



REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale di Pesaro

In persona del giudice del lavoro dott. [REDACTED], ha emesso la seguente

ORDINANZA

A scioglimento della riserva formulata all'udienza del 09.03.2021, nella causa iscritta al n. 135 /2021, in corso tra

[REDACTED], rappresentata e difesa dall'avv. [REDACTED]

RICORRENTE

contro

AZIENDA OSPEDALIERA [REDACTED], rappresentata e difesa dall'avv. prof. [REDACTED]

RESISTENTE

Avente ad oggetto: ricorso d'urgenza a norma dell'art. 700 c.p.c.

OSSERVATO IN FATTO E DIRITTO

Con ricorso depositato il 17.02.2021 l'istante, Dirigente biologo, deduceva di aver diretto dal 2016 al mese di ottobre 2020, l'unità operativa semplice dipartimentale denominata "Diagnostica ad alta complessità". Unitamente al personale in dotazione si occupava di indagini biologiche ad elevata complessità clinico tecnologica soggette al rispetto di standard nazionale ed internazionali.

Nel marzo 2020, a seguito della pandemia di COVID-19, la Direzione Generale affidava al ricorrente anche la direzione e il coordinamento del modulo COVID ("modulo di diagnostica molecolare virologica" specificamente funzionale alla individuazione, al monitoraggio e quindi alla prevenzione del contagio da Sars-CoV-2) con personale biologo e tecnico sanitario non di ruolo (salvo per le esigenze diagnostiche collegate alla oncematologia, per le quali veniva assegnata la dott.ssa [REDACTED], dirigente biologo di ruolo).

In data 23/04/2020 il ricorrente presentava domanda di autorizzazione alla permanenza in servizio oltre il limite del 40° anno di servizio effettivo, e comunque non oltre il 70° anno di età, ai sensi

dell'art. 5-bis, co 2, D.L. 162/2019 (conv. L. 9/2020) e dell'art. 12, D.L. 18/2020 (conv. L. 27/2020).

Il 14.09.2020 la resistente rinnovava l'incarico dirigenziale di direzione di struttura semplice dipartimentale.

In data 01.10.2020 con determina 503/2020 l'Azienda, dato atto che il Dott. [REDACTED] avrebbe dovuto essere collocato a riposo per raggiunti limiti di età con decorrenza 01/10/2020 (compiendo 67 anni il 10/09/2020 con contribuzione al 30/09/2020 pari a 41 anni, 3 mesi e 5 giorni) accoglieva l'istanza di trattenimento in servizio *"a causa del perdurare dello stato di emergenza dichiarato fino al 15 ottobre 2020 (ultimo giorno di servizio)"*.

Sulla base sia delle motivazioni richiamate in determina che, in considerazione dei due fondamentali provvedimenti normativi intervenuti nel periodo 01/10-15/10/2020 (la proroga dello stato di emergenza pandemica fino al 31/01/2021, con D.L. 125/2020 del 07/10/2020; l'ampliamento dei criteri giuridici per la permanenza in servizio del personale medico, sanitario e dirigenziale, con il solo limite del 70° anno d'età, con L. 126/2020 del 12/10/2020, a conversione del D.L. 104/2020), il ricorrente confidava nella proroga del termine suddetto, prevedendo un nuovo provvedimento di autorizzazione alla permanenza in servizio oltre la data del 15/10/2020, in riscontro alla precedente istanza.

In difetto di riscontro l'istante, in data 15.10.2020, produceva una ulteriore istanza di permanenza in servizio, richiamando le novità normative nel frattempo intervenute in tema di trattenimento in servizio oltre i limiti ordinari (art. 5 bis, del d.l. 162/2019, nel testo introdotto con la legge di conversione del d.l. 104/2020 e in vigore dal 14 ottobre 2020).

In pari data l'Asur respingeva l'istanza, confermando il diniego, diversamente da quanto fatto per le analoghe istanze dei colleghi.

Il diniego era causa di pregiudizi di ordine economico e morale per l'istante che restava privo delle sostanze necessario per il sostentamento proprio e del suo nucleo familiare e pregiudicava la sua immagine e il suo nome agli occhi dei colleghi (la situazione del ricorrente era divenuta di pubblico dominio tramite i media).

L'Amministrazione resistente si opponeva al ricorso per le ragioni che saranno esposte.

Il ricorso va accolto.

