

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania**

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 7745 del 2007, proposto da:

**Massa Salvatore**, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Abbamonte, presso cui elett.te dom. in Napoli, via Melisurgo,n.4.

**contro**

**Azienda Sanitaria Policlinico dell' Università degli Studi Napoli**, in persona del legale rapp.te p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Cocozza, presso cui elett.te dom. in Napoli, via V. Colonna N. 9;  
**Università degli Studi di Napoli"Federico II"**, in persona del Rettore p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Arpaia, della Avvocatura dello Stato con cui dom. ope legis in Napoli, alla via Diaz N.11.

**per l'annullamento**

- a) Della nota del Direttore generale della Azienda ospedaliera del 17.11.2007;
  - b) Del verbale di Giunta Dipartimento chirurgia generale del 30.10.2007;
  - c) di ogni altro atto preordinato, connesso e consequenziale;
  - d) per l'accertamento del diritto del ricorrente ad ottenere l'assegnazione all'Area Funzionale Chirurgia generale della Azienda ospedaliera Universitaria Federico II presso la Facoltà di Medicina e Chirurgia della Università medesima, del personale medico, paramedico ed amministrativo e degli spazi ed attrezzature propri di competenza della detta area funzionale al fine di consentire l'organizzazione delle funzioni assistenziali per legge, a far data dal 1.2.2007
- nonché per il risarcimento del danno subito dal ricorrente a far data dal 1.4.2005 a causa della mancanza di personale medico, paramedico ed amministrativo e degli spazi ed attrezzature propri di competenza dell'area funzionale da lui diretta, danno consistente sostanzialmente in un illegittimo demansionamento ed impoverimento professionale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Policlinico;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12/02/2009 il Cons. Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### **FATTO**

Con il ricorso specificato in epigrafe, il prof. Salvatore Massa premette:

di essere professore universitario, titolare della cattedra di Chirurgia generale presso la Facoltà di medicina e chirurgia della Università Federico II di Napoli, dal 23.7.2003 nominato responsabile dell'Area funzionale di chirurgia generale della Azienda ospedaliera universitaria omonima, giusta provvedimento della Giunta di Dipartimento del 30.4.2003, a seguito di sua domanda presentata il 20.1.2003, nella quale richiedeva anche la assegnazione del personale medico, paramedico, delle strutture e degli spazi indispensabili allo svolgimento dell'attività;

che in relazione a tale ultima richiesta, il Direttore del Dipartimento assistenziale di competenza, prof. Persico, con nota del 22.1.2003, rispondeva che tutti gli spazi, attrezzature e personale erano in comune, trattandosi di dipartimento assistenziale chirurgico su cui incidono dieci aree funzionali;

che la propria successiva nota del 6.2.2004 in cui ribadiva tali richieste era riscontrata dal direttore del DAS con nota del 23.2.2004, ove si replicava che il vero centro di costo è il dipartimento, la cui organizzazione deve essere improntata alla coesione;

che la successiva diffida notificata il 29.5.2004 era riscontrata solo dal direttore generale della Azienda ospedaliera con nota del 7.6.2004 in cui era precisato che la programmazione ed organizzazione delle attività, ivi compresi i turni del personale medico e paramedico, spettano al direttore del DAS, cui è assegnato il personale;

che quindi ricorreva a questo TAR per vedere riconosciuti il proprio diritto allo svolgimento concreto delle funzioni;

che con sentenza n. 704 del 18 gennaio 2006 il Tribunale, in accoglimento della sola domanda risarcitoria, condannava l'Azienda resistente al ristoro dei danni subiti da esso ricorrente fino al 31.3.2005;

che la pronuncia era impugnata in Consiglio di Stato il quale con sentenza n. 2758 del 30.5.2007 riformava parzialmente la decisione, da un lato affermando che il potere di autorganizzazione era stato esercitato legittimamente, e dall'altro giudicando l'operato dell'amministrazione negligente e manchevole per non avere consentito al prof. Massa di espletare appieno le proprie funzioni didattiche ed assistenziali, nonché di svolgere attività operatoria;

che il ricorso per Cassazione proposto per motivi di giurisdizione dalla Azienda ospedaliera è tuttora pendente;

che perdurando il comportamento negligente e manchevole della Azienda nel mese di settembre 2007 notificava una diffida con la quale nuovamente richiedeva l'assegnazione all'area funzionale da lui diretta di risorse, nonché il risarcimento degli ulteriori danni dal 1.4.2005 ossia per il periodo non coperto dal precedente giudizio;

che detta richiesta trova il proprio fondamento nella approvazione, con LR n. 24/2006, del nuovo piano regionale ospedaliero triennio 2007/09 che indica i criteri che le aziende ospedaliere sono tenute a seguire nell'organizzazione dei dipartimenti e strutture complesse;

che in risposta all'atto di diffida veniva emanata nota 17.10.2007 con cui le richieste erano tutte respinte ed il 30.10.2007 era convocata la Giunta del DAS che egualmente rigettava le istanze anzidette;

tanto premesso, lamenta:

--violazione e falsa applicazione LR n. 24/2006, artt. 1 e ss. D. lgs 517/1999, art. 15 D. Lgs 502/1992, violazione dell'art. 2103 c.c. ed eccesso di potere sotto vari profili: dall'approvazione del piano regionale ospedaliero risultano ridisegnate le modalità organizzative delle strutture ospedaliere universitarie e non, e delle strutture complesse a far data dal 1.1.2007, sì che le risorse richieste spettano ex lege ( cfr. art. 4.2.2 del piano citato a mente del quale i posti letto sono in dotazione all'Unità operativa complessa e dal Dipartimento; si prosegue col definire il numero minimo di posti letto che le Unità operative devono possedere. Con riferimento alle strutture complesse di chirurgia generale, il piano prevede che la stessa debba avere una dotazione non inferiore a 25 posti letto giusta capo d.3 tipo C. ). I Dipartimenti provvedono alla attribuzione dei posti letto e delle risorse alle unità operative: di qui emergerebbe la fondatezza della pretesa alla assegnazione di risorse proprie all'area funzionale dal ricorrente diretta. Peraltro sin dalle previgenti disposizioni si ricaverebbe il principio per cui i dipartimenti in cui si articola l'azienda ospedaliera

universitaria consistono in strutture complesse (appunto le aree funzionali) cui sono preposti i professori universitari per la direzione. Tra le attribuzioni dei dirigenti rientra, oltre a quella derivante dalle specifiche competenze professionali, anche la direzione ed organizzazione della struttura, come esplicitato dall'art. 15 comma VI D. lgs 502/1992, le cui norme sono trasfuse nel Regolamento dei dipartimenti assistenziali adottato con determinazione del Direttore generale AOU n. 71 del 13.2.2001, ed in virtù del quale ciascuna area funzionale nell'ambito della propria autonomia, organizza le attività delle quali è responsabile in coerenza con le esigenze di tutto il dipartimento: di qui la necessità di disporre direttamente di personale, locali e strutture. Emergerebbe pertanto la illegittimità della assegnazione al Direttore del DAS di Chirurgia generale di tutto il personale e le strutture, non avendo il predetto provveduto alla predisposizione di turni di servizio o modalità di utilizzo turnario delle strutture comuni tra le dieci aree componenti il dipartimento. Inoltre il nuovo atto Aziendale approvato in data 4.12.2007 in attesa di essere trasmesso alla Regione Campania per l'approvazione, nel precisare che il DAS ora è denominato DAI – Dipartimento ad attività integrata, e l'area funzionale ora viene definita struttura complessa, all'art. 22.1 afferma l'autonomia gestionale ed autoritativa delle strutture complesse, nel rispetto del modello organizzativo gestionale comune; all'art. 23.2 indica i poteri dei responsabili delle strutture complesse tra cui la funzione organizzativa della struttura, nell'ambito degli indirizzi operativi e gestionali del Dai; all'art. 27 comma 1 riconosce che la struttura complessa comporta la gestione di risorse umane, tecnologiche o finanziarie rilevanti per professionalità, entità messe a disposizione dal direttore del Dai; ha utilizzo di personale specialistico dedicato, di aree fisiche assegnate, di attrezzature e di budget dedicato.

Detto comportamento costituisce violazione anche dell'art. 2103 c.c., relativo al diritto allo svolgimento delle mansioni proprie della qualifica rivestita.

-- Identiche violazioni di legge censurate nel precedente ricorso definito in primo grado con sentenza 704/2006.

Conclude quindi per la condanna altresì al risarcimento del danno patito articolato nel danno professionale, danno per demansionamento e danno biologico, esistenziale ed alla vita di relazione.

Instauratosi ritualmente il contraddittorio, si è costituita in giudizio l'Azienda ospedaliera Universitaria ed ha eccepito: la inammissibilità del ricorso, sostanzialmente diretto alla esecuzione della sentenza n. 704/2006 di questo Tribunale, e quindi da inoltrarsi al giudice dell'esecuzione; la inammissibilità della domanda per difetto di giurisdizione, trattandosi di danno scaturente da una attività materiale della P.A., riservato alla cognizione del giudice ordinario, e la infondatezza della domanda nel merito.

Con ordinanza interlocutoria n. 764/2008 sono stati disposti incumbenti istruttori, eseguiti con deposito da parte della Azienda ospedaliera di relazione e documenti in data 30.12.2008 e da parte della Regione Campania in data 31.12.2008.

Alla udienza del 12.2. 2009 il ricorso è stato ritenuto in decisione.

## DIRITTO

Occorre preliminarmente valutare le eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate dalla difesa della Azienda resistente: a giudizio della stessa il ricorso sarebbe sostanzialmente diretto alla esecuzione della sentenza n. 704/2006 di questo Tribunale, e quindi da inoltrarsi al giudice dell'esecuzione; lo stesso si presenterebbe altresì inammissibile per difetto di giurisdizione, trattandosi di danno scaturente da una attività materiale della P.A. ,come tale riservato alla cognizione del giudice ordinario .

Quanto al primo aspetto, osserva il Collegio che la domanda, nei termini in cui è formulata, non può considerarsi diretta alla esecuzione della sentenza avente ad oggetto la pregressa vicenda già portata alla attenzione del Collegio, parzialmente riformata dal Consiglio di Stato in sede di appello, ma si caratterizza per la censura di fatti nuovi, ancorché costituenti una reiterazione di quelli pregressi.

Da un lato, parte ricorrente deduce il ripetersi , in periodo successivo alla pronuncia della sentenza, delle stesse disfunzioni organizzative che hanno condotto alla decisione di condanna dell'amministrazione per il periodo pregresso; dall'altro adduce la sopravvenienza del Piano Regionale ospedaliero quale elemento che radicherebbe la domanda volta ad una specifica attribuzione di strutture alla Unità organizzativa, tra cui quella dell'area funzionale cui è preposto il prof. Massa.

Partendo da tale secondo aspetto, occorre esaminare le disposizioni del Piano stesso, onde verificare se contenga effettivamente nuovi elementi in campo di organizzazione dell'attività Dipartimentale.

L'art. 4.2.2 della LR 19.12.2006 n. 24 ,intitolato: "La organizzazione interna delle strutture ospedaliere", ne prevede la articolazione in Dipartimenti, Strutture complesse, strutture semplici dipartimentali e strutture semplici. Il numero 1) assegna ai dipartimenti , di qualunque natura siano, e quindi tanto se strutturali quanto se funzionali, attività gestionali, e prevede la attribuzione agli stessi delle risorse necessarie all'assolvimento delle funzioni cui sono deputati. Il n. 2) assegna alla struttura complessa la responsabilità della gestione di risorse umane, tecniche o finanziarie, ex art. 15 quinquies comma 5 D. 229/99 e CCNL.

Il comma 2 poi dispone: " I posti letto sono in dotazione complessiva alla Unità Operativa complessa e al Dipartimento".

Il comma 4 specifica che finalità del piano è quella di definire il numero minimo dei posti letto che, in ciascuna disciplina, le unità operative devono possedere ai fini della attribuzione delle indennità di struttura complessa.

Così strutturato il disposto normativo, deve ritenersene sufficientemente chiara l'ermeneutica nel senso che non può ravvisarsi nello stesso un fatto nuovo che radicherebbe una precisa individuazione del numero minimo inderogabile di posti letto per ciascuna unità operativa: la indicazione normativa non prescrive una dotazione minima obbligatoria di posti letto ai fini del funzionamento della unità, non ponendo l'obiettivo di segmentare la allocazione dei posti letto in ciascuna struttura della quale il dipartimento è composto, ma quello di individuare i requisiti della struttura ai diversi fini della attribuzione di una specifica indennità.

Neppure le successive disposizioni rappresentano elementi determinanti ai fini della predicabilità di una diversa organizzazione della struttura dipartimentale come elemento imposto dalle norme sopravvenute.

