

SENTENZA N.430/2008

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

La Corte d' Appello di Cagliari

Sezione civile

in funzione di giudice del lavoro, composta dai magistrati:

dott. Mauro Grandesso-Silvestri

Presidente

dott. Alfonso Nurcis

Consigliere relatore

dott. Angelo Leuzzi

Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n.537 del ruolo generale per l'anno 2007, promosso da

AZIENDA OSPEDALIERA "G. BROTZU" - CAGLIARI, in persona del legale rappresentante pro-tempore, dott. *****, corrente in Cagliari, ivi elettivamente domiciliata presso l'avv.to Rosalia Pacifico che la rappresenta e difende in virtù di delibera 5.10.2007, n.2310 e di procura speciale apposta a margine del ricorso introduttivo del giudizio di appello.

APPELLANTE

CONTRO

DOTT. *****, elettivamente domiciliato in Cagliari presso l'avv.to ***** che lo rappresenta e difende in virtù di procura speciale apposta a margine del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

APPELLATO

All'udienza collegiale del 22 ottobre 2008 la causa è stata decisa sulle seguenti

CONCLUSIONI

Nell'interesse dell'appellante: "Voglia la Corte d'Appello, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione respinta, in riforma dell'appellata sentenza:

- in via principale, respingere in ogni sua parte la pretesa dell'appellato nei confronti dell'Azienda Ospedaliera G. Brotzu - Cagliari e riformare in parte *de qua* l'impugnata sentenza e mandare assolta l'Azienda appellante da ogni avversa pretesa;
- con vittoria di spese, diritti ed onorari dei due gradi di giudizio".

Nell'interesse dell'appellato: "Si confida nel rigetto dell'appello e nella conferma integrale dell'impugnata sentenza;

le spese seguono la soccombenza”.

- - - OMISSIS - - -

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso 30 ottobre 2003 al giudice unico del tribunale di Cagliari, in funzione di giudice di Giudice del lavoro, il dott. ***** premesso:

- che, con domanda del 22.9.2001, aveva chiesto di essere ammesso alla procedura concorsuale per il conferimento dell'incarico quinquennale rinnovabile di *“Dirigente medico per la direzione di una struttura complessa di chirurgia generale ad indirizzo prevalentemente epatologico e dei trapianti di fegato e di pancreas”*, indetta con deliberazione n.1066 del 3 giugno 2001 dal Direttore generale dell'Azienda Ospedaliera “G. Brotzu” di Cagliari;

- - - OMISSIS - - -

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con un primo motivo di gravame, involgente la natura della procedura selettiva, premesso che il tribunale richiama una giurisprudenza della Cassazione risalente a circa vent'anni or sono, che assimilava la procedura per cui è causa a quella propria del bando di concorso (offerta al pubblico con diritto all'immissione in servizio dei vincitori della procedura selettiva), l'appellante lamenta che sia sfuggito al primo giudice che il procedimento di conferimento dell'incarico di dirigente (di 2° livello) non ha natura di procedura concorsuale, in quanto la Commissione si limita - dopo le modifiche apportate al D.Lgs n.502 del 1992, art.15 dal D.Lgs.517 del 1993 - alla verifica dei requisiti di idoneità dei candidati alla copertura dell'incarico, in esito ad un colloquio ed alla valutazione dei “curricula”, senza attribuire, punteggi e senza formare una graduatoria, ma semplicemente predisponendo un elenco di candidati, tutti idonei, perché in possesso dei requisiti di professionalità previsti dalla legge, elenco che viene sottoposto al Direttore Sanitario.

Questi, nell'ambito dei nominativi indicati dalla Commissione, conferisce l'incarico sulla base di una scelta di carattere essenzialmente fiduciario, affidata alla sua responsabilità manageriale.

Esula dal sistema negoziale privatistico l'obbligo di motivazione.

