

RASSEGNA MONOTEMATICA DI GIURISPRUDENZA

La giurisdizione sul rapporto di lavoro dei medici universitari.

(Luigi Viola)

(aggiornata al dicembre 2013)

T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 21 novembre 2013 n. 2787 - Pres. Ferlisi, Est. Cumin

Le controversie relative all'attività assistenziale svolta dai docenti universitari, in regime di convenzionamento con un ente ospedaliero sono devolute alla giurisdizione del Giudice amministrativo e non dell'A.G.O., in virtù della riserva di giurisdizione prevista dagli artt. 3, comma 2, e 63, comma 4, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Il Dott. Herbert Ryan Marini, ricercatore confermato di Fisiologia presso l'Università degli Studi di Messina ed in servizio presso il Dipartimento di Scienze Biochimiche, Fisiologiche e della nutrizione, con compiti didattici in vari corsi universitari, oltre che medico chirurgo con specializzazione in Neurologia, ed inserita con la qualifica di Dirigente medico presso l'U.O.C. di Medicina Interna Indirizzo Gastroenterologia, addetto al servizio di Dietologia dell'Azienda Ospedaliera Policlinico Universitario di Messina (tale veste le è stata confermata a seguito della rideterminazione della dotazione organica A.O.U. Policlinico di cui alla delibera n. 863 del 22/10/2010), impugna la delibera n. 708 del 14/06/2012 e i collegati atti meglio descritti in epigrafe, con i quali è stata esclusa dalla dotazione organica dell'Azienda ed è stata dichiarata cessata dall'attività assistenziale a far data dal 1° agosto 2012.

Deduce al fine profili di illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione dell'art. 5 del D. L.vo n. 517/1999 che impone l'integrazione dell'attività didattica dei professori e dei ricercatori universitari con le attività assistenziali. Deduce, altresì, l'incongruenza della disposta esclusione con le risultanze del lavoro di accertamento della Commissione paritetica all'uopo nominata, della quale si contesta la composizione (in quanto non contenente nessun componente con competenza nel campo medico assistenziale) e la disparità di trattamento rispetto ad altri colleghi, in posizione sostanzialmente identica a quella della ricorrente, ma che non sono stati fatti oggetto di provvedimento di esclusione (e quindi sono rimasti a svolgere le ricordate funzioni assistenziali).

Propone, infine, istanza risarcitoria, anche in forma specifica, mediante la reintegrazione giuridica ed economica nell'organico dell'A.O.U. ed il pagamento degli emolumenti e delle indennità non percepite, con interessi e rivalutazione.

L'Azienda intimata, costituitasi in giudizio, ha in via preliminare eccepito il difetto di giurisdizione del giudice adito, e nel merito la infondatezza delle censure addotte.

Alla Camera di Consiglio del 3 ottobre 2012 è stata accolta la domanda cautelare.

Alla Pubblica Udienza del 23 ottobre 2013 la causa è stata trattenuta per la decisione. Il Collegio rileva innanzitutto l'infondatezza della eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla parte resistente, posto che l'impugnata delibera n. 708/2012 è stata adottata dal Dirigente Generale dell'Azienda (così come previsto dalla legge) d'"intesa" con il Rettore, nell'ambito di un potere congiunto esercitato per il conseguimento di finalità pubblicistiche connesse all'esercizio delle funzioni didattiche necessariamente collegate ad attività assistenziale (in termini C.G.A., sent. n. 326 del 28/4/2011 e più recentemente Cons. Stato, Sez. 3°, sent. n. 839 del 12/02/2013 ove è stato ribadito che *"l'unicità dello stato di medico docente e la stretta compenetrazione esistente, per tale categoria di dipendenti pubblici tra la funzione didattica, di ricerca e di assistenza, fanno sì che le relative controversie restino attratte nella competenza del G.A. ai sensi dell'art. 68 comma 4 del D. Lgs. N. 29/83, come modificato dal D. Lgs. N. 80/98 ed ora sostituito dall'art. 63 del D.Lgs. 165/2001"*).

Il Collegio, peraltro, non ignora che con recentissima decisione del C.g.a. n. 568/2013 è stata affermata la giurisdizione del Giudice ordinario in relazione alla gestione del rapporto di lavoro dei docenti universitari (delle facoltà di Medicina e chirurgia) presso le aziende ospedaliere universitarie, ma tale decisione concerne ipotesi diversa, in cui il docente richiedeva la mera corresponsione di taluni emolumenti correlati alla prestazione resa nell'ambito del servizio assistenziale. Diversamente nel caso in esame, nel quale l'impugnativa concerne un tipico atto di natura organizzativa, adottato dall'Azienda policlinico d'intesa col Rettore (che ha partecipato attivamente al procedimento, nominando alcuni membri della Commissione tecnica istruttoria che ha adottato gli atti su cui si fonda l'impugnata delibera n.708 del 14/6/2012 adottata dal del Dir.Gen. dell'Azienda).

Da ciò deriva che l'atto al centro della odierna impugnativa:

- è connotato da precisi profili autoritativi cui si correlano posizioni di interesse legittimo;
- è direttamente riferibile al particolare status del docente universitario della Facoltà di Medicina, chiamato a svolgere, ex lege, funzioni assistenziali (Corte Cost. n. 71/2001, di cui infra).

