N. R.G.

TRIBUNALE ORDINARIO di MONZA

Sezione Seconda Civile - Settore Lavoro

Il Giudice del Lavoro dott. Camilla Stefanizzi,

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 03/05/2017,

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

(ex art. 700 c.p.c.)

nella causa civile iscritta al n. r.g.

tra

con patrocinio degli avv.ti Borghi Luigi, Del Bianco Roberta e Borghi Luca

RICORRENTE

e

, in persona del legale rappresentante pro tempore con il patrocinio dell'avv. Vincenzo Avolio

RESISTENTE

Con ricorso in data 27 marzo 2017 chiedeva al Tribunale di Monza di accertare in via d'urgenza, eventualmente anche inaudita altera parte, il proprio diritto alla conferma nell'incarico di direttore di struttura complessa ex art. 15 D. Lgs. 502/1992 e per, l'effetto, accertata l'illegittimità della condotta datoriale, di ordinare all'ASST di confermare il ricorrente nell'incarico suddetto.

Firmato Da: MASCIA GIULIA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 104374 - Firmato Da: STEFANIZZI CAMILLA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 113061

Si costituiva in giudizio ASST chiedendo il rigetto del ricorso in quanto infondato.

Il Giudice istruiva la causa con l'acquisizione della documentazione prodotta e all'udienza del 3 maggio 2017 si riservava la decisione.

*****

Il ricorso merita accoglimento.

Il dott. è dirigente medico al quale è stato conferito dall'A.O. con provvedimento n. 111 del 23 febbraio 2012 l'incarico di direttore della struttura complessa di ostetricia e ginecologia P.O. di . (poi confluito, a partire da 1°gennaio 2016 nella neocostituita ASST con decorrenza dal 1° aprile 2012 al 31 marzo 2017 (doc. 1 fascicolo ricorrente).

Con lettera a firma del direttore generale dell'Ente, dott. datata 10 marzo 2017 e ricevuta il successivo 14 marzo, è stata comunicata al dott. la decisione di non procedere al rinnovo dell'incarico quinquennale di direttore della Struttura Complessa di Ostetricia e Ginecologia del P.O. di che quindi sarebbe scaduto il successivo 31 marzo 2017 (doc. 4 fascicolo ricorrente) con contestuale attribuzione di un altro incarico dirigenziale tra quelli presenti nella medesima U.O., che però non veniva individuato nella missiva in oggetto.

Nella comunicazione in oggetto risulta specificato che la decisione in questione è stata assunta ai sensi del novellato art. 5 d.lgs. 165/2001 che, in attuazione del riferimento all'art. 9, comma 32, legge 122/2010, consente di non confermare l'incarico dirigenziale alla scadenza anche in mancanza di valutazione negativa.

La convenuta fonda, quindi, la legittimità del proprio operato sul disposto dall'art. 9 comma 32 D.L. 31 maggio 2010 n. 78 (convertito in legge con modificazioni dall'art. 1, comma 1, L. 30 luglio 2010, n. 122) che così testualmente recita: "*a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001*

Firmato Da: MASCIA GIULIA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 10d37f4 - Firmato Da: STEFANIZZI CAMILLA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 113061

che, alla scadenza di un incarico di livello dirigenziale, anche in dipendenza dei processi di riorganizzazione, non intendono, anche in assenza di una valutazione negativa, confermare l'incarico conferito al dirigente, conferiscono al medesimo dirigente un altro incarico, anche di valore economico inferiore".

La norma prosegue chiarendo che "*non si applicano le eventuali disposizioni normative e contrattuali più favorevoli; a decorrere dalla medesima data è abrogato l'art. 19, comma 1-ter, secondo periodo, del decreto legislativo n. 165 del 2001. Resta fermo che, nelle ipotesi di cui al presente comma, al dirigente viene conferito un incarico di livello generale o di livello non generale, a seconda, rispettivamente, che il dirigente appartenga alla prima o alla seconda fascia*".