Al riguardo l'art. 4.2.4 indica il Dipartimento come struttura di coordinamento e di direzione per lo svolgimento di funzioni complesse con compiti di orientamento, consulenza e supervisione per la funzione cui è preposto. Il dipartimento è costituito da aree funzionali organizzative, semplici e complesse, aventi finalità comuni.

Si precisa che: "Le strutture afferenti al dipartimento mantengono autonomia e responsabilità funzionale nell'ambito di un modello gestionale e organizzativo comune volto a fornire una risposta unitaria, efficiente e completa".

Il comma successivo contiene la definizione dei dipartimenti funzionali come : " caratterizzati da una aggregazione di strutture complesse finalizzata alla integrazione funzionale delle attività delle singole strutture componenti tesa al raggiungimento di uno specifico obiettivo o nell'opportunità di aggregare strutture complesse o semplici a valenza dipartimentale totalmente indipendenti tra loro, al fine dell'ottimizzazione delle risorse che vi confluiscono e del miglioramento della qualità dell'assistenza."

Il comma successivo tra le funzioni del dipartimento indica alla lettera B) quella di definizione dei progetti e programmi, individuazione degli obiettivi prioritari, allocazione delle risorse e dei mezzi funzionali nelle strutture afferenti.

Dall'insieme di tali disposizioni emerge che il Piano regionale ospedaliero non ha innovato nel senso di modificare la funzione di coordinamento e direzione del dipartimento, pur specificando la finalità a cui la organizzazione deve tendere, e quindi nella indicazione di obiettivi che- avendo come fine ultimo quello della ottimizzazione delle risorse e del miglioramento della qualità dell'assistenza, devono pur sempre allocare le risorse ed i mezzi funzionali nelle strutture afferenti, pena uno svuotamento di fatto della natura e funzione delle strutture stesse.

Da un lato quindi va rilevata la inammissibilità della domanda per il capo in cui rivendica un diritto alla assegnazione di risorse proprie ed esclusive all'Area funzionale di afferenza del ricorrente, atteso che tale diritto non trova un aggancio espresso ed univoco nel dettato normativo, il quale parla di "allocazione delle risorse e mezzi funzionali nelle strutture afferenti" indicando un obiettivo che può essere perseguito con vari mezzi ; né il Giudice amministrativo, riguardo ad atti organizzativi della struttura assistenziale, può spingersi sino a sindacare intrinsecamente le scelte di organizzazione trattandosi di un aspetto di puro merito tecnico- amministrativo .

La verifica possibile è tuttavia quella estrinseca, ossia del modo in cui la organizzazione prescelta ha in concreto funzionato , se abbia raggiunto o meno l'obiettivo indicato dalla norma, ponendosi nel secondo caso come lesiva di diritti fondamentali del prestatore di lavoro.

Se dunque la legge indica gli obiettivi, e non il modo vincolante in cui gli stessi devono essere perseguiti, non può comunque escludersi che occorre garantire l'effettività della allocazione di mezzi e risorse nelle strutture ; in mancanza di adeguate misure in proposito, l'amministrazione risponde dei danni che tale disfunzione organizzativa ha causato al prestatore.

Di qui la inammissibilità della domanda sotto il profilo proposto di azione impugnatoria e di accertamento, e per contro la ammissibilità del capo di domanda relativo alla condanna dei danni patiti per ingiusto demansionamento del ricorrente.

Va rilevato, tornando al primo aspetto della eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa della resistente amministrazione, che la presente azione , pur in mancanza degli invocati profili di novum normativo, non si pone come esecuzione del giudicato , atteso che nessuna delle statuizioni contenute nel giudicato precedente appare riconducibile alla domanda odiernamente proposta. Invero, la precedente azione aveva come oggetto da un lato l'accertamento del diritto del ricorrente ad ottenere l'assegnazione all'Area Funzionale Chirurgia generale della Azienda ospedaliera Universitaria Federico II presso la Facoltà di Medicina e Chirurgia della Università medesima, del personale medico, paramedico, ecc..., e dall'altro la richiesta di condanna ai danni patiti per effetto dell'illegittimo demansionamento.

Il primo accertamento non è stato reso, in ragione dei valutati profili da un lato di irricevibilità della domanda impugnatoria, e dall'altro, di impossibilità del G.A. di sostituirsi all'amministrazione nella adozione di atti di natura organizzativa, involgenti profili di merito dell'agere amministrativo. Sotto tale aspetto, pertanto, la domanda di accertamento del diritto ad assegnazione di personale e strutture non potrebbe mai configurarsi come esecuzione del precedente giudicato .

Il secondo profilo è stato invece accolto, con pronuncia di condanna in relazione al danno prodotto per effetto del demansionamento ingiustamente subito dal ricorrente. Tuttavia tale condanna risulta già eseguita, secondo le allegazioni di parte resistente di cui alla nota del Direttore generale 17.10.2007 , non contrastata da elementi di segno contrario, mentre la domanda odiernamente proposta in parte qua attiene ad un periodo del tutto estraneo a quello coperto dal giudicato.

La presente azione presenta una duplice struttura: da un lato invoca il novum normativo per fondare una rinnovata valutazione del capo proposto come accertamento del diritto alla assegnazione di determinate risorse; dall'altro, come autonomo capo, richiede ancora il diritto al risarcimento del danno per il periodo successivo a quello azionato nel precedente giudizio, e riconosciuto in sentenza.

Ricollegandosi ad un comportamento permanente dell'amministrazione, il diritto del ricorrente ad azionare le pretese risarcitorie per il periodo successivo, ove il comportamento lesivo perduri, non può farsi rientrare nella richiesta di esecuzione della sentenza, la quale arresta la sua pronuncia sino alla relativa domanda allora proposta.

Né può farsi discendere da una interpretazione singolare della pronuncia del Consiglio di Stato la induzione, indicata dalla difesa della azienda resistente, che la liquidazione del danno sarebbe stata effettuata con riferimento alla data della sentenza di appello, facendo riferimento al punto 8) della sentenza di appello che con valutazione equitativa ha quantificato il danno onnicomprensivo in Euro 55.000,00 alla data della pronuncia.

Deve in proposito rilevarsi che la sentenza del Consiglio di Stato resa in appello diminuisce l'entità dei danni liquidati in primo grado- sempre con riferimento al periodo ivi azionato- e quantifica alla data della sua pronuncia interessi e rivalutazione monetaria. In nessun caso pertanto una sentenza di appello potrebbe coprire danni per un periodo diverso da quello oggetto del petitum, e quindi per epoca successiva a quella della pronuncia di primo grado.

Quanto all'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito, sollevata con riferimento al profilo che ci si troverebbe in presenza di un mero comportamento della azienda resistente, valga rilevare gli argomenti già spesi per confutare tale obiezione nel precedente di questo Tribunale n. 704/2006.

Il Collegio ritiene che la domanda azionata trovi il proprio fondamento indipendentemente dalla valutazione di illegittimità degli atti di organizzazione del dipartimento e delle aree funzionali che allo stesso afferiscono, atteso che la discrezionalità che connota tale attività non può essere comunque esercitata in modo tale da violare fondamentali diritti della persona, tra cui il diritto al lavoro ed alla

esplicazione della personalità anche nei luoghi di lavoro, come è accaduto nella fattispecie in esame.

Sebbene il Tribunale non possa spingersi a sindacare le modalità in cui il dipartimento ha ritenuto organizzare la ripartizione tra le Aree funzionali di personale, locali, strutture, rimane fermo il potere del giudice adito di verificare se le modalità in cui si è concretizzata tale organizzazione siano state tali da arrecare danno ad un singolo prestatore, per effetto dell'uso distorto o improprio delle stesse.

Non può opporsi in contrario la necessità del previo annullamento dell'atto di organizzazione che ha determinato la violazione lamentata del diritto, atteso che nel caso di atti amministrativi che abbiano prodotto eventi dannosi in violazione di diritti soggettivi, ciò che il giudice è chiamato a fare non è decidere la controversia "come se l'atto amministrativo non esistesse". Al contrario, la situazione significativa per il diritto che il privato chiede all'autorità giudiziaria di accertare è proprio la sussistenza del fatto storico costituito dall'adozione del provvedimento che si assume aver provocato l'evento dannoso, nonché il riconoscimento della sua illiceità e della riconducibilità ad esso della lesione lamentata. In altre parole, in sede di azione risarcitoria non si tratta di disapplicare l'atto, poichè ciò che l'attore chiede è che proprio quell'atto venga riconosciuto illegittimo e produttivo di conseguenze negative ingiuste sulla propria sfera patrimoniale.

La irrilevanza della cd. pregiudiziale amministrativa al riguardo trova conferma nel costante orientamento delle SS.UU. della Corte di Cassazione ( ord. 10180/2004 ), proprio in tema di rapporti di impiego di professori e ricercatori universitari, in cui è stato affermato in punto di giurisdizione che in tali fattispecie debba trovare applicazione il disposto dell'art. 68, comma 4, del d.lgs. n. 29 del 1993 (sostituito dall'art. 29 del d.lgs. n. 80 del 1998 ed ora dall'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001), con esclusione dalla privatizzazione del rapporto di lavoro dei professori universitari, disponendo che lo stesso resti devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In sintesi, è desumibile proprio dalla ampia formulazione dell'art. 7 della legge n. 205 del 2001 la volontà legislativa di devolvere, al giudice amministrativo, «nell'ambito della sua giurisdizione», la cognizione dei danni, che scaturiscono da provvedimenti e da condotte non conformi a diritto (ossia illecite nella prospettiva dell'art. 2043 c.c.), senza che all'uopo sia necessaria in via pregiudiziale una illegittimità provvedimentoale consacrata dalla pronuncia di annullamento. ( cfr. Cassazione, SS.UU. Civili, ordinanza 26.05.2004 n.10180, Cass.SS.UU., 5.4.2005, n. 7000, 30.3.2005, n. 6635 e 11.3.2004, n. 5054; Cons. St., sez. VI, 9.3.2005, n. 977).L'estensione di tale giurisdizione al risarcimento del danno, inoltre, è codificata dall'art. 7, comma 3 della legge n. 1034/71, come modificato con legge n. 205/2000.

Tanto deve ritenersi configurabile anche nella fattispecie in esame, in cui il ricorrente fa valere la lesione del proprio diritto alla esplicazione delle mansioni di cui è titolare, sì che è agevole pervenire alla conclusione della autonoma proponibilità dell'azione risarcitoria.

Non ignora il Collegio il successivo dibattito sviluppatosi in merito alla cd. pregiudiziale amministrativa, che vede contrapposto il Consiglio di Stato nella affermazione della necessità della previa impugnazione dell'atto lesivo al fine della ammissibilità della azione di danni (cfr, da ultimo Ad. Plen. N. 12/2007– che ritiene tuttora valide molte considerazioni poste a base della tesi favorevole, con particolare riguardo alla presunzione di legittimità, che assiste gli atti amministrativi consolidati per omessa impugnazione nei termini, nonché alla difficile configurabilità, in tale situazione, di un danno ingiusto), e la Corte di Cassazione, che ammette la esperibilità di una tutela risarcitoria autonoma, sganciata dalla azione di annullamento degli atti lesivi. La S.C. ha da ultimo ribadito che la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento, costituisce rifiuto dell'esercizio della propria giurisdizione, ed è viziata e soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione ex art. 362, co. 1 c. p. c. (Cass. SS.UU. 23 dicembre 2008 n. 30254).

Secondo la Corte, come confermato da alcune pronunce del Giudice Amministrativo ( nn. 13659 e 13660 del 13.6.2006, n. 13 del 5.1.2007, n. 1139 del 19.1.2007; Cons. St., sez. V, 31.5.2007, n. 2822), detto Giudice non può esimersi dall'accertare la lesione di un interesse protetto a fini risarcitori, entro il previsto termine di prescrizione, anche indipendentemente dall'intervenuto annullamento dell'atto lesivo, previa valutazione in via incidentale della prospettata illegittimità di tale atto.

Le Sezioni Unite hanno poi precisato che il risarcimento può essere disposto dal giudice amministrativo non soltanto se investito della domanda di annullamento dell'atto amministrativo, quale effetto ulteriore della illegittimità, ma anche – purché ricorra la giurisdizione esclusiva o generale di legittimità – nel caso in cui la parte interessata si limiti ad invocare la sola tutela risarcitoria.

La S.C. afferma energicamente la ammissibilità di una tutela risarcitoria autonoma, in cui l'accertamento della illegittimità dell'agere amministrativo non può risultare precluso dalla inoppugnabilità del provvedimento; ed anzi quest'ultimo elemento – l'aver l'amministrazione mantenuto l'atto nonostante la sua illegittimità – concorre a determinare il danno. Emerge da questa pronuncia una forte spinta innovativa, indicando la Cassazione che il risarcimento del danno non è soltanto il completamento della tutela demolitoria (ossia una copertura integrativa dei pregiudizi non riparati o non riparabili per effetto dell'eliminazione del provvedimento lesivo –

cd. risarcimento consequenziale) , ma anche una forma di tutela assolutamente indipendente ed elettiva che permette al privato leso dal provvedimento illegittimo di scegliere anche la sola riparazione per equivalente.

