

**Cassazione Civile - Sezione lavoro, Sent. n. 11009 del 13.05.2009**

omissis

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato il 1 agosto 2003 il Dott. D.B.L. conveniva in giudizio avanti al Tribunale di Napoli l'Azienda Ospedaliera X. ed il Dott. D.R. ed esponeva quanto segue. La Commissione di concorso istituita dall'Azienda Ospedaliera per il conferimento dell'incarico quinquennale di dirigente medico direttore di chirurgia plastica dell'Unità Operativa Centro X. aveva ammesso alla selezione sei candidati attribuendo al Dott. D.B. valutazione superiore a quella riportata dal Dott. D.. Nonostante ciò il D. era stato prescelto dal direttore generale con Delib.

27 dicembre 2002, n. 1272, mentre egli era stato escluso perché aveva maturato un'età che non gli avrebbe consentito di completare l'incarico quinquennale prima del collocamento a riposo.

Tanto premesso chiedeva al giudice adito: a) l'annullamento, previa sospensione o disapplicazione, della Delib. n. 1272 del 2002 del direttore generale dell'Azienda Ospedaliera; b) la condanna dell'Azienda al risarcimento del danno per la perdita di chance, nonché al risarcimento del danno morale.

L'Azienda Ospedaliera X. ed il Dott. D.R. si costituivano e si opponevano al ricorso, sollevando varie eccezioni preliminari.

Il Tribunale, con sentenza depositata in data 25.2.2004, ritenuta la giurisdizione del giudice ordinario, rigettava le altre eccezioni preliminari e respingeva il ricorso.

Avverso detta sentenza il Dott. D.B.L. proponeva appello principale, ed il Dott. D.R. appello incidentale.

La Corte di Appello di Napoli, con sentenza depositata il 24 marzo 2005, respingeva entrambi gli appelli sulla base delle seguenti considerazioni.

La procedura selettiva degli idonei, fra i quali poi il direttore generale è tenuto a scegliere il destinatario dell'incarico dirigenziale di una struttura sanitaria complessa, non integra una procedura concorsuale in senso tecnico, ma è una procedura selettiva finalizzata alla predisposizione di un elenco di candidati in possesso dei requisiti di professionalità previsti dalla legge, tra i quali il direttore generale sceglierà la persona cui conferire l'incarico dirigenziale sulla base di una scelta di carattere essenzialmente fiduciaria, espressione di una potestà di diritto privato e non di un potere amministrativo.

Il Dott. D.B. non ha contestato gli atti della procedura selettiva, bensì la nomina del Dott. D.; ne consegue che la controversia, non attenendo alla procedura selettiva, ma soltanto all'atto finale (di esclusione del Dott. D.B. e di scelta del Dott. D.) relativo al conferimento dell'incarico di dirigente di struttura sanitaria complessa D.Lgs. n. 502 del 1992, ex art. 15 ter, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.

A norma del D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15 ter, introdotto dalla L. n. 229 del 1999 e dell'art. 29 del CCNL per la dirigenza medica (per il quadriennio 1998/2001), in sede di scelta il direttore generale non può escludere chi ha un'anzianità anagrafica che non gli consenta di espletare l'incarico per tutto il quinquennio e solo per questo motivo. Pertanto l'atto con cui nel caso in esame il direttore generale ha escluso il Dott. D.B. deve ritenersi ingiustificato, in quanto motivato unicamente in relazione all'età anagrafica del candidato.

Tuttavia le conseguenze del comportamento ingiustificato del direttore generale non possono essere l'annullamento o la disapplicazione dell'atto di conferimento dell'incarico al D., atteso che, da un



lato, il candidato selezionato dalla commissione, anche se abbia riportato un giudizio migliore rispetto agli altri candidati, non ha alcun diritto soggettivo al conferimento dell'incarico, e che, dall'altro lato, la scelta da parte del direttore generale è espressione di capacità e poteri di natura privata, insindacabili dal giudice. Le conseguenze del comportamento ingiustificato del direttore generale non possono essere neppure quelle di una sentenza di nullità dell'atto, mancando la illiceità dei motivi (art. 1345 c.c.), né quelle di una sentenza costitutiva (ex art. 2932 c.c.), atteso che l'ordinamento non prevede alcun diritto all'incarico, riservando il relativo conferimento alla libertà negoziale del direttore generale.