Poiché la scelta non deve essere motivata, il sindacato giurisdizionale sulla scelta è limitato all'accertamento che vi sia stata la previa pubblicità del posto da ricoprire, che

la commissione sia correttamente composta, che vi sia stata la valutazione di idoneità della Commissione, e che la scelta sia avvenuta nell'ambito della rosa proposta.

Ai sensi dell'art.3 del D.Lvo 30.12.1992 n.502, il Direttore Generale può, quindi, provvedere o meno a porre in essere l'atto negoziale di diritto privato che potrà poi dar luogo allo svolgimento dell'attività in oggetto.

Il dott. *****, a cui è stato conferito l'incarico, avrebbe dovuto produrre nel termine di 30 giorni, a pena di decadenza dall'incarico, i documenti corrispondenti alle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione.

Solo dopo l'assolvimento di tale obbligo, il Direttore Generale avrebbe potuto stipulare il contratto, non come organo dell'amministrazione, ma come un comune datore di lavoro avendo egli la responsabilità del raggiungimento degli obiettivi, di guisa che l'aspirante dirigente, pur incaricato, risulta così titolare in definitiva solo di un c.d. interesse legittimo di diritto privato.

Con un secondo motivo, involgente la questione dell'accettazione dell'incarico, l'appellante lamenta che il tribunale abbia affermato che il dott. ***** ha provato di avere formalmente accettato l'incarico, con l'invio all' Azienda della raccomandata di cui all.12 delle produzioni, senza superare il contrario assunto dell'Azienda che ha sempre contestato il ricevimento dell'espressa e prescritta accettazione dell'incarico, né il ricorrente ha mai dato prova che la nota di cui alla produzione n.12, che egli assume cfr. interrogatorio libero 7.3.2007) spedita in pari data (!?) rispetto alla nota di comunicazione dell'incarico inviategli il 23.11.2001 dall'Azienda sia mai giunta all'Azienda stessa.

Con un terzo motivo, involgente la questione della produzione della documentazione, obietta l'appellante che, nell'avviso pubblico per il conferimento dell'incarico quinquennale rinnovabile di Dirigente medico Responsabile di Struttura Complessa di Chirurgia Generale ad indirizzo prevalentemente epatologico e dei trapianti di fegato e di pancreas, indetta con deliberazione n.1066 del 3 giugno 2001 dal Direttore generale dell'Azienda Ospedaliera "G. Brotzu" di Cagliari, è stabilito che *"...i titoli devono essere prodotti in originale o autenticati ai sensi di legge, in carta semplice, secondo quanto disposto dalla legge n.370/88. L'autocertificazione non è ammessa per attestare la qualità e la quantità delle prestazioni effettuate dal candidato e per le pubblicazioni. Le pubblicazioni devono essere edite a stampa ed autenticate ai sensi di legge se prodotte in copia devono essere autenticate ai sensi di legge. La Commissione non può prendere in considerazione titoli non documentati formalmente se non nelle ipotesi per le quali è prevista l'autocertificazione. I certificati rilasciati dalle competenti autorità dello Stato di cui lo straniero è cittadino devono essere conformi alle disposizioni vigenti nello stato stesso e devono, altresì, essere prodotte nella lingua di origine e tradotte in lingua italiana. Non sono valutati i documenti, titoli o pubblicazioni*

presentate oltre i termini di scadenza del presente avviso o già prodotti a questa Amministrazione ai quali venisse fatto riferimento...”.