Questa Sezione, in proposito, può solamente ribadire quanto già considerato con sentenza n. 991/2010, ossia che:

- a) la Corte di Cassazione a partire dall'ordinanza n. 3370 del 15 febbraio 2007 ha ritenuto la giurisdizione dell'AGO solo in relazione a specifiche controversie relative ad attività puramente gestionali dell'Azienda;
- b) in forza dell'art. 2 del D. L.vo n. 517/1999 i professori e i ricercatori universitari nell'esercizio di attività assistenziali non perdono il proprio stato giuridico di dipendenti dell'Università, e tale attività si integra con quella di didattica e di ricerca formando un "unicum" che è proprio del lavoro svolto di docenti universitari delle Facoltà di Medicina;
- c) la stessa Corte Costituzionale, con sentenza n. 71/2001, ha definito nei seguenti chiarissimi termini: *"... l'attività di assistenza ospedaliera e quella didattico-scientifica affidate dalla legislazione vigente al personale medico universitario si pongono tra loro in un rapporto che non è solo di stretta connessione, ma di vera e propria compenetrazione (sentenze n. 136 del 1997, n. 126*

del 1981, n. 103 del 1977). Ciò in considerazione della natura necessariamente teorico-pratica dell'insegnamento medico, a livello sia universitario sia post-universitario, ribadita anche dalla più recente normativa comunitaria in tema di reciproco riconoscimento dei diplomi medici, resa operante nel nostro ordinamento con decreto legislativo 17 agosto 1999, n. 368 (Attuazione della direttiva 93/16/CEE in materia di libera circolazione dei medici e di reciproco riconoscimento dei loro diplomi, certificati ed altri titoli)";

d) la conseguenza è che, pur nella dualità dei rapporti intercorrenti tra il docente-medico e l'università da un lato ed il direttore generale dell'azienda ospedaliera dall'altro lato:

--- il medesimo docente resta incardinato nella struttura universitaria, mantenendo sempre e comunque lo stato giuridico di dipendente universitario soggetto alla giurisdizione del G.A., pur rispondendo per l'attività assistenziale al dirigente della struttura in cui opera;

--- l'attività assistenziale costituisce un necessario, ma accessorio, corredo professionale rispetto all'attività (preminente e fondamentale) dell'insegnamento delle scienze mediche;

e) l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario, se, per un verso, sembra collimare con il servizio medico-assistenziale svolto dal docente universitario in ambito ospedaliero, con conseguente logica sua assimilazione, per il profilo della tutela giurisdizionale, al personale sanitario c.d. "contrattualizzato"; per altro verso, sembra contrastare apertamente con lo status del docente universitario di dipendente pubblico "non contrattualizzato". Ed in tale alternativa, non può non apparire come una "forzatura" la soluzione, puramente ermeneutica, secondo la quale il docente universitario, sol perché svolge attività assistenziale, collaterale ed accessoria rispetto al proprio status, dovrebbe essere soggetto ad una giurisdizione - quella ordinaria - che per legge (e per sistema ordinamentale) è deputata ad occuparsi delle sole controversie di lavoro - pubblico o privato - regolate da accordi negoziali, e comunque dal solo diritto privatistico;

f) se è vero che l'affermazione, o la negazione, dell'una o dell'altra giurisdizione presenta, in effetti, profili alquanto problematici, l'interprete è chiamato a valorizzare l'unico dato oggettivo e certo della fattispecie, ossia la "preminenza" dell'attività didattica rispetto alle attività assistenziali; il che porta, ancora una volta, all'affermazione della giurisdizione del G.A., quale giudice dei rapporti di lavoro degli impiegati pubblici non contrattualizzati (e ciò anche in applicazione del noto principio "*accessorium sequitur principale*", in forza del quale la giurisdizione sulla questione accessoria non può non seguire quella sulla questione principale; per un esempio cfr. Cassazione civile, SS.UU., 28 marzo 2006, n. 7034; o più recentemente, Cass. SS.UU., 27 maggio 2009, n. 12252, punti 6.3 e 6.4 della motivazione).

Infine, non si può non rilevare come la stessa Corte di Cassazione a SS.UU. già con ord.za. n. 23077 del 27/10/2006, abbia ben puntualizzato che le "funzioni assistenziali a favore di azienda ospedaliera" rientrano nella "obbligazione lavorativa nascente dal rapporto di pubblico impiego" e rappresentano "unicamente una particolare modalità di esecuzione di esso" (cfr. anche Cassaz. SS.UU. ord.za n. 1876 del 27 gennaio 2011).

Consiglio Stato, sez. III, 25 settembre 2013, n. 4729-Pres. Cirillo, Est., Ungari

Le controversie relative al trattamento economico (indennità di posizione) relativo all'attività assistenziale svolta dai docenti universitari, in regime di convenzionamento con un ente ospedaliero, sono devolute alla giurisdizione dell'A.G.O. e non del Giudice amministrativo.

1. Il ricorrente, professore dell'Università degli Studi di Roma La Sapienza, ha chiesto al TAR del Lazio l'accertamento del diritto, ai sensi dell'articolo 6 del d.lgs. 517/1999, alla corresponsione in misura piena della retribuzione di posizione rapportata all'incarico di direttore di dipartimento ad attività integrata presso l'Azienda ospedaliera Policlinico Umberto I di Roma.

2. Il TAR del Lazio, con la sentenza appellata, ribadendo la propria giurisprudenza adesiva all'orientamento manifestato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

3. Nell'appello vengono riproposte le argomentazioni, a sostegno della giurisdizione del giudice amministrativo, disattese in primo grado.

In particolare, viene prospettato che:

- all'orientamento della Cassazione richiamato dal TAR debba attribuirsi un ambito di applicazione circoscritto a quei casi in cui vengono in discussione atti ascrivibili all'area del diritto privato, non estensibile agli atti di gestione dei d.a.i., di cui è evidente la natura pubblicistica;

- in base all'art. 1, comma 2, lettera d), del d.lgs. 517/1999 (sui protocolli d'intesa Regione-Università, destinati ad orientare l'organizzazione delle strutture assistenziali complesse, funzionali alle esigenze di didattica e ricerca dei corsi di laurea), risulta evidente come l'assistenza sia "agganciata" alle pregiudiziali esigenze della didattica e della ricerca; l'art. 3, comma 1, afferma che l'organizzazione ha il fine di assicurare l'esercizio integrato delle attività assistenziali, didattiche e di ricerca, e tale "esercizio integrato" esclude che l'attività possa essere scissa in relazione al dato della "utilizzazione finale";