Secondo la difesa di ASST non sussiste alcun diritto del dirigente alla conferma dell'incarico alla scadenza in caso di valutazione positiva come espressamente previsto dalla norma sopra citata.

Le argomentazioni della difesa di parte convenuta non appaiono convincenti.

Per correttamente valutare la legittimità dell'operato dell'amministrazione, occorre procedere brevemente alla ricostruzione del quadro normativo applicabile.

Ed infatti, l'art. 15 comma 5° DLgs 502/1992 recita: "*I dirigenti medici e sanitari sono sottoposti a una verifica annuale correlata alla retribuzione di risultato ... Degli esiti positivi di tali verifiche si tiene conto nella valutazione professionale allo scadere dell'incarico. L'esito positivo della valutazione professionale determina la conferma nell'incarico o il conferimento di altro incarico di pari rilievo, senza nuovi o maggiori oneri per l'azienda, fermo restando quanto previsto dall'articolo 9, comma 32, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122*".

La norma, da un lato dispone che la valutazione positiva determini la conferma dell'incarico; dall'altro, fa salvo con il richiamo all'art. 9 co. 32 della legge 122/2010, la possibilità per l'amministrazione di non procedere alla conferma dell'incarico a prescindere dalla valutazione, positiva o negativa, del dirigente.

Firmato Da: MASCIA GIULIA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 10d374 - Firmato Da: STEFANIZZI CAMILLA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 113061

La disposizione sopra riportata, nel prevedere che la valutazione positiva determini la conferma dell'incarico, utilizza il presente indicativo, generalmente usato quando si dispone un obbligo per la p.a. e non utilizza il verbo modale, potere utilizzato in generale nell'attribuzione di una facoltà con riconoscimento di un potere discrezionale. La valutazione positiva *"determina"* - e non semplicemente *"può determinare"* la conferma dell'incarico.

Tale dato semantico porta a ritenere che possa configurarsi un autentico diritto soggettivo al rinnovo dell'incarico in presenza di valutazione positiva.

La seconda parte della norma però fa salva la possibilità di non rinnovare l'incarico pur *in assenza di una valutazione negativa*.

L'apparente antinomia presente all'interno della medesima prescrizione normativa deve essere sanata in via interpretativa. Le due norme, di contenuto apparentemente contrastante, devono reciprocamente essere limitate nel loro operare, essendo entrambe vigenti, dovendo escludersi che la successiva abbia implicitamente abrogato la precedente per essere entrambe riportate nello stesso testo normativo.

L'interpretazione dell'ente ospedaliero secondo la quale l'art. 9 co.32 d.l. 78/2010 attribuirebbe all'amministrazione potere illimitato di non confermare l'incarico al dirigente a prescindere dalla valutazione da questi riportata e sostanzialmente a prescindere da qualsiasi altro presupposto di fatto o di diritto non può essere condivisa.

Occorre pertanto utilizzare differenti strumenti ermeneutici per sanare l'evidente antinomia cui il dato testuale della normativa in oggetto dà adito.

Può essere di ausilio avere riguardo alla *ratio legis* pervenendo a una interpretazione teleologica della disposizione in oggetto.

La l. 78 /2010 è rubricata: *"Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica."* La disposizione in oggetto è inserita al *CAPO III* intitolato *"Contenimento delle spese in materia di impiego pubblico, invalidità e previdenza"*.

Firmato Da: MASCIA GIULIA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 10d374 - Firmato Da: STEFANIZZI CAMILLA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 113061

Emerge dunque con chiarezza che la norma consente all'amministrazione di non confermare l'incarico al dirigente quando la mancata conferma risponda ad uno degli obiettivi di risparmio di spesa, presi di mira dalla norma.

D'altra parte la disposizione in oggetto contiene l'inciso "*anche in dipendenza dei processi di riorganizzazione*". Tale inciso ha una valenza esemplificativa e chiarificatrice della portata della norma che consente all'amministrazione di non rinnovare l'incarico dirigenziale quando ciò determini un risparmio di spese, che può comunemente verificarsi in presenza di processi di riorganizzazione, quando, ad esempio, una determinata figura dirigenziale venga soppressa in conseguenza dell'accorpamento di più reparti.