Il Giudicante, insiste l'appellante, ha ommesso di considerare che non è in contestazione l'operato della Commissione circa la valutazione dei titoli, ma che il candidato non ha prodotto nel termine di 30 giorni dalla data di comunicazione del conferito incarico (cfr. 23.11.2001), i documenti corrispondenti a quanto allegato nella domanda di partecipazione all'Avviso e che l'Azienda Ospedaliera legittimamente ha segnalato al dott. ***** che, rispetto a quanto dichiarato nella domanda di partecipazione, non erano presenti circa 300 interventi eseguiti in Italia, tanto che lo stesso aspirante dirigente aveva risposto con un fax del 21 febbraio 2002, ammettendo: *“la casistica che ti ho inviato è incompleta. Nella fretta di “inviarti dei numeri prima della partenza per Pittsburg...non ho inserito “il rilevante numero mancante. Appena in Italia provvederò ad inviarti la “parte restante”.*

In realtà, il dott. ***** aveva inviato all'Azienda per lo più copie autentiche notarili, effettuate in data 4.3.2002, peraltro parziali, in ogni caso giunte tardivamente ben oltre il prescritto termine di 30 giorni dalla data di comunicazione del conferito incarico.

Il ricorrente-candidato, prosegue l'appellante, non ha mai inviato all'Azienda alcuna accettazione formale d'incarico, né mai ha assolto all'obbligo di produrre nel termine di trenta giorni dalla data di comunicazione, a pena di decadenza, e in carta legale, tutta la documentazione richiesta, come confermato dalla nota dello stesso dott. ***** 21.3.2002, giunta all'Azienda in data 25.3.2002, data nella quale non aveva ancora provveduto ad ultimare la produzione della documentazione richiestagli formalmente in data 20.2.2002.

- - - OMISSIS - - -

Con un quarto motivo, involgente la questione del rispetto dei canoni di buona fede e correttezza, si duole l'appellante che il Tribunale non abbia tenuto conto che anche il C.T.U. da lui officiato (Prof.*****) ha potuto ricostruire gli interventi del dott. ***** , come primo operatore di Chirurgia maggiore nel periodo U.S.A....

- - - OMISSIS - - -

Con un quinto motivo di gravame, l'appellante censura, infine, il capo della sentenza che ha statuito sulla responsabilità risarcitoria dell'azienda, osservando che le considerazioni svolte dal giudice, ineccepibili sotto il profilo teorico, non sono conferenti in concreto.

Infatti, il dott. ***** non avrebbe provato i danni che avrebbe subito, sia nell' "an" che nel "quantum", avendo affidato la prova del danno ad un unico mezzo istruttorio, ritualmente contestato dall'Azienda, costituito dai C.U.D. relativi al periodo in contestazione.

Osserva l'appellante, partitamente:

- che, stante la natura privatistica della procedura, deve denegarsi la sussistenza di un diritto dell'appellato e, quindi, la sussistenza di un obbligo, in capo all'azienda, alla stipula del contratto, anche perché il diritto alla prestazione può spettare solo se la prestazione viene eseguita, per cui l'appellato avrebbe dovuto costituire in mora l'Azienda;
- che non compete il mancato guadagno, rapportato ad un'attività professionale "intra moenia", che il medico avrebbe potuto svolgere all'interno dell'Azienda Ospedaliera G. Brotzu - Cagliari, stante la simile attività svolta a Vicenza, non avendo il tribunale spiegato su quali basi ha ritenuto accertati i trattamenti retributivi ed il mancato guadagno considerato,
- che, quanto alla prova del danno, non spiega il primo giudice perché l'azienda debba rispondere del danno da "perdita di chance", del c.d. danno esistenziale, e a titolo di imprudenza e negligenza, per aver inoltrato segnalazione all'Autorità Giudiziaria, per la conseguente esposizione mediatica a cui sarebbe stato esposto l'appellato, tutte circostanze che avrebbero compromesso la vita di relazione di quest'ultimo.

Il dott. *****, invece, non ha provato l'esistenza del danno subito, la sua entità ed il nesso eziologico tra il fatto ed il danno che si assume patito e tale prova non può discendere dalla segnalazione fatta dall'Azienda all'Autorità Giudiziaria, peraltro anche a tutela degli interessi pubblici costituzionalmente protetti e niente può esserle imputato circa le lungaggini dell'indagine penale e del connesso risolto mediatico;

- che il giudicante confonde, peraltro, la perdita di chance con la perdita del risultato, stante che la chance è la mera possibilità di conseguire un risultato favorevole, e da essa esula la categoria dei danni futuri, siano emergenti e/o lucri cessanti.