Non è quindi il privato onerato della impugnativa del provvedimento illegittimo al fine di avere accesso alla tutela risarcitoria per equivalente, ma è l'amministrazione che diviene onerata della eliminazione dell'atto viziato, onde non soggiacere alle conseguenze derivanti dalla violazione della sfera soggettiva dei singoli , non più reintegrabili in forma specifica per effetto della esecuzione del provvedimento stesso. Osserva la S.C. che :” Pensare diversamente significa trasformare l'onere della parte di attivarsi nel proprio interesse per l'annullamento in un dovere della parte di collaborare con l'amministrazione a renderla edotta della illegittimità dei propri atti. “(cfr. sentenza 30254/2008).

Tali principi sono condivisi dal Collegio, osservando come la loro applicazione al caso di specie conduce alla affermazione della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulla autonoma azione di danno esperita da parte ricorrente.

Ma la giurisdizione deve essere predicata anche sotto altro profilo.

Deve sottolinearsi che la esclusione dei meri comportamenti dalla giurisdizione del G.A. trova conto e ragion d'essere con riferimento alle materie in cui , per essersi in presenza di una giurisdizione esclusiva, si faccia valere la lesione di interessi legittimi, mentre nella fattispecie in esame la posizione soggettiva lesa è quella di diritto, identificato come diritto allo svolgimento delle mansioni.

Il principio è stato ribadito di recente dal Consiglio di Stato , il quale ha avuto modo di affermare che la cd. pregiudiziale amministrativa non può in ogni caso applicarsi a fattispecie di mera inerzia dell'amministrazione; e che sussiste la giurisdizione esclusiva del G.A. qualora il danno lamentato sia fatto valere in via contrattuale, tenuto conto dell'obbligo del datore di lavoro ex art. 2087 c.c. di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro.

La risarcibilità del danno in questione, infatti, può essere rivendicata dal dipendente interessato in due modi: in via extra-contrattuale, a norma dell'art. 2043 cod. civ., ovvero in via contrattuale, tenuto conto dell'obbligo del datore di lavoro, riconducibile all'art. 2087 cod. civ., di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro (cfr. in tal senso, fra le tante, Cass. SS.UU. 28.7.1998, n. 7394).

Un primo orientamento della giurisprudenza, in effetti (cfr. Cons. St., sez. V, 9.10.2002, n. 5414; TAR Lazio, Roma, sez. III, 25.6.2004, n. 6254; TAR Veneto, 8.1.2004, n. 2), tendeva a ricondurre alla giurisdizione amministrativa esclusiva tutte le controversie patrimoniali inerenti al rapporto di impiego, senza distinguere fra

responsabilità contrattuale e aquiliana, essendo ritenuto sufficiente – per radicare la cognizione del giudice amministrativo sui rapporti di lavoro, rientranti nella giurisdizione esclusiva del medesimo – un comportamento illegittimo del datore di lavoro, e quindi un collegamento non occasionale fra la causa petendi e il rapporto di impiego.

Per contro, il più recente orientamento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, pone a base del riparto non la prospettazione delle parti, ma il cosiddetto *petitum* sostanziale, da individuare anche in funzione della causa pretendi, ovvero dell'intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio, come individuata dal Giudice in relazione ai fatti allegati ed al rapporto giuridico di cui tali fatti sono manifestazione; tenuto conto di quanto sopra, risulta necessario accertare la natura giuridica dell'azione di responsabilità in concreto proposta, in quanto solo l'azione per responsabilità contrattuale è ritenuta rientrante nella cognizione del Giudice Amministrativo, mentre dovrebbe ritenersi di competenza del Giudice Ordinario l'azione proposta in via extra-contrattuale (Cass. SS.UU. 4.5.2004, n. 8438).

Quest'ultimo indirizzo appare conforme alle linee-guida che emergono dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004, in quanto la responsabilità extra-contrattuale per mobbing è riconducibile, sostanzialmente, a comportamenti vessatori dei superiori gerarchici o dei colleghi di lavoro del dipendente interessato, al di là dei limiti, che la Suprema Corte ha indicato quali parametri di rango costituzionale per la giurisdizione del Giudice Amministrativo, escludendo da tali parametri la categoria generalizzata dei "comportamenti" (al di fuori, deve ritenersi, della valutazione in via incidentale dei medesimi, ove riconducibili ad una lesione di interessi legittimi, o di diritti soggettivi sussistenti in una materia, che sia oggetto di giurisdizione esclusiva).

La predetta giurisdizione sul risarcimento del danno, anche biologico, sussiste, dunque, nella misura strettamente riconducibile ad un contesto di specifiche inadempienze agli obblighi del datore di lavoro; dette inadempienze possono ravvisarsi anche in comportamenti omissivi, contraddittori o dilatori dell'Amministrazione, ovvero in atti posti in essere in violazione di norme, sulle quali non sussistano incertezze interpretative, o ancora nella reiterazione di atti, anche affetti da mere irregolarità formali, ma dal cui insieme emerga una grave alterazione del rapporto sinallagmatico, tale da determinare un danno all'immagine professionale e alla salute del dipendente.

La controversia in esame coinvolge, al di là dei profili organizzativi interni del Policlinico Universitario di Napoli, la violazione del diritto del ricorrente alla esplicazione delle proprie mansioni; e tale pretesa trova fondamento nell'aver il divieto di dequalificazione professionale, nel nostro ordinamento, una puntuale

previsione e una specifica tutela che trovano nell'art. 2103 del cod.civ e nell'art. 52 D.lgs 30 marzo 2001 n. 165 la loro diretta fonte.

Quanto alla riferibilità di tali norme anche al settore dell'ordinamento speciale del rapporto di impiego dei docenti universitari, basti rilevare che l'opposta tesi, oltre a pretermettere la peculiarità del docente di medicina con funzioni assistenziali, e quindi equiparabili a quelle dei primari ospedalieri, non appare considerare il disposto dell'art. 1 comma 2 legge n. 230/1985 secondo cui:

“ I professori universitari hanno il diritto e il dovere di svolgere attività di ricerca e di didattica, con piena libertà di scelta dei temi e dei metodi delle ricerche nonché, nel rispetto della programmazione universitaria di cui all'articolo 1-ter del decreto-legge 31 gennaio 2005, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 marzo 2005, n. 43, dei contenuti e dell'impostazione culturale dei propri corsi di insegnamento; i professori di materie cliniche esercitano altresì, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, e ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 21 dicembre 1999, n. 517, funzioni assistenziali inscindibili da quelle di insegnamento e ricerca; i professori esercitano infine liberamente attività di diffusione culturale mediante conferenze, seminari, attività pubblicistiche ed editoriali nel rispetto del mantenimento dei propri obblighi istituzionali.”

A maggior ragione quindi la affermazione della inscindibilità delle funzioni assistenziali da quelle di insegnamento e di ricerca conferma come l'impoverimento delle prime incida anche sulla garanzia predisposta per le seconde dalla normativa speciale sullo stato giuridico dei docenti universitari.

Stabilisce l'art. 52 d.lgs 165/2001: “il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale di procedure concorsuali o selettive. “

Trattandosi di dequalificazione professionale non solo viene in rilievo l'omologo dell'art. 2103 c.c. nel rapporto di impiego pubblico, ma soprattutto soccorre la giurisprudenza maturata per la sua interpretazione e applicazione.

Aderendo ad una consolidata giurisprudenza della S.C., va affermato che l'illecito non è escluso né dalla identità del livello di inquadramento del dipendente, né dal mantenimento del trattamento economico corrispondente alla qualifica rivestita formalmente, stante il diritto tutelato del lavoratore alla realizzazione delle proprie aspettative nell'ambito dell'attività lavorativa ( cfr. Cassazione 13.8.1991 n. 8835; 14.11.2001 n. 14199): si ha dequalificazione in sostanza anche quando il datore di lavoro paga il dipendente, ma non lo fa lavorare.

Punto normativo diretto di riferimento è l'art. 2103 c.c., che sancisce il diritto del lavoratore allo svolgimento delle mansioni per cui è stato assunto, con divieto di adibizione a mansioni inferiori. Da tale norma discende il principio per cui il diritto del datore di lavoro ad attuare modifiche organizzative deve essere esercitato in modo da non ledere il corrispondente diritto del prestatore all'equivalenza delle mansioni svolte di cui all'art. 2103 c.c.: diversamente ravvisandosi un comportamento illecito nella inoperosità, depauperamento di mansioni, ed emarginazione accompagnate al conseguente svilimento della personalità.

La peculiarità dell'interesse allo svolgimento concreto di tutte le mansioni inerenti la qualifica rivestita è espressione per la Corte di Cassazione di un diritto fondamentale alla esplicazione della personalità nel luogo di lavoro, coinvolgendo un valore superiore, sintetizzato nel diritto alla professionalità.

Di qui l'affermazione (Cass. Sez. lavoro 2.11.2001 n. 13580; 12.11.2002 n. 15868) che, oltre ad integrare violazione dell'art. 2103 c.c., la dequalificazione ridonda in lesione di tale diritto fondamentale. Ed ancora va sottolineato come tale giurisprudenza enfatizza la rilevanza dell'obbligo datoriale sancito dall'art. 2103 c.c., cui corrisponde un diritto del lavoratore, dedotto non solo dal tenore letterale della norma, ma dalla stessa funzione del lavoro, che costituisce un mezzo prima ancora che di sostentamento e guadagno, di estrinsecazione della personalità del lavoratore ai sensi degli artt. 2 comma 1, 4 comma 1 e 35 comma 1 Costituzione ( Cass. sez, lavoro 1.6.2002 n. 7967). Siffatta posizione da interesse si trasforma in diritto soggettivo con la stipula del contratto di lavoro che prevede una determinata prestazione; pertanto la lesione della posizione dedotta in contratto costituisce inadempimento contrattuale del datore, fonte di danno risarcibile.

Il fondamento giuridico di tale ricostruzione è individuato da un lato nel carattere del rapporto di lavoro subordinato, che non è puramente di scambio, ma coinvolge la persona del lavoratore; dall'altro nella natura di contratto di organizzazione ( art. 2094 c.c.), per cui la disciplina degli aspetti patrimoniali deve coniugarsi con i precetti costituzionali di tutela della dignità della persona del lavoratore. A ciò deve aggiungersi il principio di esecuzione secondo buona fede del contratto di assunzione ( art 1375 c.c.) ed il fenomeno di evoluzione del mercato del lavoro, che enfatizza la formazione continua del prestatore, valorizzando la funzione della prestazione lavorativa in tal senso.

La dequalificazione professionale comporta lesione di un bene immateriale per eccellenza, ossia la dignità professionale del lavoratore, intesa come esigenza di manifestare la propria utilità e le proprie capacità nel contesto lavorativo : e ciò viene in evidenza specialmente quando il lavoratore sia lasciato in condizioni di forzata inattività e senza assegnazioni di compiti costituendo il lavoro un mezzo oltre che di

guadagno ,anche di estrinsecazione della personalità del soggetto ( Cass. Sez. lavoro 6.11.2000 n. 14443).

I principi suesposti, attualmente estesi a tutta la gamma del lavoro subordinato, sono stati sviluppati dalla S.C. proprio prendendo come punto di partenza peculiari fattispecie, in cui la forzata inattività incide in maniera particolarmente pregiudizievole, determinando un danno derivante dall'impoverimento della capacità professionale acquisita, e dalla mancata acquisizione di ulteriori capacità.

Le professioni in cui risalta tale meccanismo lesivo sono quelle soggette a continua evoluzione e bisognose di costanti aggiornamenti (per un precedente di rilievo in materia di pilotaggio aerei cfr. Cass. Sez. lavoro 14.11.2001 n. 14199 ove è affermato che il danno può consistere semplicemente nel mancato aggiornamento e nella mancata pratica della professione, pur a parità di retribuzione).

La Suprema Corte, da oltre un decennio, ha individuato come campo di “vulnus” alle mansioni particolarmente significativo quello delle professioni ad alto contenuto di qualificazione e specializzazione (a partire da Cass. Sez. lavoro 16.12.1992 n. 13299): in tale occasione la Cassazione ha ripreso il precetto dell'art. 2103 c.c., coniugandolo con la lesione di un superiore diritto fondamentale del lavoratore , in quanto cittadino ( diritto desumibile dai valori democratici e lavoristici proclamati dall'art. 1 Costituzione).