Non è plausibile l'interpretazione dell'ente ospedaliero per cui l'utilizzo della congiunzione "anche" andrebbe intesa nel senso che la possibilità di non confermare l'incarico al dirigente valutato positivamente, si applichi indiscriminatamente, in qualunque caso.

Tale lettura svilisce del tutto il riferimento ai processi di riorganizzazione ed alla presenza di valutazione positiva che è cosa ben diversa, peraltro, dall'assenza di valutazione negativa. È evidente quindi che il legislatore ha voluto chiarire come il potere di non confermare l'incarico possa essere esercitato nell'ambito di processi di riorganizzazione "o in situazioni analoghe".

D'altra parte, la disposizione richiamata, nel suo dato testuale, pone la regola generale della conferma dell'incarico in caso di valutazione positiva.

Non solo. A supporto dell'interpretazione fatta propria dall'odierno giudicante militano anche ragioni di carattere sistematico. Ed invero, la lettura della normativa vigente che ASST pretende di operare porta sostanzialmente a configurare un tipo di potere sconosciuto nel nostro ordinamento giuridico, ove solo l'attività politica è libera nel fine, mentre invece il potere amministrativo è sempre assoggettato al vincolo teleologico posto dal legislatore. L'attività amministrativa anche quando connotata dal più elevato tasso di discrezionalità non può sconfinare

Firmato Da: MASCIA GIULIA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 10d374 - Firmato Da: STEFANIZZI CAMILLA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 113061

mai nell'arbitrio, in quanto l'amministrazione è tenuta ad operare nei limiti e sulla base dei presupposti previsti dalla legge, in ossequio al fondamentale principio di legalità – di rango costituzionale, oltre che di fonte europea - che governa l'azione amministrativa ed è connotato essenziale dello stato di diritto.

Un potere siffatto non è neanche ipotizzabile in capo al privato datore di lavoro cui non è riconosciuto, pur in un sistema che riconosce la libertà di iniziativa economica, la possibilità di incidere sulla posizione del lavoratore in mancanza di qualsivoglia ragione di carattere oggettivo e/o soggettivo.

D'altra parte, la difficoltà per l'ASST di giustificare il proprio operato si evince dalle difese spiegate dalla memoria di costituzione ove, da una parte insiste nel ribadire "*che, se anche il dott. avesse effettivamente conseguito nel corso dell'incarico "valutazioni molto positive" (come riferito nel ricorso), la decisione dell'ASST di non confermare il dirigente nell'incarico in parola risulterebbe comunque lecita e legittima*", dall'altra sostiene che il dott. nemmeno si sarebbe distinto particolarmente per la qualità delle proprie prestazioni, avendo conseguito punteggi "*per quanto sufficienti (...) mediamente di gran lunga inferiori rispetto a quelli conseguiti dai colleghi.*"

Alla luce delle spiegazioni fornite dall'amministrazione sulle performance sufficienti ma non eccellenti del che avrebbero giustificato la sua mancata conferma, giova evidenziare che emerge con particolare evidenza l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione che ha adottato la decisione di non confermare l'incarico dirigenziale del prima che la procedura di valutazione di questi fosse correttamente terminata.

La procedura di valutazione relativa ai 5 anni in cui il ha rivestito l'incarico è iniziata solo il 20 marzo – ben 10 giorni dopo la comunicazione di non disporre il rinnovo dell'incarico – e si è conclusa il successivo 24 marzo, peraltro su istanza dello stesso che ha richiesto di essere valutato prima che venisse presa alcuna determinazione in merito alla conferma dell'incarico. Inoltre, si evidenzia che

Firmato Da: MASCIA GIULIA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 10d37f - Firmato Da: STEFANIZZI CAMILLA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 113061

la valutazione relativa al quinquennio è stata rapidamente conclusa prima che si perfezionasse la valutazione relativa all'ultima annualità.