- per l'attività assistenziale svolta dai medici universitari è previsto, oltre allo stipendio universitario, un trattamento aggiuntivo costituito dalla retribuzione di posizione e di risultato (oltre all'indennità di esclusività, nel caso del tempo pieno); in alternativa, fino all'emanazione dell'atto aziendale, presupposto della graduazione delle funzioni, l'art. 6 del d.lgs. 517/1999, prevede la corresponsione dell'indennità perequativa ex art. 31 del d.P.R. 761/1979; in tal caso, tutta la retribuzione percepita risulterebbe comunque al di fuori della contrattazione collettiva, e comunque gli emolumenti sono a carico dell'Università, quale unico datore di lavoro, indipendentemente dal fatto che l'Azienda trasferisca ad essa i relativi importi;

- l'attività assistenziale svolta dal professore universitario non è basata su un rapporto individuale idoneo ad attivare un contratto di lavoro; infatti, ai professori strutturati si applicano le norme del personale del SSN, ma "fermo restando il loro stato giuridico", vale a dire tale estensione riguarda solo la disciplina operativa, le modalità di svolgimento dell'attività assistenziale.

4. Resistono, controdeducendo, l'Azienda ospedaliera e l'Università appellate.

5. Il Collegio osserva che le argomentazioni dell'appellante, circa il collegamento della giurisdizione con lo status soggettivo e circa l'assetto integrato dell'organizzazione e dell'esercizio delle attività assistenziali, didattiche e di ricerca, meritano certamente attenzione.

Del resto, questo Consiglio ha ritenuto la propria giurisdizione in ordine a controversie del personale medico delle cliniche universitarie investito anche di funzioni docenti, sottolineando che la compenetrazione fra attività didattiche e assistenziali non elimina lo status giuridico di professore universitario, il cui rapporto di impiego rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a norma degli artt. 3 e 63, comma 4, del d.lgs. 165/2001 (cfr. Cons. Stato, VI, 17 gennaio 2011, n. 248, che cita, in tal senso, Cass., SS.UU., 5 aprile 2005, n. 7000, 30 marzo 2005, n. 6635 e 11 marzo 2004, n. 5054, oltre a Cons. Stato, VI, 9 marzo 2005, n. 977). Anche recentemente, in una controversia avente ad oggetto misure organizzative relative alle modalità di svolgimento delle prestazioni assistenziali, è stato sottolineato che essa coinvolgeva anche lo status di professore universitario rivestito dai ricorrenti, per le lamentate ripercussioni negative sull'attività di ricerca e di docenza, concludendo che l'unicità dello status di medico docente universitario e la stretta compenetrazione esistente, per tale categoria di dipendenti pubblici, tra la funzione didattica, di ricerca e di assistenza, fanno sì che la controversia resti attratta nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, III, 12 febbraio 2013, n. 839, che cita la più risalente Cass., SS.UU., 8 luglio 2003, n. 19734).

Tuttavia, non può essere ignorato che la Corte regolatrice, ormai da anni, segue un orientamento diverso, affermando che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto il rapporto lavorativo del personale universitario con l'azienda sanitaria, dovendosi ritenere che, pur in presenza di un autonomo inquadramento di detta categoria, ricondotta nell'ambito dell'organico funzionale definito dal direttore generale d'intesa con il rettore, le qualifiche di docenti e ricercatori costituiscano il mero presupposto del rapporto di lavoro con l'azienda sanitaria, nei cui fini istituzionali e nella cui organizzazione si inserisce l'attività di assistenza svolta dal personale universitario (cfr., tra le altre, Cass. SS.UU., 15 maggio 2012, n. 7503; 5 maggio 2011, n. 9847; 22 dicembre 2009, n. 26960; 15 febbraio 2007, n. 3370; 27 ottobre 2006, n. 23077; a tale orientamento ha prestato adesione il C.G.A. – cfr. sez. giur., 4 dicembre 2012, n. 1076 e 5 giugno 2013, n. 568).

T.A.R. Toscana, sez. II 13 agosto 2013, n. 1216 -Pres. Radesi, Est. De Carlo

Le controversie relative all'attività assistenziale (in particolare, alla riorganizzazione delle strutture) svolta dai docenti universitari, in regime di convenzionamento con un ente ospedaliero sono devolute alla giurisdizione dell'A.G.O. e non del Giudice amministrativo.

Il professor Mario Chiavarelli conveniva in giudizio l'Università di Siena e di Firenze e le Asl di Siena e di Firenze per vedere annullate una serie di delibere di detti enti che avevano riorganizzato

l'azienda ospedaliera di Siena, modificando in particolare l'unità operativa diretta dal ricorrente e svuotandone le competenze operative.

L'Università di Siena si costituiva in giudizio con mera comparsa di stile.

La Asl di Siena si costituiva in giudizio eccependo preliminarmente il difetto di giurisdizione.

L'eccezione è fondata; già il Consiglio di Stato, con la sentenza 7019/2002 aveva affermato che l'inscindibilità tra le funzioni assistenziali e quelle di insegnamento e ricerca attiene unicamente alla qualità delle prestazioni rese dal sanitario universitario e alle loro concrete modalità di esercizio, con la conseguenza che si impone il loro coordinamento, ma non anche la loro unificazione.

Vi è stato in seguito una posizione oscillante della giurisprudenza amministrativa (si veda, tra le pronunce più recenti, Cons. Stato, sez. III, 12 febbraio 2013, n. 839, secondo cui sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie proposte dal personale medico delle cliniche universitarie, investito anche di funzioni docenti, in quanto la compenetrazione fra attività didattiche e assistenziali non elimina lo status giuridico di professore universitario, il cui rapporto d'impiego rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi degli artt. 3 e 63 comma 4, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165), mentre, invece, nella giurisprudenza delle Sezioni Unite si riscontra una posizione uniforme.