Ancora più di recente, Cass. 14 luglio 2006 n. 14729, in particolare, ha ribadito che il lavoratore ha il diritto a svolgere le mansioni per le quali è stato assunto ovvero equivalenti alle ultime effettivamente svolte - e, quindi, a fortiori il diritto a non essere lasciato in condizioni di forzata inattività e senza assegnazione di compiti, ancorché senza conseguenze sulla retribuzione: e, dunque, non solo il dovere, ma anche il diritto all'esecuzione della propria prestazione lavorativa - cui il datore di lavoro ha il correlato obbligo di adibirlo - costituendo il lavoro non solo un mezzo di guadagno, ma anche un mezzo di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino. La violazione di tale diritto del lavoratore all'esecuzione della propria prestazione è fonte di responsabilità risarcitoria per il datore di lavoro.

Tali principi si attagliano con peculiare corrispondenza alla fattispecie in esame, in cui la professionalità in rilievo è quella di chirurgo ,oltre che di docente universitario : ivi il diritto all'esplicazione delle proprie mansioni è particolarmente pregnante, in quanto si sostanzia nella possibilità- attraverso il costante esercizio- di mantenere e sviluppare non solo capacità professionali, ma le concrete capacità operative.

Sicché il danno da demansionamento professionale – in tutte le ipotesi di professioni a notevole specializzazione ovvero in genere qualora si tratti di dequalificazione di marcato spessore- non comporta un pregiudizio unico ed immediato, ma “ si risolve

in un effettivo, concreto ed inevitabile ridimensionamento dei vari aspetti della vita professionale, che costituisce a sua volta un bagaglio peggiorativo diretto ad interferire negativamente nelle infinite future espressioni dell'attività lavorativa" (Cass. Sez. lavoro 18.10.1999 n. 11727).

La giurisprudenza ha posto in rilievo come la professionalità si autoalimenti nell'esercizio costante del lavoro e nell'aggiornamento insito nello stesso (Cass. Sez. lavoro 7.7.2001 n. 9228); osserva in proposito il Collegio che il chirurgo ha un interesse sicuramente apprezzabile all'esecuzione della prestazione, perché la sua capacità operativa viene seriamente pregiudicata quando non può esercitare la professione, o può farlo in maniera estremamente ridotta. In tal modo si produce una atrofizzazione della pratica di sala operatoria, con decadimento inevitabile della professionalità.

Il dato rilevante nel caso in esame è stabilire se si è in presenza di un demansionamento significativo; nella sostanza ritiene il Collegio di ravvisare gli elementi tipici del demansionamento consistenti nella :

pluralità delle condotte, unificate dalla loro sistematicità;

lungo lasso temporale nel quale sono poste in essere;

continuità delle stesse nel tempo, perdurando anche dopo la pronuncia di questo giudice, parzialmente confermata in sede di appello, che ha rilevato le disfunzioni organizzative come fatto lesivo dei diritti del dipendente;

conseguenze sulla posizione professionale del soggetto passivo (anche se non tradotte nello specifico in un danno psichico apprezzabile), consistenti in un depauperamento del valore professionale;

unilateralità dell'inadempimento, sottolineandosi la continua messa a disposizione delle proprie energie lavorative da parte del ricorrente.

Va pertanto accertato se , per effetto di una determinata organizzazione del lavoro, che – non rileva se legittima o meno - presenta caratteri di cd. costrittività organizzativa, si sia verificata una dequalificazione della professionalità del ricorrente, e segnatamente della specifica professionalità di un chirurgo primario, con riscontri sia in senso assoluto della attività affidata al ricorrente nell'arco di tempo in cui è lamentata la condotta illecita, sia in senso relativo, prendendo in esame i dati afferenti ad altri colleghi.

Al riguardo ,dalla espletata istruttoria, alla quale peraltro è stato dato riscontro solo parziale, è emersa la sostanziale conferma delle situazioni lamentate dal ricorrente.

Si rileva dai dati acquisiti un quadro complessivo di scelta organizzativa per così dire accentrata, in cui non è dato ben comprendere come e con quali criteri – se non quello dichiarato della urgenza- vengano gestite le attività assistenziali nel Dipartimento( cfr. relazione del Direttore generale del 29.12.2008 prot. 24089 ed allegati).

Il Collegio ha richiesto con la ordinanza interlocutoria una serie di riscontri e dati relativi al periodo cui si riferisce il lamentato demansionamento. Sul punto può osservarsi quanto segue:

--quanto al primo quesito ( turni di servizio predisposti dal direttore del Dipartimento in ordine alla assegnazione del personale medico e paramedico alle varie aree funzionali in cui è articolato il dipartimento stesso nel periodo dal marzo 2005 al 21 dicembre 2007, con schema riepilogativo che confronti le assegnazioni di personale distinguendole sotto il profilo qualitativo e quantitativo, e la loro distribuzione tra le aree stesse) il Direttore generale nella nota depositata il 30.12.2008 prot. 24089 assume che l'assegnazione in questione è afferente all'intero Dipartimento, e viene gestita dal direttore del dipartimento assistenziale ( stante la mancanza di un direttore amministrativo del Dipartimento) in ragione delle diverse esigenze delle singole aree funzionali.

Tale affermazione nulla aggiunge alle dichiarazioni contenute in ricorso, essendo necessario per contro specificare con quale criterio siano articolati i turni, a prescindere dal soggetto che a tanto provveda. In sostanza non viene fornita la tabella riepilogativa delle assegnazioni in concreto godute da ciascun titolare di area funzionale a priori.

Sono invece rappresentati i turni di servizio del personale paramedico che ha svolto la propria attività al sesto piano, genericamente deducendo che su tale struttura sarebbero stati ricoverati anche pazienti del prof. Massa, stante lavori in corso su alcuni piani dell'edificio ove è allocato il Dipartimento.

Il Collegio rileva che da tali dichiarazioni si evince solo a quale piano sia stato assegnato il personale senza la specificazione del criterio organizzativo sottostante, quale che esso sia. Attesa inoltre la mancanza di un direttore amministrativo del dipartimento, come sopra attestato ,non si comprende a chi e come debba rispondere detto personale in ordine alla assistenza ai degenti.

Quanto al personale medico, i turni in questione non appaiono turni predisposti in via ordinaria e preventiva, ma turni effettuati per le reperibilità dell'intero Dipartimento .

In sostanza, il personale è assegnato senza alcun collegamento alle aree funzionali; pertanto, pur nella scelta a priori insindacabile di effettuare una assegnazione unica

del personale, in concreto deve poi funzionare una dotazione con indicazione di un criterio di attribuzione del personale e delle strutture, posto che trattandosi di risorse non divisibili, occorre specificare in quale modo debba intendersi operante la condivisione.

Osserva in proposito il Collegio che, ferma restando la gestione delle risorse in regime di cd. condivisione, lo stesso atto aziendale esibito in copia a pag. 30- punto 23.1, nell'indicare i compiti del Direttore del Dipartimento, alla lettera c) dispone: " ...programma, coordina e controlla, ....sulla base dei criteri predisposti dalla Giunta, l'organizzazione dell'attività di tutto il personale che svolge attività assistenziale( compresi i turni di servizio e di guardia, le attività intramoenia o comunque extraoraria), l'utilizzazione delle attrezzature e degli spazi assegnati al DAI, questi ultimi in sintonia con la direzione del DU, fatte salve eventuali deleghe che il Direttore dei DAI può attribuire ai responsabili delle unità".

Non può quindi prescindersi dalla individuazione di turni di servizio a priori predisposti per il personale medico e paramedico che opera nel Dipartimento, pena lo svuotamento del significato del termine programmazione ,coordinamento e controllo dell'organizzazione del personale assistenziale, per la quale è esplicitamente prevista la redazione di turni di servizio separati da quelli di guardia.

Del resto, la contraria tesi sostenuta dalla difesa dell'azienda resistente appare intrinsecamente contraddittoria proprio con l'atto aziendale sopra citato, punto 23.1 ( intitolato organizzazione del DAI), pagg. 33 e 34, ove si precisa: "...ai responsabili delle strutture complesse compete, tra l'altro, la indicazione dei protocolli diagnostici e terapeutici da seguire e il controllo sulla applicazione dei protocolli medesimi.....Essi hanno inoltre la responsabilità organizzativa della struttura, da attuarsi, nell'ambito degli indirizzi operativi e gestionali del DAI, anche mediante direttive a tutto il personale operante nella stessa per il corretto espletamento del servizio e per la realizzazione dell'appropriatezza degli interventi. Il responsabile della struttura complessa è responsabile della efficace ed efficiente gestione delle risorse a lui attribuite dal direttore del DAI o dal responsabile della sezione cui afferisce, se esistente".

E' pertanto previsto nello stesso atto aziendale ,pur nella globale condivisione delle risorse, che al responsabile della struttura complessa sia affidata una responsabilità organizzativa, oltre che alla stessa siano attribuite risorse, dal Direttore del DAI.

--Quanto al secondo quesito, attinente alle modalità di assegnazione delle sale operatorie, precisando il loro numero, la rispettiva dotazione di strutture operatorie, e schema riepilogativo della frequenza con cui la sala è stata assegnata al Prof. Massa , rispetto agli altri titolari delle aree funzionali , il Direttore generale risponde che le sale sono due,e ciascuna con un unico tavolo operatorio , utilizzate per le esigenze

dell'intero Dipartimento, nel rispetto della lista di attesa, e quindi non vi è una assegnazione astratta ma effettuata in base alle concrete esigenze derivanti dalla unica lista di attesa. Quale elemento documentale di riscontro, sono state versate agli atti le liste operatorie relative agli interventi eseguiti. Sul punto il Collegio riscontra la conferma delle doglianze del ricorrente in ordine alla mancata afferenza di una sala operatoria, sia pure con carattere turnario, alla propria area funzionale.

Non risultano turni prestabiliti, e le liste operatorie in atti sono un semplice elenco degli interventi eseguiti in ciascuna sala. Né viene chiarito da chi e con quali criteri sia effettuata la lista di attesa che viene dedotta quale unico elemento di programmazione in un dipartimento cui afferiscono ben dieci aree funzionali, quindi con peculiari esigenze di coordinamento- specie nell'ottica della gestione unitaria che costituisce il modello organizzatorio adottato dalla azienda resistente. La mancata richiesta della sala da parte del prof. Massa, allegata dalla citata relazione, costituisce elemento di per sé neutro, atteso che la attività operatoria è un posteriorius rispetto alla possibilità di diagnosi, assistenza, ricovero, tutti elementi dei quali il prof. Massa lamenta la mancata fruizione.

--Il terzo quesito richiedeva il tipo e numero di interventi operatori effettuati dal prof. Massa nel periodo de quo, comparativamente a quelli degli altri preposti alle aree funzionali; il quesito è rimasto parzialmente evaso, avendo il direttore generale riferito che in tale periodo non risultano interventi operatori del prof. Massa. Il dato è quantomeno anomalo, in un contesto in cui ripetutamente il ricorrente ha posto le proprie energie lavorative- caratterizzate da un contenuto indiscusso di professionalità- a disposizione della azienda resistente. Quanto alla circostanza che ciò discenderebbe dal fatto non essere presenti nelle liste di attesa pazienti ricoverati presso l'area funzionale del prof. Massa, la stessa giustifica poco o nulla la inattività forzata del ricorrente. Da un lato infatti non è stato chiarito da chi e con quali criteri sia compilata la lista di attesa in questione; e dall'altro è stato dedotto e non contestato che il prof. Massa sia stato privato della possibilità di effettuare ricoveri; e comunque la mancata certezza ovvero programmazione in ordine alla disponibilità della sala operatoria e del personale medico e paramedico di pertinenza, comporta ictu oculi la impossibilità di operare degli ammalati.

-- Il quarto quesito richiedeva chiarimenti per l'attività svolta intramoenia dai preposti alle aree funzionali, con specificazione dei locali messi a disposizione per tale attività. Il direttore Generale al riguardo esibisce uno schema riepilogativo dal quale emerge che nel 2005 il prof. Massa ha effettuato n. 10 prestazioni ambulatoriali, nel 2006 n. 11 e nel 2007 n. 3, con solo due interventi nel 2006.

Tale inattività del ricorrente viene ricollegata alla autorizzazione rilasciatagli ad operare presso strutture convenzionate esterne, ma il dato appare quantomeno

dissonante rispetto agli obblighi di vigilanza di un direttore generale. Invero, ove il prof. Massa avesse privilegiato la attività esterna al punto da trascurare macroscopicamente gli obblighi istituzionali, detta osservazione avrebbe dovuto essere oggetto di apposite segnalazioni agli organi competenti.

