disponendo provvisoriamente, per il medici già convenzionati come professori associati, assurti alla prima fascia della docenza universitaria, la permanenza in regime convenzionale, con la qualifica già attribuita, "in attesa che si verificino le condizioni organizzative-funzionali che ne permettano l'inserimento in convenzione nella corrispondente posizione ospedaliera in relazione al ruolo universitario loro assegnato" (cfr. delibera 28.9.2001, punto 2, lett. D, doc. 18 fasc. ricorrente). Ne consegue che la delibera commissariale 6 marzo 2003, viziata dall'omissione di un indefettibile passaggio procedimentale preordinato a garantire l'espletamento di attività assistenziale integrativa della funzione docente, è illegittima e va annullata.

8. Il ricorso n. 2710/03, che investe la disdetta della convenzione stipulata nel 1972 tra Policlinico e Università, è, a prescindere dalla sua ammissibilità originaria, improcedibile per carenza di interesse, avendo detti Enti, nelle more del giudizio, stipulato una nuova convenzione (la cui legittimità non è discussa), entrata in vigore dalla data (21.11.2003) della sua sottoscrizione. E' quindi venuto meno ogni interesse a discutere della legittimità della disdetta, tanto più ove si consideri che per il ricorrente la cessazione dell'incarico trova causa non nella disdetta (che non ha impedito ad altri docenti, già incaricati, di proseguire l'esercizio delle funzioni assistenziali fino alla stipula della nuova convenzione), ma nella mancanza di un posto convenzionato di livello corrispondente al nuovo status - di professore ordinario - conseguito.

9. Quanto al ricorso n. 3536/03 - volto a censurare l'incarico apicale conferito alla controinteressata - se ne può dichiarare l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse. Il difensore del ricorrente ha convenuto in udienza, in sede di discussione orale, che è venuto meno l'interesse alla decisione a seguito della delibera commissariale 24.11.2003 (non impugnata) con la quale il Policlinico, in esito ad altra vicenda contenziosa, ha restituito ad altro docente di prima fascia (prof. Rondini) - la cui cessazione per limiti di età aveva dato causa ai provvedimenti impugnati in questa sede - le funzioni assistenziali apicali relative alla struttura di Pediatria rivendicate dal ricorrente.

10. Per le considerazioni esposte, che assorbono ogni altra ragione di censura, il primo ricorso va accolto, con conseguente annullamento della deliberazione commissariale 6 marzo 2003 del Policlinico San Matteo; il secondo ed il terzo devono essere dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse. Sussistono ragioni sufficienti per disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese di causa. P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, riuniti i ricorsi, accoglie il ricorso n. 1589/03 e per l'effetto annulla la delibera commissariale 6 marzo 2003; dichiara improcedibili i ricorsi nn. 2710/03 e 3536/03. Spese compensate. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa. Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 5 maggio 2004, con l'intervento dei magistrati: Ezio Maria Barbieri presidente Carmine Spadavecchia consigliere, estensore Riccardo Giani referendario