Nel caso di specie l'unica conseguenza ammissibile sarebbe di tipo risarcitorio per la perdita di chance causata dall'ingiustificata esclusione del candidato. Il Dott. D.B. in sede di appello non ha insistito per il riconoscimento del danno patrimoniale e del danno biologico e quindi deve ritenersi che abbia rinunciato alla relativa domanda. Quanto al danno morale, l'ammissibilità di un danno di tale tipo può essere valutato sia come danno morale in senso soggettivo (pretium doloris) derivante da un illecito penale, sia come lesione di altro diritto costituzionalmente garantito. La domanda formulata dal D.B. in sede di appello è chiaramente limitata al riconoscimento del solo danno morale in senso soggettivo.

Detta domanda, di conseguenza, non può essere accolta, non avendo l'appellante nè dedotto, nè tantomeno dimostrato la sussistenza di un reato di cui sia parte offesa.

Per la cassazione di tale sentenza D.B.L. ha proposto ricorso sostenuto da quattro motivi. L'Azienda Ospedaliera X. , che resiste con controricorso, ha proposto ricorso incidentale con un motivo. D.R., resiste con controricorso e con ricorso incidentale affidato ad un motivo. I ricorrenti incidentali hanno depositato memoria.

Motivi della decisione

Preliminarmente deve disporsi la riunione dei ricorsi a norma dell'art. 335 c.p.c. Con il primo motivo del ricorso principale, denunciando violazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1 e dell'art. 111 Cost., il ricorrente censura la sentenza impugnata per aver affermato la giurisdizione del giudice ordinario sull'errato rilievo che il D. B. aveva impugnato solo il provvedimento di conferimento dell'incarico di dirigente al Dott. D.; sostiene invece il ricorrente che il D.B. ha impugnato la sua esclusione dalla fase finale della scelta dei candidati idonei e quindi ha impugnato un atto della procedura concorsuale precedente quello finale della scelta del dirigente da parte del direttore generale. Di conseguenza la controversia appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4, perchè la cognizione di tale giudice sulle operazioni concorsuali parte dal bando e si conclude prima del provvedimento di nomina.

Con il secondo motivo, il ricorrente denuncia violazione della L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 5, della L. 15 marzo 1997, n. 59, art. 11 comma 4, lett. g, e del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, nonché vizi di motivazione. Si duole che il giudice di appello, pur affermando che l'impossibilità per motivi anagrafici di effettuare l'intero quinquennio non costituiva impedimento alla nomina, ben potendo il direttore generale conferire l'incarico per un tempo inferiore, non ha fatto derivare da tale affermazione alcuna conseguenza positiva per il D.B., benchè questi al momento della sentenza non avesse ancora raggiunto l'età pensionabile.

Sostiene che la Corte di Appello avrebbe dovuto disapplicare il provvedimento di nomina emesso dal direttore generale perché illegittimo, in quanto emesso escludendo dalla comparazione il Dott. D.B., non solo in applicazione della L. n. 2248 del 1865, art. 5, ma anche della L. n. 59 del 1997,



art. 11, comma 4 e del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, che in tema di pubblico impiego contrattualizzato hanno espressamente attribuito al giudice ordinario il potere di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi.

Con il terzo motivo il ricorrente denuncia contraddittorietà della motivazione perché al Corte di Appello, pur avendo riconosciuto che l'età anagrafica del candidato non poteva costituire per il direttore generale motivo di esclusione della nomina, ha poi negato il suo potere di annullare o disapplicare il provvedimento di nomina del Dott. D. perché i candidati scelti dalla Commissione tecnica non avevano alcun diritto soggettivo alla nomina, riservata alla discrezionalità del direttore generale nell'esercizio di capacità e poteri di diritto privato.

Con il quarto motivo, denunciando violazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, il ricorrente censura la sentenza impugnata per aver negato il diritto al risarcimento del danno morale, e osserva che contrariamente a quanto ritenuto dal giudice del gravame, nelle conclusioni prese nel giudizio di appello aveva chiesto l'integrale accoglimento della domanda introduttiva, e quindi anche la condanna dei convenuti al risarcimento dei danni non patrimoniale, in esso compresi sia il danno biologico che il danno esistenziale ed il danno morale soggettivo.