--Il quinto quesito concerne il numero di posti letto assegnati all'area funzionale di chirurgia generale, le modalità di accettazione dei ricoveri, ovvero dei criteri di ripartizione dei posti letto complessivamente facenti capo al DAS tra le varie strutture complesse; con specificazione del numero di ricoveri effettuato nel periodo in contestazione, e schema riepilogativo di quelli disposti dal ricorrente, in rapporto a quelli disposti dai colleghi preposti alle altre aree funzionali.

Il Direttore Generale, nel ribadire che i posti letto non sono assegnati all'area funzionale ma al dipartimento, indica che presso l'intero Dipartimento vi sono due punti di accettazione, mentre il registro di prenotazione è unico, e conclude nel precisare che per l'area funzionale di cui è primario il prof. Massa non risultano effettuati ricoveri nel periodo indicato.

Inoltre le tabelle allegate alla relazione, che per i singoli anni riepilogano le attività di ricovero ordinario e day hospital svolte nel Dipartimento, con divisione in relazione alle aree funzionali, nel confermare il dato che mancano ricoveri nell'area funzionale cui è preposto il ricorrente, evidenziano per contro nei fatti come in sostanza siano tre le aree funzionali del DAI cui è riferito un significativo numero di ricoveri (Chirurgia generale e geriatria, chirurgia generale ex VII, chirurgia del pancreas endocrino). Tale dato conferma ulteriormente la emarginazione lavorativa del ricorrente, pur nella globale esigenza di professionalità adeguate.

--Al sesto punto si sono chiesti chiarimenti in ordine alle strutture di segreteria relative all'area funzionale in contestazione e delle modalità con cui la segreteria procede all'espletamento delle proprie funzioni. Il punto è rimasto scarsamente chiarito, poiché risulta che la struttura di segreteria dell'area funzionale non esiste, ma esiste una unica segreteria del DAS costituita da un pool di amministrativi che cumula le funzioni di segreteria del DAS e di quella del Dipartimento Universitario; il prof. Massa si avvale di solito di una specifica segretaria amministrativa per telefonate, lettere, messaggi.

--Il settimo quesito richiedeva indicazioni sugli ambulatori afferenti l'area funzionale in questione, anche comparativamente a quelli assegnati alle altre aree, con specificazione del numero di turni, assegnazioni o quanto altro effettuati dal prof. Massa, ovvero delle modalità con cui lo stesso può accedere agli ambulatori per l'espletamento dei compiti istituzionali, e relazione comparativa delle modalità di attribuzione degli ambulatori agli altri responsabili L'amministrazione al riguardo non ha depositato elementi dai quali risulti la assegnazione di un ambulatorio al

ricorrente, precisando che presso tutto il DAS è in funzione un unico ambulatorio; peraltro le modalità di assegnazione di tale ambulatorio a tutto il personale medico delle dieci aree funzionali ( a prescindere da ogni considerazione in ordine alla congruità della struttura) non sono indicate. Viene aggiunto che il prof. Massa ha a disposizione una stanza in cui svolge usualmente l'attività intra moenia.

Sul punto, non è stato chiarito se la stanza abbia i requisiti di ambulatorio, circostanza questa decisamente contestata dalla difesa di parte ricorrente ( v. pag. 16-18 della memoria depositata il 31.1.2009).

--L'ottavo quesito richiedeva le modalità di accettazione delle visite specialistiche per l'area funzionale del ricorrente, comparativamente a quelle delle altre aree funzionali: qui la relazione del direttore del DAS contiene un mero rinvio alla delibera della Giunta del DAS del 30 gennaio 2004, peraltro non esauriente sul punto.

--Il nono quesito richiedeva chiarimenti circa le modalità di prenotazione dei pazienti, ed ordine seguito per le stesse, nell'area funzionale di chirurgia generale, per il periodo sopra indicato, e analoghe precisazioni documentate per le altre aree funzionali del dipartimento in questione, con indicazione del soggetto che abbia provveduto alla autorizzazione dei ricoveri nel periodo suddetto. Si specifica che provvede al ricovero l'ufficio accettazione, con i due punti centralizzati sopra indicati, senza rispondere al quesito su chi autorizzi gli stessi, che ovviamente non può essere il mero personale amministrativo in assenza di valutazioni diagnostiche. Egualmente neutra appare la precisazione che per il periodo richiesto non risultano pazienti che abbiano chiesto di essere visitati, ovvero di essere operati dal prof. Massa, e che non ci sia alcun ricovero su richiesta dell'Area del ricorrente. Circa le prenotazioni, si ribadisce che per le accettazioni il criterio è quello cronologico temperato dalla urgenza, diagnosticata dal personale medico cui è richiesta la prestazione.

-- La richiesta di distinzione, nell'ambito dei ricoveri e degli interventi eseguiti nel periodo indicato presso l'intero Dipartimento, di quelli effettuati in via di urgenza e di quelli per patologie che esulano dall'emergenza , è rimasta sostanzialmente inevasa, atteso che si fa riferimento ad un allegato 5, senza fornire spiegazioni. Il detto allegato non consente invero di dedurre dal mero dato numerico la tipologia dei ricoveri e degli interventi, come richiesta.

--Al quesito afferente alle modalità di inserimento del ricorrente e degli altri primari nelle attività del dipartimento, e circa la assegnazione delle risorse, si risponde che il ricorrente partecipa alle attività in qualità di componente del Consiglio e della Giunta, ed alle altre attività del Dipartimento Universitario ;

--Anche per il punto 11 , relativo alla richiesta di modalità di gestione degli spazi comuni, quali sale riunioni, sala di aspetto, locali del personale medico e paramedico,

ambulatori, astanterie si rinvia alla mancanza di un criterio di assegnazione turnaria riferendo che gli spazi comuni possono essere utilizzati da chiunque sia afferente al Dipartimento; tanto ad eccezione della biblioteca, per le lezioni a piccoli gruppi di alunni, della quale il ricorrente risulta avere usufruito

--In ordine poi al punto inerente le modalità di assegnazione degli anestesisti e analisti necessari alla attività chirurgica, anche comparativamente con le altre aree funzionali, il Direttore generale ribadisce che detto personale non è assegnato alla singola area funzionale; l'assegnazione viene effettuata dal responsabile del servizio anestesia per il funzionamento delle sale operatorie; sicché dal prospetto depositato in atti si evince che assegnazione di anestesisti al prof. Massa, non avendo operato in tale periodo, non è stata mai fatta.

--circa il numero dei posti letto di fabbisogno al Dipartimento, se ne attesta la insufficienza in relazione alle effettive esigenze, ma non appare chiarito con apposito prospetto anno per anno quanti giorni vi siano stati posti letto liberi ed in che misura.

-- è stata depositata la copia dell'atto aziendale adottato il 4.12.2007: si precisa che non è stata data ancora attuazione alla configurazione sanitaria ed amministrativa prevista nell'atto stesso a causa di criticità finanziarie, ma per il periodo in contestazione l'iter dell'Atto non era ancora perfezionato, in quanto carente del visto regionale.;

--Si aggiunge poi che il PRO, previsto dalla LR 24/2006, non è stato ancora approvato; né è stato sottoscritto il protocollo di intesa tra la Regione Campania e l'Università.

Conclusivamente, gli aspetti evidenziati nella relazione del direttore generale non appaiono apportare elementi significativi a favore della tesi della azienda resistente: la relazione evidenzia in particolare che la lista di attesa per le sale operatorie deve essere unica per l'intero Dipartimento: ma tanto non interessa l'indagine del Collegio, mirata piuttosto sulle modalità di compilazione della lista di attesa.

Anche riguardo alla mancata effettuazione di interventi e ricoveri da parte del ricorrente va rilevato che l'indice rivelatore della marginalizzazione dell'attività del prof. Massa non è da individuarsi nella mancanza in sé di ricoveri, o interventi, né nell'ordine seguito e nelle procedure utilizzate, ma piuttosto nella mancanza di un chiaro ed affidabile criterio a priori per la gestione delle risorse, di personale e mezzi.

Deduce la difesa della Azienda resistente che per la assegnazione del personale medico e paramedico non sarebbe congrua la richiesta di esibizione dei turni di servizio, operata dal Collegio nella ordinanza istruttoria, atteso che il ricorrente ha chiesto l'assegnazione esclusiva di personale e strutture, sì che ogni indagine in merito ad un criterio ternario sarebbe fuori rango della stessa domanda.

Va rilevato che il petitum sostanziale della richiesta del ricorrente, così come individuato nella duplice domanda di accertamento e di condanna, è stato scrutinato dal Collegio, il quale, come sopra chiarito, ha rilevato la inammissibilità della domanda tesa ad accertare il diritto del ricorrente alla assegnazione esclusiva di strutture e personale, non potendosi il giudice amministrativo spingere a sindacare quale sia il sistema organizzativo più adatto per la gestione di un Policlinico Universitario. Detta scelta costituisce il proprium del merito tecnico- discrezionale riservato alle autorità sanitarie ed amministrative competenti.

Tuttavia il modo di gestione prescelto può essere sindacato non in sé ma per la ricadute che lo stesso ha determinato in relazione ad una singola posizione lavorativa.

In sostanza, il Collegio ha richiesto una serie di elementi comparativi per verificare se e come per le altre aree funzionali il sistema organizzativo prescelto abbia operato.

L'amministrazione sulla quasi totalità dei quesiti si è sottratta a tale analisi comparativa, non consentendo di verificare le modalità di accettazione visite specialistiche, ricoveri, diagnostica strumentale, e di prenotazione degli interventi, assegnazione di anestesisti, e sala operatoria, per l'area funzionale del ricorrente, rispetto alle altre .

D'altra parte, pur nell'ambito del modello di gestione accentrata del Dipartimento, la istituzione di aree funzionali in base alla espressa previsione di legge è indicativa della non opzionalità di una loro previsione, sì che in concreto le stesse devono essere gestite secondo criteri atti a dotarle di mezzi, qualunque sia il modo prescelto per tale fine.

Tanto più che non appare spiegabile, né è stata fornita una plausibile spiegazione, del fatto che tale modello organizzativo funzioni per le altre aree funzionali e non per la sola area del ricorrente.

A questo punto non pare logico quanto dedotto dalla difesa della azienda resistente, ossia che sarebbe lo stesso ricorrente ad impedire che vengano effettuati ricoveri nella sua area funzionale, invocando la nota spedita dal prof. Massa n. 33/2003 nella quale chiede espressamente che non vengano effettuati ricoveri nella sua area funzionale senza la sua preventiva autorizzazione.

Invero, la nota in questione non può interpretarsi come un veto del prof. Massa alla effettuazione di ricoveri, ma come necessità di porre una doverosa verifica preventiva di ordine medico rispetto alla accettazione del paziente .

Inoltre non va trascurata una ulteriore considerazione.

Il nuovo atto aziendale, pur in un contesto di esiguità delle risorse, ha mantenuto 10 aree funzionali nel DAS oggetto di causa, nonostante solo 7 siano affidate ad un responsabile, e nonostante i livelli di produttività della maggior parte delle aree funzionali residue siano bassi, atteso che la stragrande maggioranza degli interventi, come desumibile dalla documentazione versata in atti dalla Azienda, è stata effettuata dal Direttore del Dipartimento prof. Persico, dal prof. Percopo e dal prof. Leone.

La nota a firma del Direttore generale della Azienda del 16.1.2008 prot. 01519 precisa da un lato i posti letto assegnati al Dipartimento ( ma tale indicazione è solo transitoria, essendo riferita ad un periodo di diminuzione degli stessi a causa di lavori in corso), e dall'altro indica le aree funzionali del Dipartimento con il relativo responsabile.

A tanto deve aggiungersi come è esplicitato che il titolare della quarta area di chirurgia generale, prof. Leone, è deceduto, ed il titolare della settima area- chirurgia ipertensione portale, prof. Masciariello, è in pensione dal 1.11.2007, infine il titolare della quarta area- chirurgia funzionale esofago- gastro duodenale , prof. Fimmanò, è deceduto; inoltre il prof. Perisco è titolare della I area funzionale e della II ad interim.

Tale carenza di responsabili delle aree funzionali accentua la dissonanza della globale esigenza di professionalità adeguate con lo svuotamento sostanziale dell'attività assistenziale del prof. Massa.

In definitiva, dall'esame complessivo ed unitario di tutti gli elementi acquisiti attraverso il sia pure parziale riscontro dato alla ordinanza istruttoria, emerge un quadro di marginalizzazione dell'attività lavorativa del ricorrente, in assenza di ogni elemento negativo di connotazione qualitativa della stessa.

Non risultano in sostanza assicurate compiutamente l'autonomia tecnico-professionale con le connesse responsabilità, che caratterizza l'attività dei dirigenti sanitari nello svolgimento delle proprie funzioni; lo svolgimento delle funzioni di direzione ed organizzazione della struttura, e l'adozione delle decisioni necessarie per assicurare il corretto espletamento del servizio e per realizzare l'appropriatezza degli interventi con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche e riabilitative, attuati nella struttura affidata al ricorrente; neppure l'utilizzazione delle strutture assistenziali e lo svolgimento delle relative attività da parte del personale universitario ed ospedaliero di didattica e di ricerca , tenuto conto della inscindibile legame tra queste ultime.