In ogni caso è un'entità patrimoniale e se è stante, che esige un'autonoma valutazione e non è una mera aspettativa di fatto;

- che il dott. ***** non ha provato, secondo un calcolo di probabilità (e non possibilità), i presupposti per il raggiungimento del risultato desiderato, ossia un'attività libero professionale "intra moenia", in quel di Cagliari piuttosto che in quel di Vicenza, considerate le differenze, sotto il profilo della densità abitativa, delle condizioni ambientali ed economiche;
- che il giudicante non motiva la violazione dei criteri di correttezza e buona fede e non tiene conto che il Direttore Generale, allora in carica, ha fatto il possibile per preservare gli interessi del candidato e, soprattutto, era giunto a non concludere il contratto, per ragioni oggettive;

- che, con riferimento alla valutazione equitativa, il potere del giudice non esonera la parte istante dall'onere di provare i dati di fatto in suo possesso per determinare il danno stesso e, soprattutto, gli impone, nella liquidazione di più poste risarcitorie, di evitare inutili duplicazioni, mentre non era dato capire, nella specie, quale parametro abbia utilizzato per ancorare ad una riduzione del 50% della tabella massima del danno biologico, la valutazione finale effettuata.

Senza contare osserva, da ultimo, l'appellante che le molteplici voci di danno prese in considerazione dal Tribunale avrebbero potuto scaturire solo da una specifica allegazione dell'appellato circa i tipi di danno assunti come patiti, fornendosi elementi, modalità e peculiarità delle situazioni di danno tipiche per ogni voce.

Il Tribunale, invece, ha finito per sopperire al mancato assolvimento dell'onere di allegazione e di prova da parte del dott. *****, incorrendo in vizio di ultrapetizione, ignorando che l'Azienda Brotzu si era opposta alle specificazioni sulle voci di danno fatte dal dott. *****, in sede di note conclusionali.

I primi quattro motivi di gravame che devono essere congiuntamente trattati per la loro interconnessione, sono fondati e devono essere accolti, con assorbimento del quinto motivo.

Occorre premettere che la dirigenza sanitaria trova la sua disciplina, come il pubblico impiego privatizzato, nel D.Lgs. 3 febbraio 1993, n.29 e successive modificazioni.

Con riferimento all'attribuzione del secondo livello dirigenziale, il D.Lgs. 30 dicembre 1992, n.502, art.15, comma 3, disponeva che era effettuata dal Direttore generale sulla base di una graduatoria predisposta da una Commissione di esperti.

L'art.15 ter, comma 2, inserito dal D.Lgs. 19 giugno 1999, n.229, art.13, dispone ora che l'attribuzione dell'incarico di direzione di struttura complessa è effettuata dal Direttore generale, previo avviso da pubblicare nella gazzetta ufficiale, sulla base di una rosa di candidati idonei selezionata da apposita Commissione.

Il D.P.R. 10 dicembre 1997, n.484, art.8 disciplina la composizione della Commissione e la procedura di accertamento dell'idoneità.

Il D.Lgs. 31 marzo 1998, n.80, artt.2 e 4 riserva alla potestà amministrativa la definizione delle linee fondamentali dell'organizzazione, ivi comprese l'identificazione degli uffici di maggior rilievo, la specificazione delle procedure necessarie per accedervi e la determinazione delle relative dotazioni organiche, mentre tutte le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e tutte le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro.

Su questa bipartizione generale, si innesta la questione relativa alla natura giuridica del conferimento dell'incarico, oggetto del primo motivo di gravame.