Con l'unico motivo del ricorso incidentale l'Azienda Ospedaliera X. , denunciando violazione dell'art. 1 disp. gen. e del D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15 ter, censura la sentenza impugnata per aver affermato che l'incarico al dirigente di struttura sanitaria complessa può essere conferito per una durata inferiore al quinquennio nel caso in cui il nominato maturi prima il diritto al collocamento a riposo. Sostiene l'Azienda che la previsione di un incarico non inferiore al quinquennio è contenuta nel D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15 ter e che l'art. 29 del CCNL di comparto, che consente il conferimento dell'incarico per un periodo inferiore, è illegittimo perché contrario ad una norma imperativa di rango primario.

Con l'unico motivo del ricorso incidentale, peraltro sviluppato nel controricorso senza alcuna autonomia strutturale e funzionale, sembra di capire che il D. abbia inteso impugnare autonomamente la sentenza impugnata nella parte in cui ha affermato che l'incarico di dirigente di struttura sanitaria complessa può essere conferito per una durata inferiore al quinquennio nel caso in cui il nominato maturi il diritto al collocamento a riposo prima del compimento dei cinque anni, per motivi sostanzialmente identici a quelli rappresentati dall'Azienda ospedaliera.

Il primo motivo del ricorso principale è inammissibile. Sulla questione della giurisdizione del giudice ordinario si è infatti formato un giudicato. In primo luogo perché il D.B. non ha proposto appello avverso la sentenza del Tribunale nella parte in cui ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario, per cui va ribadito l'insegnamento della Suprema Corte secondo cui è inammissibile la questione di giurisdizione proposta in sede di legittimità qualora il giudice di primo grado si sia espressamente pronunciato su di essa, unitamente al merito, e la statuizione sulla giurisdizione non abbia formato oggetto di impugnazione (vedi tra le tante Sez. Un. 27348/2008, Sez. U. n. 27531/2008 e numerose altre conformi). In secondo luogo perché, in relazione alla vicenda oggetto di questo giudizio, la questione della giurisdizione è stata decisa, tra le stesse parti, dalle Sezioni Unite di questa Corte con sentenza n. 8950 del 2007, passata in giudicato, con il riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario.

Nel merito il ricorso principale è infondato e il dispositivo della sentenza impugnata risulta conforme al diritto, per quanto la motivazione debba essere opportunamente corretta ed integrata.

I restanti tre motivi del ricorso principale, da esaminare congiuntamente per la loro connessione, infatti, non sono meritevoli di accoglimento per le seguenti ragioni.

Le Sezioni Unite di questa Corte, con giurisprudenza ormai consolidata, hanno escluso che la procedura per il conferimento dell'incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario D.Lgs.



n. 502 del 1992, ex art. 15, abbia natura di procedura concorsuale per il solo fatto che ad essa sono ammessi anche soggetti estranei al SSN e soggetti che, seppure medici del servizio sanitario, sono legati comunque con rapporto di lavoro ad enti diversi da quello che indice la procedura. Tale conclusione è giustificata con il rilievo che, nella disciplina per il conferimento dell'incarico di dirigente medico di secondo livello, non è presente alcun elemento idoneo a ricondurre la stessa ad una procedura concorsuale, ancorché atipica, atteso che la commissione prevista dal D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15 ter, comma 2, 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, ma semplicemente predisponendo un elenco di candidati, tutti idonei purchè 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 della ASL il quale, nell'ambito dei nominativi indicati dalla commissione, conferisce l'incarico sulla base di una scelta di carattere essenzialmente fiduciario, affidata alla sua responsabilità manageriale (D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 3, comma 1 quater) (vedi in questo senso Sez. U. n. 1478/2004, n. 21593/2005, n. 25042/2005, n. 8950/2007).

Spetta dunque al direttore generale attribuire l'incarico all'uno o all'altro degli idonei con atto discrezionale certamente adottato nell'esercizio delle capacità e dei poteri del privato datore di lavoro, ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 5 (Sez. U. 22990/2004, n. 8950/2007). Tra gli elementi discrezionalmente valutabili dal direttore generale può ben essere ricompresa la opportunità di assicurare la gestione del servizio per un determinato arco di tempo. Non presenta dunque profili di illegittimità la scelta di un candidato che assicuri l'espletamento dell'incarico per un tempo ritenuto congruo nell'interesse dell'Azienda.