Si tratta di competenze e funzioni che anche se devono svolgersi nell'ambito di indirizzi operativi e programmi promossi, valutati e verificati a livello dipartimentale, non possono essere né svuotate né sminuite ( CdS sez. VI sent. 2758/07)

Alla luce di tali elementi, può affermarsi evidente la violazione del diritto soggettivo del ricorrente all'espletamento delle proprie mansioni.

Il sindacato del Collegio , si ribadisce, non riguarda sotto tale aspetto le modalità organizzative in sé ( controllo cd. forte sulla discrezionalità tecnica), ma il modo in cui l'organizzazione prescelta ha funzionato ( cd. sindacato debole), attraverso il riscontro degli indici estrinseci rivelatori di disfunzioni organizzative.

Tanto emerge sia dalla mancanza di ricoveri disposti per l'area funzionale del ricorrente, pur avendo lo stesso ripetutamente richiesto di poter esplicitare la sua professionalità, sia dalla effettuazione di ricoveri da parte delle altre aree funzionali ( ricoveri che peraltro integrano , a voler prendere a riferimento esemplificativo l'anno 2006 , il numero di 1455 ossia la media di quattro al giorno nell'intero Dipartimento, peraltro ripartiti nelle dieci aree funzionali o meglio in quelle che di fatto hanno operato- e pertanto non sembrano numericamente essere sintomo di una situazione di emergenza tale da doversi gestire senza poter giungere ad una prefissione di criteri e modalità organizzative congrue).

La difesa dell'amministrazione resistente fa leva sul carattere del DAS definito dalla legge ( art. 3 comma 5 D. Lgs 517/99) quale centro di costo unitario che garantisca unitarietà della gestione, e l'ottimale collegamento tra assistenza, didattica e ricerca, al fine di dare una giustificazione alla situazione peculiare di accentramento dei poteri decisionali nel direttore di dipartimento. In particolare si sottolinea la circostanza che il Dipartimento individua i servizi che, per motivi di economicità ed efficienza, sono comuni al dipartimento, per quanto riguarda i locali, il personale, le apparecchiature, le strutture di degenza ed ambulatoriali, sì da giustificare secondo tale tesi difensiva le peculiari modalità organizzative messe in atto ( indipendentemente dalle conseguenze specifiche nei confronti del ricorrente).

Tale linea difensiva , a giudizio del Collegio costituisce una sostanziale ripetizione del dato letterale della norma di legge citata, ma proprio per questo, non può giustificare disfunzioni organizzative in concreto verificatesi ; dispone la legge 517/99:

“ Il dipartimento ad attività' integrata e' organizzato come centro di responsabilità' e di costo unitario in modo da garantire unitarietà' della gestione, l'ottimale collegamento tra assistenza, didattica e ricerca, la necessaria flessibilità' operativa e individua i servizi che, per motivi di economicità' ed efficienza, sono comuni al dipartimento, per quanto riguarda i locali, il personale, le apparecchiature, le strutture di degenza e ambulatoriali.”

Tuttavia a tale disposto va aggiunto quanto previsto dal secondo periodo del comma citato, in base al quale “ Il direttore del dipartimento ad attività' integrata assicura l'utilizzazione delle strutture assistenziali e lo svolgimento delle relative attività' da

parte del personale universitario ed ospedaliero per scopi di didattica e di ricerca; assume responsabilita' di tipo gestionale nei confronti del direttore generale in ordine alla razionale e corretta programmazione e gestione delle risorse assegnate per la realizzazione degli obiettivi attribuiti, tenendo anche conto della necessita' di soddisfare le peculiari esigenze connesse alle attivita' didattiche e scientifiche.”

Quindi, pur nella scarsità delle risorse a disposizione che emerge dalla relazione versata in atti, va rimarcato che ai sensi della normativa citata rientra comunque nei compiti del direttore del Dipartimento quello di attivarsi per migliorare il livello operativo delle attività integrate con un utilizzo coordinato ed interscambio di attrezzature, locali, posti letto, risorse economiche ed ogni altro mezzo utilizzato nell'ambito del dipartimento.

La circostanza che tale interscambio ed utilizzo coordinato abbia poi funzionato in qualche modo per alcune aree funzionali e non per quella del ricorrente è di difficile spiegazione in termini organizzativi di carattere puramente oggettivo, non essendo stati adottati comportamenti del ricorrente tali da costituire una giustificazione della marginalizzazione della sua pur qualificata attività lavorativa.

D'altra parte, la circostanza che la gestione unitaria del dipartimento non possa costituire una struttura rigidamente verticistica della stessa in pregiudizio delle attività delle singole aree funzionali emerge sia dal dato normativo sopra citato, sia dalla specificazione contenuta nel DPCM 24.5.2001 recante : “Linee guida concernenti i protocolli d'intesa da stipulare tra regioni e università per lo svolgimento delle attività assistenziali delle università tra la programmazione nazionale e regionale ai sensi dell'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 21 dicembre 1999, n. 517. Intesa, ai sensi dell'art. 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59”, il cui articolo 4 intitolato “ Indirizzi per l'organizzazione interna delle aziende ospedaliero- universitarie” fa riferimento ad un modulo organizzativo definito nell'atto aziendale di cui all'art. 3, comma 2, del decreto legislativo n. 517 del 1999 , da esplicarsi in modo da assicurare il pieno svolgimento delle funzioni didattiche e scientifiche delle facoltà di medicina e chirurgia in un quadro di coerente integrazione con l'attività assistenziale e con gli obiettivi della programmazione regionale.

E da ultimo dallo stesso Piano ospedaliero regionale di cui alla LR. 24/2006 ove si precisa che: “Le strutture afferenti al dipartimento mantengono autonomia e responsabilità funzionale nell'ambito di un modello gestionale e organizzativo comune volto a fornire una risposta unitaria, efficiente e completa”.

Il comma successivo contiene la definizione di dipartimento funzionale come : “ caratterizzati da una aggregazione di strutture complesse finalizzata alla integrazione funzionale delle attività delle singole strutture componenti tesa al raggiungimento di uno specifico obiettivo o nell'opportunità di aggregare strutture complesse o semplici

a valenza dipartimentale totalmente indipendenti tra loro, al fine dell'ottimizzazione delle risorse che vi confluiscono e del miglioramento della qualità dell'assistenza.”

Il comma seguente tra le funzioni del dipartimento indica alla lettera B) quella di definizione dei progetti e programmi, individuazione degli obiettivi prioritari, allocazione delle risorse e dei mezzi funzionali nelle strutture afferenti.

Non da ultimo, lo stesso atto aziendale, come sopra evidenziato, a pag. 30- punto 23.1, nell'indicare i compiti del Direttore del Dipartimento, alla lettera c) dispone:” programma, coordina e controlla, ....sulla base dei criteri predisposti dalla Giunta, l'organizzazione dell'attività di tutto il personale che svolge attività assistenziale( compresi i turni di servizio e di guardia, le attività intramoenia o comunque extraoraria), l'utilizzazione delle attrezzature e degli spazi assegnati al DAI, questi ultimi in sintonia con la direzione del DU, fatte salve eventuali deleghe che il Direttore dei DAI può attribuire ai responsabili delle unità”.

Ed ancora il punto 23.1 ( intitolato organizzazione del DAI), pagg. 33 e 34, si precisa:” ...ai responsabili delle strutture complesse compete, tra l'altro, la indicazione dei protocolli diagnostici e terapeutici da seguire e il controllo sulla applicazione dei protocolli medesimi.....Essi hanno inoltre la responsabilità organizzativa della struttura, da attuarsi, nell'ambito degli indirizzi operativi e gestionali del DAI, anche mediante direttive a tutto il personale operante nella stessa per il corretto espletamento del servizio e per la realizzazione dell'appropriatezza degli interventi. Il responsabile della struttura complessa è responsabile della efficace ed efficiente gestione delle risorse a lui attribuite dal direttore del DAI o dal responsabile della sezione cui afferisce, se esistente”. E' pertanto previsto, pur nella globale condivisione delle risorse, che al responsabile della struttura complessa ne abbia la responsabilità organizzativa, che alla stessa siano attribuite risorse, e del personale.

Nella specie, invece , si è realizzato il sostanziale svuotamento di un'area funzionale del dipartimento, quella appunto di chirurgia generale, senza una adeguata giustificazione tecnica, ed in contraddizione con le stesse determinazioni della Giunta di Dipartimento, che tale area aveva istituito, ed aveva successivamente con atti formali attribuito al ricorrente.

Ciò appare in contrasto anche con la finalità della legge nell'attribuire la gestione unitaria del dipartimento ,che è quella di perseguire l'ottimale realizzazione del percorso diagnostico-terapeutico e riabilitativo ed esercitare, in forma unitaria e coordinata, le attività assistenziali e di garantire integrazione di didattica, ricerca ed assistenza. In sostanza, se il dipartimento deve essere il centro unitario di produzione dei servizi ospedalieri , tanto che il direttore dello stesso ha il compito di curare la gestione unitaria e coordinata ed integrata delle strutture dipartimentali ( le aree funzionali), e degli spazi, delle risorse economiche, umane, patrimoniali e strumentali

affidenti al dipartimento; corrispondentemente le aree funzionali possono essere definite in termini aziendali come la linea di produzione del dipartimento, gestiscono le funzioni loro assegnate ed assorbono le risorse per soddisfare le necessità della casistica assegnata. E, come in una azienda non è concepibile una linea di produzione senza risorse, così nell'ambito del dipartimento, deve essere garantito che una linea di produzione, ossia un' area funzionale, sia posta in condizione di operare.

Ne deriva che la attribuzione al ricorrente dell'area funzionale di chirurgia generale non poteva essere disgiunta dalla dotazione delle concrete possibilità operative, possibilità nei fatti negate per ragioni che non sono emerse né a livello di motivazione negli atti adottati, né aliunde.

Ai fini della affermazione della responsabilità dell'amministrazione, il Collegio ritiene necessarie alcune considerazioni in ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito.

Sul tipo di responsabilità che deriva da situazioni come quella in esame è possibile la concorrenza tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Quest'ultima sussiste, a condizione che ci sia dolo o colpa in chi la commette, ed un conseguente danno. E' peraltro possibile che l'azione ingiusta sia realizzata in un contesto contrattuale, cioè un rapporto tra parti legate da vincolo contrattuale :l'inadempimento contrattuale determina , infatti, il diritto al risarcimento del danno (art. 1453 c.c. ed art. 1218 c.c.).

Nel caso di illecito aquiliano (art. 2043 c.c.) i potenziali danni sono sia patrimoniali che non patrimoniali, alla luce del disposto dell'art. 2059 c.c. recentemente rivitalizzato dalle sentenze della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale del 2003 sul tema: si tratta di una responsabilità immanente ad ogni rapporto tra soggetti indipendentemente dall'esistenza di un contratto tra le parti, e si distingue per alcuni aspetti caratteristici (prevedibilità del danno, onere della prova, prescrizione) .

Per altro la coesistenza tra il profilo di responsabilità extracontrattuale e contrattuale costituisce un vantaggio per il danneggiato in quanto il mancato rispetto della regola contrattuale (come l'art. 2087 c.c. per il rapporto di lavoro) potrà costituire il profilo di colpa richiesto per la realizzazione della fattispecie ex art. 2043 c.c. e, conseguentemente, esonerare dalla ricerca dell'elemento psicologico. Nel caso in esame, comunque,l'elemento psicologico va ravvisato nella consapevole sottoutilizzazione della professionalità del ricorrente, nonostante le reiterate richieste dello stesso di poter svolgere le proprie mansioni, e nel comportamento negligente tenuto nella predisposizione della struttura organizzativa, relativamente all'area de qua : tale responsabilità si radica nell'art. 2049 cod.civ. e, trattandosi di pubblica amministrazione, anche nell'art. 28 Cost..

Va peraltro rilevato che, sotto il profilo della scrutinio dell'elemento soggettivo, il superamento del principio della culpa in re ipsa si è imposto al momento della estensione della sfera delle posizioni soggettive risarcibili. Se il criterio era accettabile a fronte della violazione di diritti soggettivi (Cass.civ. 27.8.1999 n. 9004; 3.7.1998 n. 6509; 1.9.1997 n. 8297), non lo è più a fronte della lesione di interessi legittimi, dovendo in tal caso la valutazione del giudice del risarcimento estendersi anche alla colpa della P.A. come apparato (Cass. SS.UU. n. 500/99; 28.3.2000 n. 3726; 23.7.2002 n. 10379; 23.4.2004 n. 7733; 21.10.2005 n. 20358; 4.7.2006 n. 15259; 22.12.2006 n. 27498; 5.6.2007 n. 13061). Nella specie, trattandosi di violazione di un diritto soggettivo, basterebbe in sé la prova della volontarietà del comportamento dell'amministrazione a radicare l'elemento soggettivo.