La Cassazione, infatti, univocamente riconosce in materia la sola giurisdizione ordinaria (v., sez. un., ordinanza n. 7503 del 15 maggio 2012; sentenza n. 26960 del 22 dicembre 2009; ordinanza n. 3370 del 15 febbraio 2007; ordinanza n. 23077 del 27 ottobre 2006, solo per citare alcuni precedenti).

Nello stesso senso è anche la giurisprudenza del C.G.A., che di recente (v. la sentenza 4 dicembre 2012, n. 1076), ha affermato che: "... appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto il rapporto lavorativo del personale universitario con l'azienda sanitaria, poiché l'art. 5, comma 2, d.lg. 21 dicembre 1999 n. 517 distingue il rapporto di lavoro dei professori e ricercatori con l'università da quello instaurato dagli stessi con l'azienda ospedaliera e dispone che, sia per l'esercizio dell'attività assistenziale, sia per il rapporto con le aziende, si applicano le norme stabilite per il personale del servizio sanitario nazionale, con la conseguenza che, quando la parte datoriale si identifichi nell'azienda sanitaria, la qualifica di professore universitario funge da mero presupposto del rapporto lavorativo e l'attività svolta si inserisce nei fini istituzionali e nell'organizzazione dell'azienda, determinandosi perciò l'operatività del principio generale di cui all'art. 63, comma 1, d.lg. 30 marzo 2001 n. 165, che sottopone al giudice ordinario le controversie dei dipendenti delle aziende e degli enti del servizio sanitario nazionale (Cass., S.U., 15 maggio 2012 n. 7503)". Vi è poi una recentissima pronuncia del C.G.A., sentenza 5.6.2013 nr. 568 che conferma ulteriormente questo orientamento.

Va pertanto dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice del lavoro presso cui il ricorso dovrà essere riassunto ai sensi e nei termini di cui all'art. 11 c.p.a.

Le controversie relative alle pretese economiche avanzate da un professore universitario che svolge, in regime di convenzionamento, attività assistenziale presso un ente ospedaliero sono devolute alla giurisdizione dell'A.G.O. e non del Giudice amministrativo; la riserva della giurisdizione amministrativa prevista dal combinato disposto degli artt. 3, comma 2, e 63, comma 4, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 delle controversie relative al rapporto di lavoro del personale universitario, deve, infatti, intendersi riferita alla sola attività di didattica e di ricerca e non anche a quella assistenziale, la cui cognizione è, di contro, attribuita al Giudice ordinario.

(omissis)... occorre ulteriormente precisare che l'appello dell'Università si rivolge soltanto contro la statuizione con la quale il T.A.R. ha ritenuto sussistere la giurisdizione del giudice ordinario sulle pretese della professoressa Titone maturate in epoca successiva al 30 giugno 1998 (sulla declaratoria della decadenza dell'azione, per il periodo anteriore a detta data, deve quindi reputarsi ormai calato il giudicato). In particolare, con l'impugnazione è contestata l'affermazione (e le relative argomentazioni di supporto) con la quale il T.A.R. ha sostenuto che, nella fattispecie, non potesse applicarsi la norma che assegna alla giurisdizione ordinaria la cognizione sui rapporti del personale in regime di diritto pubblico (di cui all'art. 3, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001). Al riguardo, il Tribunale ha invece sostenuto che, in forza della convenzione (artt. 1, 4 e, soprattutto, 7, relativo agli aspetti economici della convenzione, secondo cui il personale universitario, nello svolgimento dell'attività assistenziale, è soggetto alle disposizioni di legge sull'assistenza ospedaliera) stipulata nel 1972 tra l'Università e l'ente ospedaliero "G. Di Cristina", il personale docente universitario aveva potuto svolgere attività assistenziale propriamente detta ed era stato inserito nell'organico funzionale dell'Ospedale ai sensi dell'art. 5 del D.Lgs. n. 517/1999, con conseguente applicazione della disciplina del personale del servizio sanitario nazionale; mentre la riserva della giurisdizione amministrativa prevista dal combinato disposto degli artt. 3, comma 2, e 63, comma 4, del D.Lgs. n. 165/2001, relativa al personale universitario, deve intendersi riferita alla sola attività di didattica e di ricerca e non anche a quella assistenziale, la cui cognizione è, di contro, attribuita al giudice ordinario (il T.A.R. ha menzionato anche Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2002, n. 7019, secondo cui l'inscindibilità tra le funzioni assistenziali e quelle di insegnamento e ricerca attiene unicamente alla qualità delle prestazioni rese dal sanitario universitario e alle loro concrete modalità di esercizio, con la conseguenza che si impone il loro coordinamento, ma non anche la loro unificazione). Ad avviso del Tribunale, spetterebbe dunque al giudice ordinario conoscere della pretesa della professoressa Titone di ottenere il riconoscimento del principio della piena equiparazione, ai fini economici, dell'attività ospedaliera svolta dai medici docenti universitari e quella dei medici dipendenti del S.S.N.

6. – In sintesi, con i motivi di appello, l'Università sostiene che i docenti universitari appartengono al personale in regime di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. n. 165/2001 e che, dunque, la riserva in favore della cognizione del giudice amministrativo riguarderebbe anche l'attività svolta dalla professoressa Titone per il S.S.N. e ciò perché detta attività (si citano Cons. Stato, sez. IV, 6

marzo 2009, n. 1343 e Cass., sez. un., 5 aprile 2005, n. 7000) comunque postulerebbe lo *status* di professore universitario e si innesterebbe sulle funzioni di docente, in ragione di un'intima compenetrazione tra le due funzioni (del resto, soggiunge l'appellante, le poste retributive ulteriori per l'attività lavorativa svolta presso il S.S.N. sono corrisposte ai docenti medici dagli atenei di appartenenza).