Perde quindi rilievo il problema, dibattuto tra le parti, se sia possibile o meno al direttore generale conferire un incarico per un periodo di tempo inferiore a cinque anni. Anche a voler condividere la tesi del ricorrente della validità dell'art. 29 del CCNL di settore, e quindi della legittimità di una nomina limitata al periodo infraquinquennale di permanenza in servizio del prescelto, non per questo ne consegue la illegittimità della decisione del direttore generale di preferire al D.B. un candidato, dichiarato idoneo dalla commissione, che assicuri il mantenimento dell'incarico per un quinquennio. La astratta possibilità prevista dall'art. 29 del CCNL di conferimento dell'incarico per un tempo inferiore ai cinque anni, se rende legittima una siffatta decisione, non toglie validità alla diversa opzione del direttore generale di nominare un candidato che assicuri il mantenimento delle funzioni per un periodo di tempo non inferiore al quinquennio.

A fronte di tale ampio potere discrezionale spettante al direttore generale non è dunque possibile configurare un diritto soggettivo alla nomina in capo ai candidati dichiarati idonei dalla commissione.

Difetta nella fattispecie l'aspetto più qualificante della procedura concorsuale, consistente nello svolgimento di prove selettive all'esito delle quali viene formulata la graduatoria finale, con l'individuazione del candidato vincitore del concorso ed avente diritto al posto (Sez. U. 8950/2007).

Le Sezioni Unite di questa Corte, nella menzionata sentenza n. 8950 del 2007 pronunciata tra le stesse parti di questo giudizio, hanno altresì escluso che possa configurarsi un interesse legittimo dei candidati di fronte alla decisione assunta dal direttore generale.

La S.C. ha richiamato il disposto del D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 3, comma 1 bis, secondo cui l'organizzazione ed il funzionamento delle unità sanitarie locali "sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato, nel rispetto dei principi e criteri previsti da disposizioni regionali"; ha rilevato che il comma 1 ter dello stesso articolo aggiunge, nel contesto di disposizioni coerenti, che le aziende agiscono "mediante atti di diritto privato"; ha osservato che per le aziende ospedaliero-universitarie



analoga previsione è contenuta nel D.Lgs. n. 517 del 1999, art. 3, comma 2, e nella normativa regolamentare statale di attuazione (D.P.C.M. 24 maggio 2001, art. 5, comma 2 in G.U. 9 agosto 2001 n. 184); ha concluso la Corte affermando che il carattere speciale delle disposizioni indicate esclude l'applicazione della normativa generale, con la conseguenza che tutti gli atti organizzativi delle aziende sanitarie vanno considerati di natura non autoritativa, di modo che nella procedura di nomina dei dirigenti sanitari di secondo livello non sono "astrattamente configurabili poteri pubblici correlati ad interessi legittimi".

Il candidato non nominato è dunque titolare di un mero interesse di fatto correlato ad una aspettativa di nomina, non tutelabile autonomamente.

La legittimità della scelta operata dal direttore generale ed il carattere ampiamente discrezionale e fiduciario della nomina operata nell'esercizio di capacità e poteri propri del datore di lavoro privato, escludono la possibilità di disapplicazione dell'atto di nomina a norma della L. n. 2248 del 1865, artt. 4 e 5, come richiesto dal D.B..

D'altro canto il difetto in capo al Dott. D.B. di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo alla nomina esclude la configurabilità nel caso di specie di una lesione di interesse tutelabile con il risarcimento del danno contrattuale per la pretesa perdita di chance o per asserito danno biologico; mentre il danno morale soggettivo, connesso ad una responsabilità extracontrattuale, è stato escluso dai giudici di merito per la inconfigurabilità nella specie di un fatto costituente reato a carico del direttore generale.

Per tutte le considerazioni sopra svolte il ricorso principale, dunque, deve essere respinto.

I ricorsi incidentali vanno invece dichiarati inammissibili. Il ricorso incidentale, anche se qualificato come condizionato, deve essere giustificato dalla soccombenza, sicché è inammissibile il ricorso proposto dalla parte che sia rimasta totalmente vittoriosa nel giudizio di appello al solo scopo di ottenere non già l'annullamento, anche parziale, della sentenza impugnata, ma soltanto il mutamento della motivazione e l'affermazione di un principio di diritto diverso da quello pronunciato dal giudice del gravame (vedi Cass. n. 13010/2003, n. 12680/2003, n. 2067/1996).

La reciproca soccombenza giustifica la compensazione tra tutte le parti delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi, rigetta il ricorso principale e dichiara inammissibili i ricorsi incidentali. Compensa tra tutte le parti le spese di questo giudizio.

Così deciso in Roma, il 27 febbraio 2009.

Depositato in Cancelleria il 13 maggio 2009