

CASSAZIONE CIVILE - Sezioni Unite - sentenza n. 5457 del 6 marzo 2009

INCARICHI STRUTTURA COMPLESSA: VIETATE LE DISCRIMINAZIONI

Secondo la procedura, il direttore generale provvede alla attribuzione degli incarichi di direzione di struttura complessa, previo avviso da pubblicare in Gazzetta Ufficiale, sulla base di una rosa di candidati idonei selezionata da una apposita Commissione.

La procedura selettiva è quella affidata alla Commissione, mentre la scelta del dirigente sanitario al quale affidare l'incarico, nell'ambito della rosa indicata, spetta al direttore generale.

Si tratta di un incarico fiduciario connotato dal fatto che la Pubblica Amministrazione - e per essa il direttore generale - agisce con i poteri del datore di lavoro privato sicché essa deve rispettare i criteri del bando e quelli legali, ma non è tenuta a motivare la propria scelta fiduciaria.

In particolare è demandato alla Commissione soltanto il compito di predisporre un elenco di candidati idonei (senza attribuzione di punteggi e senza formazione di graduatoria) da sottoporre al direttore generale, il quale conferisce l'incarico con scelta di carattere fiduciario affidata alla propria responsabilità manageriale.

Ciò non toglie che la scelta del direttore generale debba essere ispirata al criterio del buon andamento della pubblica amministrazione; però, nel contesto del lavoro pubblico contrattualizzato ed assoggettato al disciplina privatistica, il dipendente non può addurre tale criterio come obbligazione sussidiaria e strumentale rispetto alle obbligazioni che in generale sorgono per effetto dell'instaurazione di un rapporto di lavoro. Viceversa opera l'ordinario apparato di tutela del lavoro che, tra l'altro, vieta pratiche discriminatorie, sicché il dirigente al quale sia stato preferito altro candidato può dolersi, in ipotesi, del carattere discriminatorio della scelta del direttore generale o, ancora più in generale, della violazione del canone di correttezza e buona fede che presidia ogni rapporto obbligatorio contrattuale.

omissis

Svolgimento del processo

1. Con ricorso depositato il 18.7.2005 il Dott. F.G., dirigente medico di X. livello presso l'Azienda ospedaliera di X. e l'USL X. della regione Veneto, proponeva appello contro la sentenza n. 116 del 2004 del Tribunale di Mantova, con la quale, nel contraddittorio con l'Azienda ospedaliera X., il suo direttore generale e di M.G., era stata respinta la sua domanda di annullamento del provvedimento di conferimento a quest'ultimo dell'incarico quinquennale di dirigente di struttura complessa di chirurgia toracica dell'ospedale X. e di accertamento del diritto del ricorrente a essere vincitore nella selezione per il conferimento dell'incarico in questione, con condanna dei convenuti al risarcimento del danno patrimoniale subito.

2. Lamentava l'erroneità in diritto della sentenza impugnata per violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 484 del 1997, artt. 5 e 15, e delle norme relative ai requisiti specifici di ammissione alla selezione essendo stata equiparata, dopo una illegittima sospensione del procedimento amministrativo per i relativi accertamenti, l'idoneità all'incarico primario acquisita prima della entrata in vigore della nuova normativa al requisito, prescritto da quest'ultima, della anzianità di

servizio di sette anni, di cui cinque nella disciplina o discipline equipollenti e di specializzazioni nella disciplina o discipline equipollenti, ovvero l'anzianità di dieci anni di servizio nella disciplina, requisito di cui il Dott. M. non era in possesso. Lamentava altresì l'illegittimità del conferimento dell'incarico oggetto di controversia in base a una valutazione di idoneità in violazione dei requisiti previsti per legge e con il bando e in forza di un provvedimento amministrativo non motivato relativamente ai criteri di valutazione comparativa adottati e alla valutazione comparativa attuata fra i vari candidati.

Insisteva nelle istanze istruttorie disattese in primo grado.

3. Si costituiva in giudizio M.G. contestando in fatto e in diritto gli argomenti svolti a sostegno della impugnazione e rilevando l'inammissibilità della domanda di accertamento del diritto al conferimento dell'incarico in contestazione, il cui termine era fra l'altro oramai scaduto, e l'infondatezza della domanda di risarcimento del danno con riferimento alle differenze stipendiali rispetto a un incarico a tempo parziale, scelta autonoma dell'appellante.

Si costituiva in giudizio l'Azienda ospedaliera X. in persona del direttore generale contestando a sua volta in fatto e in diritto gli argomenti svolto a sostegno della impugnazione.

Non si costituiva in giudizio personalmente il direttore generale dell'Azienda ospedaliera, ritualmente citato.

4. Con sentenza del 14 settembre - 24 novembre 2006 la Corte d'appello di Brescia rigettava l'appello condannando l'appellante alla rifusione delle spese.