Va detto in proposito che il procedimento di conferimento dell'incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario (ex art.15 D.Lgs. 30 dicembre 1992, n.502) non ha natura di procedura concorsuale.

La commissione si limita alla verifica dei requisiti di idoneità dei candidati alla copertura dell'incarico, in esito ad un colloquio ed alla valutazione dei "curricula", senza attribuire punteggi e senza formare una graduatoria, né istituire altro tipo di comparazione, ma semplicemente predisponendo un elenco di candidati, tutti idonei perché in possesso dei requisiti di professionalità previsti dalla legge e delle capacità manageriali richieste in relazione alla natura dell'incarico da conferire, elenco che viene sottoposto al Direttore Generale dell'Azienda Unità Sanitaria Locale.

Va detto, per inciso, che non può attribuirsi rilievo, ai fini del riconoscimento della natura concorsuale della procedura di cui si tratta, alla circostanza che del conferimento dell'incarico debba essere dato preventivo avviso da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, in quanto tale avviso assolve alla sola funzione di ampliare il campo dei soggetti tra - i quali il Direttore Sanitario deve operare la scelta.

Quest'ultimo, nell'ambito dei nominativi indicati dalla Commissione, conferisce l'incarico sulla base di una scelta di carattere essenzialmente fiduciario, affidata alla sua responsabilità manageriale.

Alla luce del dato normativo che precede risulta evidente che l'atto di conferimento dell'incarico di dirigente di struttura sanitaria complessa non è un provvedimento amministrativo (nessuna norma lo definisce come tale) ma un atto negoziale di diritto privato che, in quanto tale, non comporta per l'amministrazione sanitaria l'obbligo di motivazione.

Ciò significa che, come per il dirigente privato, anche per il dirigente del pubblico impiego contrattualizzato l'attribuzione dell'incarico rimane atto essenzialmente fiduciario.

Va detto che, nel caso della dirigenza sanitaria, risulta ancor più chiara la differenza tra ruolo ed incarico dirigenziale: tutti i medici del Servizio sanitario nazionale hanno la qualifica di dirigente (già di primo livello ex art.15 D.Lgs. n.502/1992) cui accedono per pubblico concorso, ma a tale posizione può sovrapporsi quella di dirigente di struttura complessa, a tempo determinato e su incarico fiduciario.

E poiché l'incarico, tra i candidati dichiarati idonei dalla Commissione, è un atto negoziale fiduciario, la scelta stessa non deve essere motivata, trovando il sistema coerenza nella verifica dei risultati e nei conseguenti provvedimenti. Il sindacato giurisdizionale sulla scelta è limitato al controllo di legittimità sull'osservanza delle procedure previste, e cioè che vi sia stata previa pubblicità del posto da ricoprire, che la commissione sia correttamente composta, che sia stata la

valutazione di idoneità della commissione, e che la scelta sia avvenuta nell'ambito della rosa proposta.

La mancanza di una norma di legge che imponga l'obbligo della motivazione non esclude però che l'amministrazione debba agire nell'osservanza dei criteri di correttezza e buona fede.

Nel contesto delle considerazioni tutte che precedono vanno affrontate e positivamente risolte le questioni poste dall'Azienda Ospedaliera odierna appellante con gli ulteriori motivi di gravame.

Come risulta dall'avviso "pubblico", pubblicato nel BURAS del 24 luglio 2001 e per estratto nella Gazzetta Ufficiale del 28 agosto 2001, l'incarico deve essere conferito dal Direttore Generale sulla base del parere formulato dalla Commissione, previo colloquio e valutazione del curriculum. Il candidato a cui è conferito l'incarico deve produrre nel termine di trenta giorni, a pena di decadenza, i documenti corrispondenti alle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione.

Anche il CCNL dell'area relativa alla dirigenza medica e veterinaria del servizio sanitario nazionale in data 8 giugno 2000, all'art.13, comma 6°, stabilisce che "l'azienda, prima di procedere all'assunzione, invita l'interessato a presentare la documentazione prescritta dalla "normativa vigente, assegnandogli un termine non inferiore a trenta giorni".