7. – L'appello va respinto, dovendosi confermare che, sulla questione al centro del contendere, difetta la giurisdizione amministrativa. Ed invero, pur non ignorando il Collegio che sul punto si registrano ancora posizioni oscillanti della giurisprudenza amministrativa (si veda, tra le pronunce più recenti, Cons. Stato, sez. III, 12 febbraio 2013, n. 839, secondo cui sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie proposte dal personale medico delle cliniche universitarie, investito anche di funzioni docenti, in quanto la compenetrazione fra attività didattiche e assistenziali non elimina lo *status* giuridico di professore universitario, il cui rapporto d'impiego rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi degli artt. 3 e 63 comma 4, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165), analoghe incertezze non si riscontrano nella giurisprudenza del Supremo Collegio quale giudice del riparto che, invece, univocamente riconosce in materia la sola giurisdizione ordinaria (v., sez. un., ordinanza n. 7503 del 15 maggio 2012; sentenza n. 26960 del 22 dicembre 2009; ordinanza n. 3370 del 15 febbraio 2007; ordinanza n. 23077 del 27 ottobre 2006, solo per citare alcuni precedenti). In questo senso, del resto, è anche la giurisprudenza di questo Consiglio che, di recente (v. la sentenza n. 1076 del 4 dicembre 2012), ha affermato che: “... appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto il rapporto lavorativo del personale universitario con l'azienda sanitaria, poiché l'art. 5, comma 2, d.lg. 21 dicembre 1999 n. 517 distingue il rapporto di lavoro dei professori e ricercatori con l'università da quello instaurato dagli stessi con l'azienda ospedaliera e dispone che, sia per l'esercizio dell'attività assistenziale, sia per il rapporto con le aziende, si applicano le norme stabilite per il personale del servizio sanitario nazionale, con la conseguenza che, quando la parte datoriale si identifichi nell'azienda sanitaria, la qualifica di professore universitario funge da mero presupposto del rapporto lavorativo e l'attività svolta si inserisce nei fini istituzionali e nell'organizzazione dell'azienda, determinandosi perciò l'operatività del principio generale di cui all'art. 63, comma 1, d.lg. 30 marzo 2001 n. 165, che sottopone al giudice ordinario le controversie dei dipendenti delle aziende e degli enti del servizio sanitario nazionale (Cass., S.U., 15 maggio 2012 n. 7503); ...”.

In ragione dei superiori rilievi – e considerati altresì gli effetti della dichiarazione di inammissibilità del ricorso per cassazione proposto avverso la sentenza della Corte di appello di Palermo, in funzione di giudice del lavoro – il Collegio ritiene di dover aderire all'indirizzo esegetico dettato dal Giudice del riparto.

Consiglio Stato, sez. III, 12 febbraio 2013 n. 839- Pres. ff. ed Est. Cacace

Le controversie relative all'attività assistenziale (in particolare, alla riorganizzazione delle strutture) svolta dai docenti universitari, in regime di convenzionamento con un ente ospedaliero sono devolute alla giurisdizione del Giudice amministrativo e non dell'A.G.O., in virtù della riserva di giurisdizione prevista dagli artt. 3, comma 2, e 63, comma 4, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Gli odierni appellanti, tutti docenti universitari dipendenti dell'Università di Pisa presso la Facoltà di Medicina e Chirurgia, appartenenti al raggruppamento universitario SSDMED 18 (Chirurgia Generale) e svolgenti attività assistenziale presso l'Azienda Ospedaliera Universitaria di Pisa, chiedevano al Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana “l'annullamento ... della deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Pisana d'intesa col Rettore dell'Università degli Studi di Pisa 11.10.2011, n. 1049 pubblicata all'Albo dell'Ente per 15 giorni dal 13 ottobre 2011 con la quale viene adottato l'Atto Aziendale della stessa Azienda nonché della deliberazione dello stesso Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Pisana, 30.11.2011, n. 1197 con la quale viene adottato lo "schema ricognitivo riepilogativo e l'avvio del nuovo assetto aziendale", cioè un atto esecutivo dell'Atto aziendale, nonché di qualsiasi altro atto presupposto o conseguente ancorché incognito” (così, testualmente, l'epigrafe del ricorso di primo grado).

Essi contestavano, in sostanza, la disposta riorganizzazione dell'Azienda ad opera degli atti impugnati, di cui individuavano “precisi vizi sia con riferimento all'abolizione del Dipartimento ad Attività Integrata (D.A.I.) di Chirurgia, sia con riferimento alla riduzione delle chirurgie generali ad inesistenti specialità chirurgiche ignote sia all'ordinamento universitario che al SSN” (pag. 8 ric. orig.).

Il Tribunale Amministrativo Regionale, con la sentenza indicata in epigrafe, disattesa l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo formulata dalle parti resistenti, ha dichiarato inammissibile il ricorso per la mancata impugnazione dell'atto di approvazione dello statuto aziendale (deliberazione del Direttore Generale n. 1083 in data 25 ottobre 2011), assunto dall'Azienda a séguito dell'intervenuto parere regionale favorevole (deliberazione della Giunta Regionale n. 898 in data 24 ottobre 2011) sullo schema di statuto in precedenza adottato.

2. – Gli stessi professionisti hanno proposto ricorso in appello, contestando la sentenza di primo grado sul punto della dichiarata inammissibilità del gravame (che comunque, si afferma, “potrebbe riguardare solo la parte del ricorso stesso riferito all'impugnazione in parte qua dell'Atto Aziendale, ma non la parte del ricorso nel quale si intendono far valere diritti soggettivi di un pubblico dipendente, quali sono i professori universitari”: pag. 4 app.) e riproponendo poi in questa sede i motivi di censura fatti valere in primo grado nei confronti dell'Atto Aziendale oggetto del giudizio per quanto attiene alla effettuata riorganizzazione dell'AOUP, nonché il motivo, con il quale si chiedeva l'accertamento del “loro diritto ad esplicare attività didattica, assistenziale e di ricerca conforme alla qualifica universitaria” (pag. 20 ric. orig.).