In punto di *fumus boni iuris* la pretesa del ricorrente al trattenimento in servizio fino al compimento del 70° anno di età si giustifica sulla base dell'art. 5 bis, del d.l. 162/2019, nella formulazione introdotta con la legge di conversione n. 126/2020 e vigente dal 14.10.2020.

La norma dispone che *“Al fine di assicurare un efficace assolvimento dei compiti primari di tutela della salute affidati al Ministero della salute, di garantire l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza e di fronteggiare la carenza di medici specialisti e di specialisti biologi, chimici, farmacisti, fisici, odontoiatri e psicologi, fino al 31 dicembre 2022, in deroga al comma 1 dell'articolo 15-nonies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, i dirigenti medici e sanitari del Servizio sanitario nazionale nonché i dirigenti di cui all'articolo 17, comma 1, della legge 11 gennaio 2018, n. 3, possono presentare domanda di autorizzazione per il trattenimento in servizio anche oltre il limite del quarantesimo anno di servizio effettivo, comunque non oltre il settantesimo anno di età”*.

Per cogliere il senso della norma è necessario considerare che in base alla regola generale di settore (art. 15 nonies del d.lgs. 502/1992), alla maturazione dell'età pensionabile e della massima anzianità contributiva (40 anni) il rapporto di lavoro del pubblico dipendente si risolve automaticamente. La prosecuzione oltre l'età pensionabile e comunque non oltre i 70 anni è consentita a domanda solo per i dipendenti che non hanno raggiunto la massima anzianità contributiva e purchè la permanenza in servizio non dia luogo ad un aumento del numero dei dirigenti.

Con la disposizione in esame, derogando la regola generale, si consente ai dirigenti sanitari di permanere in servizio fino a 70 anni, anche se raggiunto il limite del quarantesimo anno di servizio effettivo.

La questione effettivamente rilevante ai fini di causa è stabilire se, in base all'art. 5 bis del d.l. 562/2019 (l'art. 12 del d.l. 18/2020 prevede chiaramente una mera facoltà dell'amministrazione), il ricorrente sia titolare di un diritto soggettivo a permanere in servizio oppure di un mero interesse legittimo di diritto privato. Solo nel primo caso la domanda cautelare di trattenimento in servizio potrebbe trovare accoglimento; altrimenti la tutela accordabile sarebbe esclusivamente risarcitoria per evidente difetto dell'irreparabilità del pregiudizio e quindi di un essenziale presupposto della domanda cautelare d'urgenza.

Nell'interpretare la norma è rilevante considerare la sua formulazione anteriore al 14 ottobre scorso, che era la seguente: *“Al fine di garantire l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza e di fronteggiare la carenza di medici specialisti, fino al 31 dicembre 2022, in deroga al comma 1 dell'articolo 15-nonies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, i dirigenti medici del Servizio sanitario nazionale possono presentare domanda di autorizzazione per il trattenimento in servizio anche oltre il limite del quarantesimo anno di servizio effettivo, comunque non oltre il settantesimo anno di età. L'amministrazione di appartenenza, nel rispetto dei criteri organizzativi predeterminati con apposito atto aziendale, può autorizzare la prosecuzione del rapporto di servizio fino all'assunzione di nuovi dirigenti medici specialisti. Le relative procedure di reclutamento sono indette senza ritardo e comunque non oltre centottanta giorni dalla data di adozione del provvedimento di trattenimento in servizio”*.

Il confronto tra le due formulazioni evidenzia che la nuova disciplina:

- conferma le finalità sottese alla disciplina derogatoria, costituite dalla volontà di garantire l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza e di fronteggiare la carenza di personale dirigenziale;
- conferma che la prosecuzione del rapporto presuppone la domanda del dirigente interessato formulabile entro il 31.12.2022;
- allarga la platea dei destinatari: non più solo dirigenti medici ma anche dirigenti sanitari (quindi anche i dirigenti biologici, come il ricorrente);
- elimina il riferimento alla facoltà dell'amministrazione di autorizzare la prosecuzione del rapporto di lavoro;
- elimina il riferimento alla necessità di predeterminare con atto aziendale i criteri organizzativi a cui dovevano conformarsi le autorizzazioni al trattenimento in servizio;
- elimina il riferimento alla necessità di attivare entro 180 giorni dall'adozione del provvedimento di trattenimento in servizio, le procedure di reclutamento del personale necessario a rimpiazzare il dirigente trattenuto in servizio fino al 70° anno.

Le innovazioni introdotte sono di sostanza e non riguardano soltanto la platea dei destinatari.