L'Azienda appellante ha rilevato che, proprio perché trattasi di rapporto privatizzato, il Direttore generale non opera come organo dell'amministrazione che, nell'ambito dei poteri discrezionali attribuitigli, svolge una funzione pubblica, ma come un comune datore di lavoro che, nell'ambito della sfera della sua libertà, vuole individuare un prestatore di eccezionale capacità e incontestabile esperienza, trattandosi di compiti e attività di altissima professionalità che incidono sulla salute dei cittadini interessati al trapianto di fegato, una delle più complesse procedure chirurgiche caratterizzata da numerose procedure chirurgiche tra loro interconnesse.

L'obbligo dell'Amministrazione di stipulare il contratto individuale per assumere il dott. ***** non poteva, dunque, non essere sospensivamente condizionato alla verifica positiva dei "documenti corrispondenti alle "dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione".

Tale clausola è contenuta nell'Avviso pubblico al n.1 del capo "adempimenti del candidato e assunzione in servizio" ed è ribadita al n.2 del dispositivo dell'atto di conferimento dell'incarico.

Il dott. ***** ha partecipato alla selezione per il conferimento dell'incarico di "Dirigente medico per la direzione di una struttura complessa di chirurgia generale ad indirizzo prevalentemente epatologico e dei trapianti di fegato e di pancreas", indetta con deliberazione n.1066 del 3 giugno 2001 dal Direttore generale dell'Azienda Ospedaliera "G. Brotzu" di Cagliari,

presentando, all'uopo, la sua casistica operatoria, il curriculum, le pubblicazioni, gli attestati e titoli di vario genere.

Sulla base di tali titoli, la Commissione di esperti ha espresso il suo parere sull'idoneità del sanitario a ricoprire l'incarico dirigenziale di cui trattasi.

Alla stregua delle risultanze provvisorie della selezione e della documentazione presentata dal dott.*****, il Direttore Generale, gli ha attribuito, salvo verifica, l'incarico di dirigente sul presupposto dell'altissima esperienza professionale emersa in sede di selezione nel contempo invitandolo, come prescritto dall'"avviso", dalla vigente normativa e come richiamato nello stesso atto di conferimento dell'incarico, ad inviare la documentazione necessaria per la stipula del contratto individuale di lavoro e l'immissione in servizio.

L'assunto dell'Azienda appellante è che il dott. ***** non avrebbe, da una parte, adempiuto a tale onere e, dall'altra, avrebbe presentato documentazione incongruente rispetto a quanto era risultato e valutato dalla Commissione in sede di selezione, tanto da indurre il Direttore generale, con nota prot. n. 8/RB, del 22 aprile 2002, a non stipulare il contratto individuale di lavoro.

Ulteriore motivo di doglianza dell'appellante, non indagato dal primo giudice, è che il dott.***** avrebbe accettato espressamente l'incarico conferitogli.

In realtà, il ricorrente non avrebbe mai inviato all'Azienda "G. Brotzu" nessuna accettazione espressa della nomina, come evincibile dal registro di controllo della medesima Azienda, relativo al periodo dal 21 novembre 2001 al 31 dicembre 2001.

Osserva la Corte che, anche a prescindere dalla fondatezza del rilievo che precede, altri e per davvero significativi argomenti consentono di escludere che l'amministrazione sanitaria abbia posto in essere violazioni procedurali o adottato - nella specie - comportamenti, per il tramite dei propri vertici, contrastanti con i generali principi di correttezza e buona fede.

Invero, le incongruenze emerse in sede di verifica e la mancata produzione di tutta la necessaria documentazione da parte del dott. ***** , rappresentano la ragione ostativa al conferimento dell'incarico di estrema responsabilità e delicatezza, subordinato evidentemente all'assoluta certezza che i titoli vantati fossero effettivamente sussistenti e dimostrativi di una professionalità acquisita come "primo operatore" nella materia dei trapianti.