Si sono costituite in giudizio, per resistere, le Amministrazioni appellate.

L'Azienda Ospedaliera Universitaria Pisana e la Regione hanno altresì prodotto memoria a sostegno della loro richiesta di reiezione dell'appello.

La prima ha inoltre proposto appello incidentale per contestare la statuizione di reiezione dell'eccezione di carenza di giurisdizione recata dalla sentenza impugnata.

Con memoria in data 11 dicembre 2012 gli appellanti principali controdeducono in tema di riparto di giurisdizione, di pretesa inammissibilità del ricorso di primo grado per i motivi fatti proprii dalla sentenza impugnata e nel mérito del ricorso stesso.

Con memoria e deposito di documenti in data 4 gennaio 2013 l'appellata/appellante incidentale svolge sintetiche considerazioni in replica alla memoria avversaria, supportate da produzione documentale.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica del 25 gennaio 2013.

3. – Va in via preliminare esaminato e respinto l'appello incidentale formulato dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Pisana, che ripropone l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sollevata dalle amministrazioni resistenti in primo grado e disattesa dal T.A.R.

Al riguardo, rileva il Collegio in adesione a quanto affermato dal T.A.R., che il ricorso, pur avendo ad oggetto misure organizzative relative alle modalità di svolgimento delle prestazioni assistenziali, coinvolge anche lo status di professore universitario rivestito dai ricorrenti, per le lamentate ripercussioni negative sull'attività di ricerca e di docenza; orbene, l'unicità dello status di medico docente universitario e la stretta compenetrazione esistente, per tale categoria di dipendenti pubblici, tra la funzione didattica, di ricerca e di assistenza, fanno sì che la controversia resti attratta nella giurisdizione esclusiva del G.A., ai sensi dell'art. 68, comma 4, del D. Lgs. n. 29/93, come modificato dal D. Lgs. n. 80/98 ed ora sostituito dall'art. 63 del D. Lgs. n.165/2001 (cfr. Cons. St., VI, 17 gennaio 2011, n. 248; Cassazione, SS. UU., 8 luglio 2003, n. 19734).

Né rileva in senso contrario, ad avviso del Collegio, il fatto che venga qui in discussione la individuazione delle strutture operative ad opera dell'AOUP mediante l'Atto aziendale (nella Regione Toscana "statuto aziendale" ai sensi dell'art. 31, comma 2, della l.r. n. 40/2005), ch'è atto "di diritto privato" (così qualificato, per quanto riguarda le aziende ospedaliere universitarie della Regione Toscana, dallo stesso, citato, comma 2), poiché detta natura, che vale ad escludere la giurisdizione del giudice amministrativo su tali statuti (v. Cass., SS.UU., n. 2031/2008), è da riconoscere al solo atto aziendale nei suoi contenuti tipici previsti dall'art. 3 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (che in via generale stabilisce, com'è noto, che l'organizzazione ed il funzionamento delle unità sanitarie locali costituite in aziende "sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato") e non anche alla disciplina, di cui qui si discute, della costituzione, organizzazione e funzionamento dei dipartimenti ad attività integrata e delle strutture complesse (v. art. 3, commi 1 e 2, del D. Lgs. 21 dicembre 1999, n. 517 in materia di rapporti fra servizio sanitario nazionale ed università); disciplina, questa, di cui il Giudice di primo grado ha individuato la "natura pubblicistica", con conseguente affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo, sulla base di una serie di "elementi portanti" (funzione attuativa rispetto alle previsioni contenute in protocolli d'intesa tra Regione e Università, obiettivo di garantire la

compenetrazione tra gli interessi pubblici di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 517 del 1999, necessità dell'intesa tra il direttore generale dell'azienda e il rettore dell'Università), di cui solo l'ultimo (il carattere dell'atto aziendale quale vera e propria codecisione con coinvolgimento del vertice della struttura universitaria) viene fatto oggetto di specifica critica nell'appello incidentale all'esame, con conseguente inidoneità dello stesso a rendere possibile il riesame della sentenza impugnata quanto ad una parte ben identificabile del giudizio espresso in sentenza, di per sé atta a sostenere autonomamente il giudizio stesso.

Rassegna di giurisprudenza sulla giurisdizione sul rapporto di lavoro dei docenti universitari incaricati di funzioni assistenziali.

Le tre decisioni riportate in *Rassegna* intervengono su una tematica particolarmente tormentata e, di rado, affrontata dalla dottrina¹, costituita dall'individuazione del Giudice competente a conoscere delle controversie relative al rapporto di lavoro dei docenti universitari² incaricati di funzioni assistenziali nelle strutture del S.S.N.; a questo proposito, la riserva alla giurisdizione del Giudice amministrativo della cognizione delle controversie relative al << rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari >> prevista dagli artt. 3, comma 2, e 63, comma 4, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (in precedenza, art. 2, 5° comma e 68, 4° comma del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, a seguito delle modificazioni disposte all'art. 2 del d.lgs. 23 dicembre 1993, n. 546) deve, infatti, essere coordinata in via giurisprudenziale (vista la completa mancanza di precise indicazioni da parte del legislatore) con la pacifica attribuzione all'A.G.O. della cognizione dei rapporti di lavoro dei medici del S.S.N. derivante dal nuovo assetto normativo della tutela giurisdizionale relativa al rapporto di lavoro pubblico.

L'intervento della Sezione giurisdizionale del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (relativa a pretese patrimoniali maturate nei confronti dell'Amministrazione sanitaria) si inerisce nel filone giurisprudenziale che ha riportato le controversie promosse dai docenti universitari incaricati di funzioni assistenziali alla giurisdizione dell'A.G.O., in generale e del Giudice del lavoro, in particolare.