Peraltro, anche ove volesse ricercarsi una cd. colpa di apparato, la stessa è rappresentata dalla violazione dei limiti esterni della discrezionalità (evidente violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione).

Senza tralasciare che siffatta impostazione suscita qualche perplessità alla luce delle recenti statuizioni della Corte di Giustizia delle Comunità Europee che ha sanzionato lo Stato del Portogallo per aver subordinato la condanna al risarcimento dei soggetti lesi in seguito alle violazioni del diritto comunitario in materia dei pubblici appalti alla allegazione della prova, da parte dei danneggiati, che gli atti illegittimi dello Stato o degli enti di diritto pubblico siano stati commessi colposamente o dolosamente (Corte Giust., 14 ottobre 2004, C-275/03).

Ne deriva che, per evitare la lesione dei principi comunitari occorre accentuare la possibilità per il danneggiato di utilizzare presunzioni semplici, ponendo sostanzialmente a carico della p.a. l'onere di dimostrare l'esistenza di un errore scusabile.

In sintesi, l'atteggiamento inattivo ed omissivo della Azienda universitaria (consistente nella mancata adozione di provvedimenti rivolti ad impedire la lesione del diritto alla professionalità) comporta la responsabilità dell'ente, sia contrattuale ai sensi degli artt. 2087 e 1228 cod. civ., che extracontrattuale ai sensi degli artt. 2043 e 2049 cod.civ. Nella situazione in esame, il docente interessato ha fornito ampi riscontri in ordine all'obbligo disatteso dalla azienda; in particolare detto elemento soggettivo appare enfatizzato dalla stessa mancata adozione di provvedimenti a seguito della precedente sentenza della Sezione, in parte qua confermata dal Consiglio di Stato, che ha affermato la marginalizzazione della attività lavorativa del ricorrente.

Non può non ascriversi a grave disservizio, dunque, l'assenza di qualsiasi atto idoneo a garantire la concreta esplicazione delle mansioni del prof. Massa, con conseguente lesione del diritto dell'interessato all'espletamento di funzioni operative assistenziali e

del connesso interesse, anche pubblico, all'ottimale svolgimento dell'attività didattica e di ricerca. L'assenza di colpa dell'amministrazione al riguardo – trattandosi di responsabilità contrattuale – avrebbe dovuto essere provata dall'Amministrazione stessa, che non ha viceversa fornito alcun elemento, atto ad escludere che l'inadempimento agli obblighi, sopra specificati, del datore di lavoro, fosse nella fattispecie riconducibile a cause, non imputabili all'Amministrazione stessa, nei termini esplicitati dall'art. 1218 cod. civ..

Nel caso di specie, alla luce di quanto sopra affermato, non vi è dubbio che la condotta di parte convenuta, consistente nel porre il ricorrente in una situazione di forzosa inattività, ha cagionato la lesione di diritti costituzionalmente protetti, ovvero il diritto alla libera espressione della personalità sul luogo di lavoro e il diritto alla dignità personale.

Passando alla quantificazione del danno lamentato, il Collegio osserva quanto segue:

Nel danno da demansionamento la giurisprudenza ravvisa diverse componenti:

- 1) un danno al patrimonio professionale in senso stretto, che pur non consistendo nella lesione di un bene materiale, ha indubbi risvolti di carattere patrimoniale, inteso sia come mortificazione della professionalità già acquisita, sia come perdita di chances per il futuro; si tratta di effetto inevitabile ed in re ipsa di un significativo demansionamento,
- 2) un danno alla personalità e dignità del lavoratore ( ove il demansionamento sia posto in essere con modalità lesive anche di tali beni);
- 3) un danno all'immagine ed alla vita di relazione;
- 4) un danno biologico in senso oggettivo, inteso come danno alla salute (cfr. Cass. 14.11.2001 n. 14199; 6.11.2000 n. 1443; 18.10.1999 n. 11727).

Le prime due componenti di danno sono apprezzabili in funzione della delicatezza e complessità delle mansioni, della loro obsolescibilità ( rilevante sia con riferimento a sfere tecnologiche in rapida evoluzione, sia con riguardo a specifici campi di elevata qualificazione professionale come nel settore della chirurgia), e pur ledendo beni immateriali, hanno una indubbia componente patrimoniale; in particolare il mancato incremento della professionalità, causato dalla forzata inattività, determina un pregiudizio al bagaglio professionale del lavoratore, sia all'interno della azienda che all'esterno della stessa attraverso la cd. perdita di chances. L'entità del danno è variabile in ragione:

--del protrarsi nel tempo della dequalificazione, atteso che il danno cresce nel tempo secondo una linea esponenziale ;

--delle occasioni di lavoro future, che per il dipendente dequalificato risulteranno minori quantitativamente e qualitativamente ;

--della natura della figura professionale, che richiede costante aggiornamento (C. Appello Milano 11.5.2001, Tribunale Roma 4.4.2000), sì da risultare un pregiudizio particolarmente rilevante per la figura professionale del chirurgo.

La giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione, in ordine alla prova del danno, ha superato la precedente affermazione che la mortificazione della professionalità del lavoratore potesse dar luogo a risarcimento solo ove venisse fornita la prova dell'effettiva sussistenza del danno patrimoniale (Cass. n. 14443 del 2000, n. 15868 del 2002). Tale ultimo orientamento, cui questo giudice ritiene di aderire, si iscrive in quello delineato dalle pronunce nn. 8827 e 8828 del 2003 in materia di risarcimento del danno non patrimoniale.

Va, infatti, condivisa l'opinione recentemente espressa dalla Suprema Corte che ha individuato la fonte normativa del risarcimento del danno non patrimoniale nell'art. 2059 c.c., secondo una lettura costituzionalmente orientata della norma che tenga conto dei valori fondamentali della persona unitariamente considerata a prescindere, quindi, dalla commissione o meno di un reato. La Cassazione ha avuto modo di precisare che è ormai acquisito all'ordinamento positivo il riconoscimento della lata estensione della nozione di danno non patrimoniale: il danno non patrimoniale deve intendersi come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona, che non si esaurisca nel danno morale e che non sia correlato alla qualifica di reato del fatto illecito ex art. 185 c.p. All'interno del danno non patrimoniale viene, dunque, ricondotto il danno biologico, inteso come lesione dell'interesse costituzionalmente garantito all'integrità psicofisica della persona secondo i canoni fissati dalla scienza medica (art. 32 Cost.), il danno morale tradizionalmente inteso come sofferenza psichica e patema d'animo sopportati dal soggetto passivo dell'illecito ed infine il danno derivante dalla lesione di interessi costituzionalmente protetti.

Osserva in proposito il Collegio che il danno da dequalificazione professionale attiene alla lesione di un interesse costituzionalmente protetto dall'art. 2 Cost., avente ad oggetto il diritto fondamentale del lavoratore alla libera esplicazione della sua personalità nel luogo di lavoro, secondo le mansioni e con la qualifica spettantegli per legge o per contratto, con la conseguenza che i provvedimenti del datore di lavoro che illegittimamente ledono tale diritto vengono immancabilmente a ledere l'immagine professionale, la dignità personale e la vita di relazione del lavoratore, sia in tema di autostima e di eterostima nell'ambiente di lavoro e in quello socio-familiare, sia in termini di perdita di chances per futuri lavori di pari livello.

In ordine alla liquidazione del danno, la giurisprudenza fa costante riferimento al criterio equitativo ex art. 1226 c.c., che appare il più idoneo, stante la difficoltà evidente di giungere- in relazione alle peculiarità del fatto dannoso- ad una precisa determinazione del pregiudizio subito ( così Cass. Sez. lav. N. 15868/2002; n. 7967/2002, n. 10/2002; n. 13580/2001). In tal modo la S.C. ha definitivamente superato quel risalente orientamento ( Cass. 7905/98; 3686/1996) che addossava al lavoratore l'onere della prova della esistenza del danno, ex art 2697 c.c., affermando attualmente che la lesione è in re ipsa nella privazione della professionalità del dipendente. Sicchè non si richiede l'allegazione di uno specifico elemento di prova diretta da parte del lavoratore (Cass. 11727/1999; 14443/2000, 13580/2001), essendo sufficiente che l'accertamento del danno scaturisca da elementi presuntivi acquisiti al giudizio e da un esame della situazione processuale globalmente considerata (Cass 15.1.2000 n. 409).

Conferma in proposito la sent. 2002 n. 15868 che: "la liquidazione equitativa, deve essere compiuta anche quando addirittura sia mancata la dimostrazione, in via diretta, dell'esistenza di un effettivo pregiudizio patrimoniale (Cass. 2000/n. 14443), dato che la prova presuntiva va ricavata dagli elementi di fatto relativi alla durata del demansionamento e dalle altre circostanze del caso concreto (Cass. 2001 n. 13580)"

In particolare per il lavoro di chirurgo titolare di cattedra universitaria, le componenti di danno professionale rilevanti sono il mancato contatto, la quotidianità della pratica professionale, l'impoverimento derivante dal mancato esercizio della aggiornamento professionale, la obsolescibilità delle mansioni, la perdita di chances.

Il criterio equitativo va calato nello specifico con la individuazione di parametri di riferimento generali, omogenei, desunti dalla lunga durata della dequalificazione (quasi tre anni), dalla gravità della stessa ( rapportata al ruolo rivestito dal ricorrente), dal reiterato rifiuto opposto dalla direzione del dipartimento alle sollecitazioni in ordine ad una migliore organizzazione della area funzionale di afferenza , e dal livello elevato della retribuzione globale del prestatore.

Quanto alla componente patrimoniale del danno così individuata, il parametro di riferimento per la liquidazione equitativa viene individuato comunemente nella entità della retribuzione percepita ( in una percentuale variabile dal 25 al 100%): ciò in quanto la retribuzione costituisce espressione (ex art 36 Cost.) anche del contenuto professionale della prestazione.

Nella specie, ritiene il Tribunale che in via equitativa il pregiudizio sofferto , tenuto conto della lunga durata del demansionamento, della lontananza temporale del momento della pensione, della delicatezza e complessità delle mansioni del ricorrente, possa determinarsi in una somma mensile pari al 50% della retribuzione.

Ai fini della quantificazione della somma relativa, può farsi riferimento alle indicazioni contenute nella perizia di parte agli atti, non oggetto di contestazione specifica da parte resistente, e dalle quali emerge la entità della retribuzione percepita dal ricorrente, dal 1.4.2005 al 30.6.2008.

Il totale delle retribuzioni per tale periodo , come quantificato nella detta perizia, ammonta ad Euro 41.317,00 annui lordi, sicchè il danno secondo il criterio indicato , che ne prevede la decurtazione al 50 % per 39 mesi oggetto della domanda giudiziale, va determinato nella somma totale di Euro 67.138,50 (sessantasettemilacentotrentotto/50) lordi.

A tanto la richiesta di parte ricorrente aggiunge il danno emergente, ossia quello derivante dal mancato svolgimento della attività libero-professionale prendendo come parametro il reddito a tale titolo di un omologo professionista di pari grado, operante nella medesima azienda e nello stesso Dipartimento, pari in toto ad Euro 260.013,00.

Tale voce costituisce una componente del danno patrimoniale di natura eventuale, e valutabile solo ove sia rigorosamente provato il nesso causale tra demansionamento e mancato reddito da attività esterna; nella specie, il Collegio non ritiene possa rientrare tra le coordinate apprezzabili, in ragione della dipendenza della produzione di detto reddito libero professionale da una serie di fattori variabili, e comunque estrinseci rispetto al demansionamento in senso stretto .

Deve invece prendersi in considerazione il danno non patrimoniale in senso stretto (o soggettivo).

Il Collegio è consapevole dei più recenti arresti della S.C. in materia di danno esistenziale, avendo quest'ultima affermato che è possibile ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale, solo se sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona. Pertanto, non possono essere risarcite tutte le lesioni alla persona ovvero tutti i pregiudizi non patrimoniali, ma soltanto quelli che realizzano un'ingiustizia costituzionalmente qualificata.

Nell'abbandonare le sottocategorie del danno esistenziale e danno morale , si afferma che occorre verificare se sussista la lesione di diritti inviolabili della persona; precisandosi che la tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana .(cfr. Cass. SS.UU. n. 26972/2008).