L'esame della documentazione analiticamente indicata dall'Azienda appellante nel secondo, terzo e quarto motivo di gravame, dimostra la fondatezza delle ragioni addotte dall'amministrazione sanitaria per rifiutare la stipula del contratto individuale con il dott. ***** , stanti le incongruenze emerse in sede di verifica e la mancata produzione di tutta la documentazione.

- - - OMISSIS - - -

La Corte non può fare a meno di considerare che l'appellante - in sede di verifica - non ha affatto comprovato il possesso dell'esperienza professionale necessaria per lo svolgimento del delicatissimo incarico di cui trattasi e che egli aveva dichiarato di possedere in sede di partecipazione alla selezione.

In questa situazione, legittimamente e correttamente, l'Azienda "G.Brotzu" ha ritenuto, come era nella sua facoltà, di non procedere all'instaurazione con l'appellato del rapporto di lavoro dirigenziale sottraendosi alla stipulazione del contratto individuale. Nessuna violazione, pertanto, del principio di buona fede e correttezza, nei termini adombrati dall'appellato, come dimostrato, tra l'altro, dall'estremo tentativo dell'Azienda di consentire al dott. ***** la sottoscrizione di un'apposita "release", allo scopo di procedere ad una verifica diretta della casistica operatoria svolta dal sanitario negli U.S.A. vanificata dall'opposizione dell'interessato.

Da ultimo, apparendo comunque sufficienti all'accoglimento dell'appello proposto dall'Azienda "G. Brotzu" le considerazioni fin qui svolte, non può passare inosservato un argomento sviluppato dall'Azienda nel primo grado del giudizio che corrobora ulteriormente la fondatezza delle censure rivolte alla sentenza impugnata.

Trattasi della questione relativa alla non equipollenza del servizio prestato all'estero dal dott.*****, avendo l'Azienda evidenziato che, per la legislazione italiana, il lavoro svolto negli U.S.A. dal dott. ***** non poteva ritenersi equipollente a quello di primo operatore (che è colui che esegue in prima persona, assumendosene la piena responsabilità, gli interventi chirurgici), ma bensì a quello che il medico svolge in qualità di assistente.

L'Azienda, premesso che il Legislatore italiano, allo scopo di evitare che, nella delicatissima materia dei concorsi sanitari, possano essere recepiti e valutati elementi che non diano garanzia di sicura affidabilità, si è preoccupato di costituire un filtro professionalmente e scientificamente affidabile che permetta di selezionare le referenze cliniche dei concorrenti, individuandolo al massimo livello dell'Amministrazione sanitaria, e, cioè, il Ministero della Sanità (ora Ministero della Salute), ha richiamato, in proposito, la legge 10 luglio 1960, n.735, relativa al "Riconoscimento del servizio sanitario prestato dai medici italiani negli ospedali all'estero", che, all'art.2, stabilisce, appunto, che tale riconoscimento "*è disposto con provvedimento del Ministero della Sanità, a seguito di domanda presentata dall'interessato, insieme con i...documenti, vistati per conferma dalla competente autorità consolare*".

L'Azienda ha richiamato, altresì, la legge n.833/1978, nonché il DPR 20 dicembre 1979, n.761, contenente lo stato giuridico del personale sanitario, che, all'art. art.26, 3° comma, nel capo relativo alla valutazione dei servizi e dei titoli, ha ribadito che il servizio prestato all'estero dai cittadini italiani è riconosciuto ai fini dei concorsi con le modalità stabilite nella legge n.735/60; principio

confermato anche dal decreto ministeriale 1° gennaio 1982, che disciplina le procedure concorsuali nel settore sanitario, riproponendo il riconoscimento del servizio prestato all'estero nei termini di cui sopra.