Pur trattandosi di soluzione evidentemente *pro*-A.G.O., la vera e propria genesi dell'orientamento giurisprudenziale deve essere individuata in una sentenza del Consiglio di Stato³ che, in una fattispecie relativa alla contestazione giudiziale dell'attribuzione della direzione apicale di un'Unità operativa (proposta dagli altri docenti universitari, potenzialmente candidati all'attribuzione della responsabilità apicale), ha riportato alla giurisdizione dell'A.G.O. le controversie proposte dai docenti universitari, attinenti all'aspetto "assistenziale" del rapporto di lavoro; la decisione,

¹ Tra i pochi contributi, si vedano SALIMBENI R., *Medici universitari: rapporti di lavoro e giurisdizione* in *Lavoro giur.*, 2000, 645 e COSMAI P. *L'organizzazione costrittiva nelle asl e dirigenti medici-universitari* in *Lavoro giur.*, 2009, 934; sull'attività assistenziale svolta dai docenti universitari, si veda, PIZZOLI M., *Le attività assistenziali dei professori e dei ricercatori universitari* in *Ragiusan*, 2004, 245, 524.

² Sul rapporto di lavoro dei docenti universitari, si veda CARINCI F., TENORE V., DAPAS A. e VIOLA L. (a cura di) *Il pubblico impiego non privatizzato- I professori universitari*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2010.

³ Cons. Stato sez. VI, 18 dicembre 2002 n. 7019 in *Ragiusan* 2003, 229, 545.

ampiamente argomentata e caratterizzata dalla franca evidenziazione degli aspetti problematici della materia (soprattutto, della difficoltà di operare un netta cesura tra gli aspetti del rapporto di lavoro relativi all'attività di insegnamento e di ricerca e l'attività assistenziale), è sostanzialmente motivata sulla base della necessità di non dare vita a differenziazioni "inaccettabili" tra medici ospedalieri "ordinari" e medici ospedalieri-docenti universitari, con riferimento alla problematica centrale del giudice fornito di giurisdizione: <<ove si aderisse a siffatta tesi, ne deriverebbe che una identica controversia (nel caso inerente, come detto al conferimento di un incarico dirigenziale presso un'azienda ospedaliera), relativa ad una identica prestazione di lavoro resa ad una stessa Amministrazione, regolata da una identica fonte normativa (il contratto nazionale di lavoro per l'area della dirigenza medica e relativo contratto integrativo aziendale), apparterebbe alla giurisdizione del giudice amministrativo o alla giurisdizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, in conseguenza del fatto che tale controversia coinvolga o meno professori e ricercatori universitari>>.

L'orientamento giurisprudenziale è poi stato recepito dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione e si è isterilito in una soluzione fortemente tralattizia che, spesso, si limita a richiamare semplicemente le sentenze precedenti o l'argomentazione apparentemente *tranchante* relativa alla necessità di attribuire alla qualifica di professore universitario la natura di mero <<presupposto per il conferimento dell'incarico *de quo*, di per sol(o non) sufficiente per attribuire la giurisdizione del giudice amministrativo, atteso che l'attività di responsabile di struttura complessa è diversa sia dall'attività di insegnamento sia dall'attività pratica di assistenza ospedaliera>>; la giurisdizione dell'A.G.O. è stata pertanto affermata in controversie relative alla <<revoca per inadempimento, e ..(alla) risoluzione del relativo contratto, dell'incarico di dirigente di struttura pubblica sanitaria complessa⁴>>, alla corresponsione di indennità dovute per l'attività assistenziale⁵ (o, comunque, alla determinazione del trattamento economico spettante al docente universitario⁶) o alle funzioni assistenziali conferite al sanitario⁷.

Al contrario, la più risalente decisione della Terza Sezione del Consiglio di Stato⁸ riportata in *Rassegna* (relativa all'impugnazione, da parte di alcuni docenti universitari incaricati di funzioni assistenziali, della parte dell'Atto aziendale portante la riduzione e riorganizzazione delle unità operative di chirurgia) e la sentenza del T.A.R. Catania costituiscono espressione del diverso indirizzo che riporta le controversie relative all'attività assistenziale svolta dai docenti universitari alla giurisdizione del Giudice amministrativo, sulla base di considerazioni attinenti all'unicità

⁴ Cass. civ. sez. un. 15 febbraio 2007, n. 3370 in *Foro amm. CDS* 2007, 5, 1373; *Foro it.* 2007, 9, I, 2447; *Giust. civ.* 2008, 3, I, 797 che, oltre a citare, in funzione motivazionale, il già citato intervento del Consiglio di Stato (Cons. Stato sez. VI, 18 dicembre 2002 n. 7019) ha formulato, per la prima volta, l'argomentazione relativa alla natura di mero presupposto della qualità di docente universitario sopra richiamata (e poi spesso utilizzata dalle decisioni successive); in questo senso, con riferimento al conferimento degli incarichi dirigenziali, si vedano anche C.G.A., sez. giur., 28 agosto 2009, n. 715 (in *Giurisdiz. amm.*, 2009, I, 1156) e 4 dicembre 2012, n. 1076 (in *Foro amm. CDS* 2012, 12, 3307).

⁵ Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2009, n. 1343 in *Foro amm. CDS* 2009, 3, 783; Cass. civ. sez. un. 22 dicembre 2009, n. 26960 in *Giust. civ. Mass.* 2009, 12, 1733; 15 maggio 2012, n. 7503 in *Foro amm. CDS* 2012, 5, 1057; sez. III, 25 settembre 2013, n. 4729 riportata in *Rassegna*.

⁶ Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2007 n. 4747 in *Foro amm. CDS* 2007, 9, 2534.

⁷ T.A.R. Toscana, sez. II, 13 agosto 2013, n. 1216 riportata in *Rassegna*.