Nella vecchia formulazione il riferimento alla facoltà dell'amministrazione ("*può autorizzare*") rendeva incontestabile il potere dell'amministrazione di decidere discrezionalmente se trattenere o meno in servizio il richiedente. Discrezionalità che ovviamente non significava arbitrio, dovendo la decisione rispettare i canoni di correttezza e buona fede. A tal fine era funzionale la previsione dell'atto aziendale deputato a definire i criteri organizzativi sulla cui base valutare le domande.

La situazione giuridica soggettiva del dirigente medico era perciò di interesse legittimo di diritto privato. Situazione correlata all'obbligo per l'amministrazione di agire secondo i canoni della correttezza e buona fede, nonché dei principi di imparzialità, efficienza e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., la cui eventuale lesione non legittima la domanda di attribuzione dell'incarico ma solo quella di ristoro dei pregiudizi ingiustamente subiti (v. Cass. 5546/2020).

Nella nuova e vigente formulazione l'art. 5 bis, come sopra visto è incentrato sulla posizione del dirigente medico e sanitario. La posizione dell'amministrazione non è più direttamente considerata né in relazione all'esercizio del potere di valutare se accogliere o meno l'istanza (an) né ai fini della procedimentalizzazione del suo potere. Resta soltanto, in primo piano, la facoltà del dirigente di chiedere l'autorizzazione al trattenimento in servizio.

Qualche dubbio può residuare perchè la norma subordina il trattenimento ad un'autorizzazione che, tradizionalmente, nell'ambito del diritto amministrativo, identifica provvedimenti per i quali l'amministrazione esercita contemperamento di interessi e quindi dispone di discrezionalità amministrativa.

Si tratta però di un dato letterale che resta superato da considerazioni di sostanza.

La cancellazione nella nuova disposizione del riferimento alla facoltà di accedere o meno alla domanda di trattenimento è un dato normativo di tale pregnanza che non può reputarsi frutto di un'involontaria omissione e che logicamente porta a dedurre che l'amministrazione non abbia più questo potere.

L'eliminazione del riferimento all'atto aziendale e ai criteri di organizzazione conferma la correttezza di questa interpretazione: se l'amministrazione non ha più il potere di valutare nell'an la richiesta di autorizzazione, non serve un atto che regoli la discrezionalità dell'amministrazione. In effetti, la decisione datoriale è sostanzialmente vincolata, dovendo limitarsi a verificare la

legittimazione dell'istante poiché la carenza di personale sarebbe un dato scontato con il pensionamento del richiedente.

La posizione del ricorrente deve perciò qualificarsi di diritto soggettivo.

La tesi di parte convenuta secondo cui la mera carenza di personale determinata dal pensionamento non costituirebbe ragione sufficiente per l'autorizzazione al trattenimento, dovendosi apprezzare congiuntamente un attuale pregiudizio dei LEA (livelli essenziali di assistenza) non è condivisibile.

L'interpretazione pur provvista di un aggancio testuale (*"garantire l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza e di fronteggiare la carenza di medici..."*) finirebbe per rendere residuale l'applicazione della norma e in definitiva per frustrarne le finalità, consentendo la deroga solo in casi limite, quando la carenza del personale ha determinato uno scadimento del servizio tale da pregiudicarne i livelli essenziali. Soluzione che appare irrazionale.

La conformità a Costituzione appare ciò nonostante difficilmente discutibile posto che la deroga introdotta resta confinata entro un definito e non eccessivo lasso temporale.

Anche in merito al *periculum in mora* il ricorso merita di essere accolto.

In questo ufficio la durata della causa di merito sarebbe di circa due anni. Considerata la presumibile durata della permanenza in servizio del ricorrente, che ha 67 anni, il tempo necessario alla cognizione ordinaria del ricorso pregiudicherebbe in modo assai rilevante l'aspirazione professionale del ricorrente, che involge anche interessi di natura non economica, non reintegrabili per equivalente.

Per le esposte ragioni il ricorso è accolto.

Restano a carico di parte resistente le spese di lite, liquidate in complessivi € 2.000,00 per compenso al difensore e spese forfettarie, oltre iva e cpa come per legge.

P.Q.M.

Il tribunale di Pesaro, ogni diversa istanza eccezione disattesa, accoglie il ricorso e per l'effetto ordina all'amministrazione resistente di trattenere in servizio il ricorrente fino al 70° anno di età.

Spese come in parte motiva.

Pesaro, li 25/03/2021.

IL GIUDICE

Dott. ~~Maurizio Paganelli~~