Le argomentazioni che precedono, possono essere integrate sempre *ad abundantiam*, col richiamo alle disposizioni normative che distinguono il ruolo dei primari ospedalieri da quella dei medici assistenti.

Il riferimento è, in particolare, all'art.7 del DPR 27 marzo 1969, n.128 che stabilisce, tra l'altro, che il primario:

- vigila sull'attività e sulla disciplina di tutto il personale assegnato alla sua divisione o servizio;
- ha la responsabilità dei malati;
- definisce i criteri diagnostici e terapeutici che devono essere eseguiti dagli aiuti e dagli assistenti;
- pratica direttamente sui malati gli interventi diagnostici e curativi che ritenga di non affidare ai suoi collaboratori;
- formula la diagnosi definitiva;
- è responsabile della regolare compilazione delle cartelle cliniche dei registri nosologici e della loro conservazione.

Lo stesso articolo stabilisce, invece, che l'assistente:

- collabora con il primario e con l'aiuto nei loro compiti e provvede direttamente esclusivamente nei casi d'urgenza;
- ha la responsabilità dei malati a lui affidati;
- risponde del suo operato all'aiuto e al primario.

E' di tutta evidenza che il citato art.7 colloca i sanitari ospedalieri in una struttura organizzativo-funzionale nell'ambito della quale il primario è posto in una posizione di preminenza, mentre gli assistenti svolgono compiti di collaborazione e sostituzione.

Logico corollario dei rilievi che precedono è che l'Azienda "G. Brotzu" non poteva nutrire interesse alcuno ad affidare il prestigioso incarico quinquennale di Dirigente medico di struttura complessa di chirurgia generale ad indirizzo prevalentemente epatologico e dei trapianti di fegato e di pancreas, indetta con deliberazione n.1066 del 3 giugno 2001 dal Direttore generale, con un chirurgo "abituato" ad assistere i pazienti in posizione di subordinazione gerarchica sotto la direzione di un terzo, ma ad un professionista che avesse maturato una lunga esperienza nell'eseguire trapianti di fegato senza essere vincolato alle direttive di nessuno.

- - - OMISSIS - - -

In definitiva, l'appello dev'essere accolto per quanto di ragione e, in parziale riforma della sentenza impugnata, che va confermata nel resto, deve rigettare la domanda di risarcimento del danno proposta dal dott. ***** nei confronti dell'Azienda Ospedaliera "G. Brotzu" - Cagliari.

Le spese di entrambi i gradi del giudizio seguono la soccombenza e devono essere poste a carico dell'appellante, come da dispositivo.

Per questi motivi
La Corte d' Appello

definitivamente pronunciando, respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione:

- accoglie per quanto di ragione l'appello proposto, con ricorso 5 ottobre 2007, dall'Azienda Ospedaliera "G. Brotzu" - Cagliari, nei confronti del dott. ***** contro la sentenza 6 - 10 agosto 2007 del Tribunale di Cagliari e, in riforma della sentenza impugnata, che conferma nel resto, rigetta la domanda di risarcimento del danno proposta dal dott.***** nei confronti dell'Azienda Ospedaliera "G. Brotzu" - Cagliari;

- condanna il dott.***** al pagamento, in favore dell'Azienda appellante, delle spese dei due gradi del giudizio che liquida, per il primo grado, in complessivi Euro 6.000,00 di cui euro 3.125,00 per diritti di procuratore ed Euro 2.875,00 per onorari di avvocato e, per il secondo grado, in complessivi euro 4.736,25 di cui Euro 1.155,00 per diritti di procuratore, Euro 3.055,00 per onorari di avvocato ed Euro 526,25 per spese generali.

Così deciso in Cagliari, li 22 ottobre 2008

Il Presidente
(dott. Mauro Grandesso Silvestri)

Il Consigliere estensore
(dott. Alfonso Nurcis)