Proprio con riguardo a tale considerazione, deve rilevarsi che il diritto al lavoro ha una forte valenza esistenziale, riferendosi ad uno degli ambienti in cui si esplica la personalità dell'individuo, sì che il danno come lesione dell'interesse costituzionalmente protetto ex art. 2 Cost. incide sulla dignità personale e la vita di relazione del lavoratore, in termini di autostima ed eterostima nell'ambiente di lavoro ed in quello socio familiare.

Il danno esistenziale consiste in un peggioramento definitivo della qualità di vita del danneggiato cui è legato un mutamento radicale delle sue abitudini, ed abbraccia quelle compromissioni dell'esistenza quotidiana che siano "naturalisticamente" accertabili e percepibili.

Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale.

Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno recentemente ricostruito dalla Suprema Corte attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile. Entrambi i requisiti devono essere accertati dal giudice secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico. E' pertanto compito di questo giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione.

E' evidente che la privazione di una parte integrante della funzione di professore universitario con mansioni assistenziali, ossia proprio quella della attività chirurgica, esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito.

Attenendo il pregiudizio (non biologico) ad un bene immateriale, il ricorso alla prova presuntiva è destinato ad assumere particolare rilievo, e potrà costituire anche l'unica fonte per la formazione del convincimento del giudice, non trattandosi di mezzo di prova di rango inferiore agli altri (cfr. ex multis Cass.civ. n. 9834/2002).

In proposito con una recentissima sentenza la Corte di Cassazione sez. lavoro si è pronunciata sulla risarcibilità del danno esistenziale da demansionamento e, pur inquadrandolo (sulla scia delle SU n. 26972/08) nell'ambito della categoria del danno

non patrimoniale, ha affermato che il detto danno (da intendere come ogni pregiudizio, di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile, provocato sul fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno) va allegato dal danneggiato e dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni (Cass. sez. lavoro N. 29832 del 19.12.2008).

In altri termini, il risarcimento del danno biologico è subordinato all'esistenza di una lesione dell'integrità psico - fisica medicalmente accertabile, il danno esistenziale (che, a seguito di Cass. 26972/2008 non ha una sua autonomia concettuale, ma è un elemento da considerare, ove ricorra il presupposto della sua "serietà", nel danno non patrimoniale) - da intendere come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri. Sotto il profilo probatorio, in definitiva, assume precipuo rilievo la prova per presunzioni, per cui dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, conoscibilità all'interno ed all'esterno del luogo di lavoro dell'operata dequalificazione, frustrazione di precisate e ragionevoli aspettative di progressione professionale, eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore comprovanti l'avvenuta lesione dell'interesse relazionale, effetti negativi dispiegati nelle abitudini di vita del soggetto) si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove".

La tesi della necessità di allegazione e prova è stata seguita dalla successiva giurisprudenza di legittimità (Cass. 2 agosto 2006 n. 17564, richiamata e condivisa da Cass. sez. un. 26972/2008); in particolare, la responsabilità del datore di lavoro, derivando dall'inadempimento di un'obbligazione, resta pienamente soggetta alle regole generali in materia di responsabilità contrattuale: sicché essa prescinde da uno specifico intento di declassare o svilire il lavoratore a mezzo della privazione dei suoi compiti, e va esclusa - oltre che nei casi in cui possa ravvisarsi una causa giustificativa del comportamento del datore di lavoro connessa all'esercizio di poteri imprenditoriali, garantiti dall'art. 41 Cost., ovvero di poteri disciplinari - se l'inadempimento della prestazione derivi comunque da causa non imputabile all'obbligato, fermo restando che, ai sensi dell'art. 1218 c.c., l'onere della prova della sussistenza delle ipotesi ora indicate grava sul datore di lavoro, in quanto avente, per questo verso, la veste di debitore.

Avendo dunque riguardo a tutti i parametri indicati dalla Suprema Corte, nel caso di specie il dimensionamento del prof. Massa per le caratteristiche, che attengono alla lesione di una specifica professionalità acquisita in ambito accademico ed operativo, per la sua durata, gravità, reiterazione anche a seguito della sentenza precedente del Collegio, per la sua conoscibilità all'interno ed all'esterno del luogo di lavoro, nonché per la derivante frustrazione di precisate e ragionevoli aspettative di sviluppo professionale, deve ritenersi ampiamente dimostrato in via presuntiva dal ricorrente, laddove l'amministrazione non ha fornito alcuna prova in relazione alla non imputabilità del comportamento stesso, ovvero alla sua riconducibilità a poteri diversi (quale ad es. quello organizzativo, o disciplinare).

Ai fini della liquidazione, in assenza di altri parametri oggettivi – non apparendo opportuno fare riferimento ad un criterio di natura patrimoniale come quello della retribuzione per liquidare il danno alla persona (che colpisce i danneggiati in modo indipendente dalle loro capacità di reddito) – ritiene il Collegio che possa seguirsi un metodo equitativo, determinando l'entità del danno nella misura di Euro 40.000,00 (quarantamila/00).

Quanto al soggetto obbligato al risarcimento, osserva il Collegio che in punto di legittimazione, la giurisprudenza anche della Corte Cost. (vedi sent. n. 136/97) ha avuto modo di chiarire che l'attività assistenziale del medico docente universitario si compenetra con quella didattica scientifica; l'attività assistenziale non è cioè una prestazione aggiuntiva che sia possibile distinguere dall'attività scientifico didattica cui il docente è tenuto in forza dell'unico rapporto di impiego che lo lega all'Università.

Sul punto è sufficiente osservare che il rapporto di lavoro del docente universitario è unitario e non è scindibile nei suoi aspetti dell'insegnamento e (come nella specie) dell'assistenza, ma soprattutto che non si possono sovrapporre le questioni di legittimazione a quelle di legittimità cui l'Università non può considerarsi estranea per essere il datore di lavoro tenuto alla regolarità dello specifico rapporto di servizio con l'Azienda Universitaria Ospedaliera Federico II di Napoli.

Diverso è invece il problema in ordine alla sussistenza della responsabilità finanziaria e quindi dell'obbligo risarcitorio per effetto dell'illecito commesso in danno del dipendente, illecito che nella specie è riferibile unicamente alla attività degli organi della Azienda ospedaliera Universitaria. Invero, mentre il soggetto passivo dell'obbligazione rimane in via esclusiva l'Amministrazione universitaria per i soli aspetti inerenti al rapporto di lavoro di natura retributiva ed indennitaria, per quelli di natura risarcitoria obbligato è unicamente l'autore dell'illecito.

L'Azienda Universitaria Ospedaliera Federico II di Napoli, in persona del legale rapp.te p.t., va conclusivamente condannata al pagamento in favore del prof. Massa, della somma di Euro 107.138,50 lordi, di cui Euro 67.138,50 a titolo di danno da

demansionamento e dequalificazione professionale, ed Euro 40.000,00 a titolo di danno non patrimoniale.

Quanto al regime degli accessori ex art. 429 c.p.c. , osserva il Collegio che nella specie è applicabile il divieto di cumulo introdotto dall'articolo 22 della legge 724/1994: in virtù di tale disposizione per i crediti di lavoro maturati successivamente al gennaio 1995 non è più possibile rivendicare la rivalutazione, se non per la parte eventualmente eccedente gli interessi legali . L'art. 22 richiama il divieto già introdotto per i crediti previdenziali, e lo estende anche ai crediti retributivi: «L'articolo 16, comma 6, della legge 30 dicembre 1991, n. 412, si applica anche agli emolumenti di natura retributiva, pensionistica ed assistenziale, per i quali non sia maturato il diritto alla percezione entro il 31 dicembre 1994, spettanti ai dipendenti pubblici e privati in attività di servizio o in quiescenza. I criteri e le modalità di applicazione del presente comma sono determinati con decreto del Ministro del tesoro, da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge».

Nella specie peraltro occorre stabilire se il credito de quo ha carattere retributivo, o risarcitorio. Al riguardo la S.C. in alcune pronunce ( Cass. 6 luglio 1990 n. 7101 e Cass. 7 febbraio 1996 n. 976) ha affermato che l'articolo 429 C.p.c. sulla decorrenza degli interessi e della rivalutazione liquidati a favore del lavoratore si riferisce a tutti i crediti connessi ad un rapporto di lavoro, senza alcuna esclusione per quelli aventi titolo risarcitorio ( cfr. anche Cassazione Civile, Sezione Lavoro - Sentenza 8 aprile 2002, n. 5024).

Tuttavia il Collegio ritiene preferibile il più recente orientamento espresso dalle SS.UU. ( SS.UU. n. 1712/1995) e dalla Sezione lavoro della Corte di Cassazione (n. 5908/1998), per cui i crediti derivanti da fatto illecito lesivo hanno un regime giuridico peculiare relativamente agli accessori. Con riguardo al regime degli accessori per i crediti derivanti da fatto illecito, le Sez un. della Cassazione (Cass. sez. un., 17.2.1995, n. 1712), hanno stabilito che su tali debiti bisogna applicare indici di rivalutazione monetaria del valore posseduto dal bene al momento della violazione sino alla quantificazione giudiziale; è inoltre necessario procedere alla corresponsione del danno da ritardo, cioè il lucro cessante cagionato dal mancato godimento dell'equivalente pecuniario del bene leso nel periodo compreso tra il fatto e la liquidazione.

Pertanto il credito in oggetto, derivante da risarcimento del danno , è soggetto alle regole disciplinanti le obbligazioni che, originariamente di valore, si trasformano in obbligazioni di valuta per effetto del passaggio in giudicato della sentenza che decide sulla loro liquidazione; sicché le stesse sono sottratte al principio nominalistico, ed opera automaticamente il meccanismo della rivalutazione monetaria , al quale è

assegnata la funzione di ripristinare il patrimonio del danneggiato nella situazione in cui si sarebbe trovato se non si fosse verificato il fatto che ha dato origine alla lesione. Una volta intervenuta la conversione in obbligazione di valuta, la stessa va assoggettata alla disciplina dell'art. 1224 c.c.

Ne deriva il diritto del ricorrente alla corresponsione della rivalutazione monetaria sull'importo liquidato, dalla data di maturazione dei singoli crediti che nella specie si è verificata mese per mese in ragione della subita dequalificazione professionale, e sino al momento della presente pronuncia giurisdizionale; quanto al danno da ritardo, consistente negli interessi per la mancata disponibilità immediata della somma in oggetto, va rilevato che lo stesso pur astrattamente configurabile, non è stato provato dal creditore, per cui non può essere riconosciuto il cumulo in tale periodo tra rivalutazione ed interessi; invece dalla data della pronuncia e sino al saldo sulla somma rivalutata come liquidata in sentenza spettano gli interessi legali.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale amministrativo regionale della Campania - Napoli sezione II, definitivamente pronunciando sulla domanda in epigrafe, così provvede:

respinge la domanda tesa all'annullamento della nota 17.10.2007 del direttore generale e della delibera del 30.10.2007 della Giunta del DAS.

Dichiara inammissibile la domanda di accertamento del diritto del ricorrente ad ottenere l'assegnazione all'Area Funzionale Chirurgia generale della Azienda ospedaliera Universitaria Federico II presso la Facoltà di Medicina e Chirurgia della Università medesima, del personale medico, paramedico ed amministrativo e degli spazi ed attrezzature propri di competenza della detta area funzionale.

Accoglie per il resto la domanda per quanto di ragione e per l'effetto:

Accerta l'inadempimento dell'azienda ospedaliera Universitaria Federico II di Napoli all'obbligo adibire il ricorrente all'attività lavorativa di primario chirurgo responsabile di area funzionale per il periodo indicato in ricorso; dichiara che il ricorrente ha il diritto di essere adibito all'attività lavorativa corrispondente alle sue mansioni e per l'effetto condanna l'amministrazione suddetta al risarcimento del danno da demansionamento in favore del ricorrente liquidato nella misura complessiva di Euro 67.138,50 lordi, oltre rivalutazione monetaria dalla data di maturazione dei singoli crediti alla presente pronuncia, ed interessi legali per il periodo successivo, come in motivazione; nonché al risarcimento del danno non patrimoniale in favore del ricorrente per i titoli di cui in motivazione liquidato nella complessiva somma di Euro 40.000,00 oltre rivalutazione monetaria dalla data di maturazione dei singoli

crediti alla presente pronuncia, ed interessi legali per il periodo successivo, come in motivazione;

nonché al pagamento, sempre in favore del ricorrente, delle spese di lite liquidate in complessivi Euro 5000,00 (cinquemila/00) , dichiarando per il resto integralmente compensate le spese di lite tra le altre parti..

Respinge la domanda nei confronti della Università degli studi Federico II di Napoli.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio del giorno 12/02/2009 e 26/03/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Carlo d'Alessandro, Presidente

Anna Pappalardo, Consigliere, Estensore

Vincenzo Blanda, Primo Referendario

Da Assegnare Magistrato, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/05/2009