⁸ La cui massima è già stata pubblicata in *Foro amm. CDS* 2013, 2, 389.

dello *status* di medico docente universitario ... (e alla) stretta compenetrazione esistente, per tale categoria di dipendenti pubblici, tra la funzione didattica, di ricerca e di assistenza>>.

Anche in questo caso, si tratta di orientamento giurisprudenziale formatosi nei primi anni di applicazione della nuova sistematica⁹ e che ha riportato alla giurisdizione amministrativa le controversie promosse dai docenti universitari incaricati di funzioni assistenziali, relative al <<cumulo delle prestazioni¹⁰>>, al trattamento economico in generale¹¹, a differenze retributive dovute per l'attività assistenziale svolta¹², all'equiparazione economica al personale sanitario del S.S.N.¹³, al danno da demansionamento¹⁴, al silenzio serbato dall'Università e dall'Azienda su una diffida tendente ad ottenere il regolare svolgimento dell'attività assistenziale, didattica e di ricerca¹⁵, alla revoca delle funzioni assistenziali conferite¹⁶ o al protocollo d'intesa relativo alla cessazione delle funzioni assistenziali al raggiungimento dei limiti d'età previsti per i medici del S.S.N.¹⁷.

In definitiva, dalla veloce disamina della giurisprudenza sopra effettuata emerge un quadro ricostruttivo per nulla tranquillizzante ed in cui, a parte una tendenziale preferenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione per la giurisdizione dell'A.G.O.¹⁸, non sussiste un grado sufficiente di certezza in ordine al Giudice fornito di giurisdizione a conoscere dei diversi aspetti del rapporto di lavoro dei docenti universitari incaricati di funzioni assistenziali; non sussiste, infatti, alcuna certezza, né per quello che riguarda le controversie a base più spiccatamente patrimoniale (equiparazione economica ai medici dipendenti del S.S.N.; riconoscimento di varie indennità; ecc.), variamente riportate all'A.G.O.¹⁹ o alla giurisdizione del Giudice amministrativo²⁰, né per le controversie relative all'aspetto centrale costituito dall'attribuzione delle funzioni assistenziali (conferimento e revoca delle funzioni; danno da demansionamento; impugnazioni di atti organizzativi variamente incidenti sull'esercizio delle funzioni; ecc.), alternativamente riportate alla giurisdizione dell'A.G.O.²¹ o del Giudice amministrativo²².

⁹ La prima decisione che ha dato origine all'orientamento sembra essere Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2001 n. 4878 in *Ragiusan*, 2002, 213, 229.

¹⁰ Così Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2001 n. 4878, *cit.*

¹¹ Cons. Stato, sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5387 in *Ragiusan*, 2004, fasc. 248, 473.

¹² Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2011 n. 248 in *Foro amm. CDS* 2011, 1, 233.

¹³ Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2005, n. 977 in *Foro amm. CDS* 2005, 3, 869.

¹⁴ T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 8 maggio 2009, n. 2480 in *Lavoro giur.*, 2009, 934 con nota di COSMAI P. *L'organizzazione costrittiva nelle asl e dirigenti medici-universitari*, *cit.*

¹⁵ Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2004, n. 2123 in *Ragiusan*, 2004, fasc. 248, 457; *Foro amm. CDS* 2004, 1202.

¹⁶ Cass., civ., sez. un., 27 ottobre 2006, n. 23077 in *Foro amm. CDS* 2007, 1, 78 (la sentenza è inesattamente riportata da C.G.A., sez. giur. 5 giugno 2013 n. 568 riportata in *Rassegna*, all'orientamento opposto) e T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 21 novembre 2013 n. 2787 riportata in *Rassegna*.

¹⁷ T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 20 maggio 2004, n. 2200 in *T.A.R.* 2004, I, 2612; *Foro amm. TAR* 2004, 1536.

¹⁸ Non mancano però decisioni come la *cit.* Cass., civ., sez. un., 27 ottobre 2006, n. 23077 che hanno concluso per la giurisdizione del Giudice amministrativo.

¹⁹ Ad es. dalle già citate Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2009, n. 1343, Cass. civ. sez. un. 22 dicembre 2009, n. 26960, 15 maggio 2012, n. 7503, Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2007 n. 4747 ed oggi da C.G.A., sez. giur. 5 giugno 2013 n. 568 riportata in *rassegna*.

²⁰ Cons. Stato, sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5387, 17 gennaio 2011 n. 248 e 9 marzo 2005, n. 977.

²¹ Cass. civ. sez. un. 15 febbraio 2007, n. 3370, C.G.A., sez. giur., 28 agosto 2009, n. 715 e 4 dicembre 2012, n. 1076.

²² A questo proposito, si vedano le già cit. T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 8 maggio 2009, n. 2480, Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2004, n. 2123, Cass., civ., sez. un., 27 ottobre 2006, n. 23077, T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 20 maggio 2004, n. 2200 e Consiglio di Stato, sez. III, 12 febbraio 2013 n. 839 riportata in *Rassegna*.

È quindi quanto mai urgente una rimediazione seria ed effettiva della problematica che venga ad attribuire tutti gli aspetti relativi al rapporto di lavoro dei docenti universitari incaricati di funzioni assistenziali ad un solo giudice o, almeno, a creare degli ambiti omogenei di tutela caratterizzati da una certa omogeneità (ad es., valorizzando la distinzione, immediatamente evidenziabile, tra controversie a base patrimoniale e controversie attinenti alla pretesa allo svolgimento delle funzioni assistenziali) e, soprattutto, da una, almeno tendenziale, certezza applicativa²³.

Luigi Viola, Consigliere T.A.R. Toscana-Ufficio Studi, massimario e formazione del Consiglio di Stato.

²³ Per una possibile diversa ricostruzione della problematica, ci si permette di rinviare a VIOLA L., *Il medico universitario dimezzato: alla ricerca di una giurisdizione per le controversie dei docenti universitari incaricati di funzioni assistenziali* in *Il lav. nelle p.a.*, 2013, n. 1, 174 e ss.