Ad ogni modo, pur ritenendo che la complessiva gestione della vicenda possa essere sintomatica dell'illegittimo operare amministrativo, ritiene il giudicante che non sia necessario in questa sede ulteriormente approfondire le modalità adottate nella valutazione e nell'attribuzione del punteggio al ricorrente, atteso che la norma invocata da ASST consente di prescindere dalla valutazione positiva o negativa del dirigente.

Dunque, come si è in precedenza illustrato, l'operato dell'amministrazione che, in deroga al principio generale, si determina a non rinnovare l'incarico al dirigente positivamente valutato, deve trovare giustificazione nella finalità di contenimento della spesa pubblica che costituisce la *ratio legis* della norma espressamente dichiarata dal legislatore.

L'interpretazione fatta propria dall'odierno giudicante pare idonea a sanare l'antinomia normativa che invece rimarrebbe irrisolta ove si accedesse all'esegesi proposta da parte convenuta.

Alla luce dell'interpretazione qui prescelta occorre dunque valutare i fatti oggetto di causa.

Nel caso di specie, l'operato dell'amministrazione appare aver determinato, anziché un risparmio di spese, un sensibile aggravio di costi, atteso che, proprio per non confermare il dirigente al termine dell'incarico, l'amministrazione ha dovuto procedere all'assunzione di un soggetto esterno alla struttura, da nominare in qualità di sostituto e attivare la onerosa procedura di selezione del nuovo dirigente.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, pare al Tribunale, che seppur nella sommarietà che connota il rito cautelare, ricorra il *fumus boni iuris* per l'adozione del provvedimento invocato, non apparendo il mancato rinnovo dell'incarico sostenuto da alcun appiglio normativo, sicché il relativo provvedimento di ASST deve ritenersi illegittimo.

Firmato Da: MASCIA GIULIA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 106374 - Firmato Da: STEFANIZZI CAMILLA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 113061

Quanto alla sussistenza del *periculum in mora*, si evidenzia che il mutamento delle mansioni di dirigente in precedenza attribuite incide innegabilmente sulla sua professionalità, impoverendo il bagaglio di competenze acquisite e così compromettendo le future prospettive di carriera così come impatta, altresì, su beni di carattere personale e relazionali di primario rilievo, considerato che l'attività lavorativa va intesa non solo come mezzo di sostentamento, ma anche come strumento principe di esplicazione della propria personalità (art. 2 Cost.)

Siffatta lesione, se tollerabile nel breve periodo, diventa sempre più grave ed incisiva col passare del tempo; da qui la sussistenza di un pregiudizio grave e irreparabile nel ritardo, essendo un eventuale risarcimento un mero ristoro per equivalente del danno subito.

Si aggiunga inoltre come il *periculum* nel caso di specie debba essere apprezzato anche alla luce della valutazione complessiva della vicenda che impone il ripristino della situazione quo ante prima del consolidamento di altre posizioni giuridiche eventualmente coinvolte, anche al fine di scongiurare ulteriori aggravi a carico dell'amministrazione procedente.

Le spese di lite, liquidate in dispositivo, si pongono a carico della parte soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale così provvede:

1) Accoglie il ricorso e, per l'effetto, accertata l'illegittimità della condotta datoriale, ordina all'ASST di confermare il ricorrente nell'incarico di direttore di struttura complessa ex art. 15 D.Lgs. 502/1992 ;

2) Condanna ASST a rifondere a le spese di lite che si liquidano in euro 2.000,00 oltre IVA, CPA e rimborso forfetario delle spese come per legge.

Si comunichi.

Monza, 2 giugno 2017

Il Giudice

Firmato Da: MASCIA GIULIA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 1043f4 - Firmato Da: STEFANIZZI CAMILLA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 113061

Camilla Stefanizzi

Firmato Da: MASCIA GIULIA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 10d374 - Firmato Da: STEFANIZZI CAMILLA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 113061