5. Avverso tale sentenza il F. ha proposto ricorso per cassazione affidato a otto motivi. Di questi il primo e l'ottavo sono relativi alla giurisdizione del giudice adito, talché la causa è stata assegnata a queste Sezioni Unite.

Resiste con controricorso l'Azienda Ospedaliera X. .

Gli altri intimati non hanno svolto difesa alcuna.

Il ricorrente ha anche presentato memoria.

Motivi della decisione

1. Il ricorrente ha proposto un complesso ricorso, articolato in otto motivi, con cui censura l'impugnata sentenza per aver declinato la giurisdizione del giudice ordinario (primo ed ottavo motivo); per aver ritenuto che il provvedimento di scelta del dirigente di X. livello potesse essere privo di motivazione (secondo motivo);

per vizio di motivazione sulla mancata valutazione comparativa dei curricula dei candidati (terzo motivo); per l'erronea interpretazione del regime transitorio della nuova disciplina dell'accesso alla direzione sanitaria aziendale D.P.R. n. 484 del 1997, ex art. 5, (quarto motivo); per non aver dato rilievo all'illegittima sospensione dell'attività della Commissione incaricata della valutazione dei titoli dei candidati (quinto motivo); per la mancata ammissione delle prove (sesto motivo); ed infine per il regolamento delle spese processuali (settimo motivo).

2. Il primo e l'ottavo motivo di ricorso, con cui il ricorrente censura l'impugnata sentenza per aver - a suo dire - ritenuto il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie relative ad incarichi dirigenziali, sono manifestamente inammissibili.

È di tutta evidenza che la Corte d'appello di Brescia e prima ancora il Tribunale di Mantova hanno ritenuto la giurisdizione del giudice ordinario a conoscere la controversia instaurata dal ricorrente, tant'è che hanno reso una pronuncia di merito in ordine alle censure mosse da quest'ultimo quanto all'assegnazione dell'incarico dirigenziale in questione.

I motivi di ricorso, che si sovrappongono perché di analogo contenuto, sono quindi inammissibili perché ascrivono all'impugnata sentenza un contenuto declinatorio della giurisdizione del giudice ordinario che questa non ha affatto.

La Corte d'appello, lungi dal dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, ha al contrario ritenuto che sussistesse la giurisdizione dell'a.g.o., peraltro in sintonia - e non già in contrasto - con la pronuncia resa TAR per la Lombardia, sezione distaccata di Brescia, precedentemente adito dal ricorrente, che ha appunto declinato la propria giurisdizione (sentenza n. 20 del 2001).

Può infine ricordarsi che questa Corte (Cass., sez. un., 5 marzo 2008, n. 5920) ha affermato in proposito che la procedura di selezione avviata da una ASL per il conferimento dell'incarico di dirigente di secondo grado del ruolo sanitario - prevista dal d.lgs. n. 502 del 1992, art. 15-ter, commi 2 e 3, aggiunto dal d.lgs. n. 229 del 1999, art. 13, sulla quale non incide la L. n. 45 del 1999, art. 2, il quale reca soltanto la disciplina sostanziale dei requisiti per la partecipazione alla selezione medesima - non ha carattere concorsuale, ai sensi e per gli effetti di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4, in quanto si articola secondo uno schema che prevede non lo svolgimento di prove selettive con formazione di graduatoria finale ed individuazione del candidato vincitore, ma la scelta di carattere essenzialmente fiduciario di un professionista ad opera del direttore generale della ASL, nell'ambito di un elenco di soggetti ritenuti idonei da un'apposita commissione sulla base di requisiti di professionalità e capacità manageriali. Ne consegue che tutte le relative controversie attinenti alla procedura di selezione, quale quella concernente l'accertamento del diritto al conferimento dell'incarico, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, in quanto hanno ad oggetto atti adottati in base alla capacità ed ai poteri propri del datore di lavoro privato, ai sensi del citato d.lgs. n. 165 del 2001, art. 5. Sicché sussiste la giurisdizione del giudice ordinario come correttamente ritenuto dalla Corte d'appello.

3. Il secondo motivo di ricorso - con cui il ricorrente censura l'impugnata sentenza per aver ritenuto che il provvedimento di scelta del dirigente di X. livello potesse essere privo di motivazione - è infondato.

Il d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 15-ter, (recante norme di riordino della disciplina in materia sanitaria per effetto della delega di cui alla L. 23 ottobre 1992, n. 421, art. 1) prevede, al comma 2, che l'attribuzione dell'incarico di direzione di struttura complessa è effettuata dal direttore generale, previo avviso da pubblicare in Gazzetta Ufficiale, sulla base di una rosa di candidati idonei selezionata da una apposita Commissione.

La procedura selettiva è quella affidata a tale Commissione, mentre la scelta del dirigente sanitario al quale affidare l'incarico, nell'ambito della rosa indicata dalla Commissione, spetta al direttore generale.

Si tratta di un incarico fiduciario connotato dal fatto che la Pubblica Amministrazione - e per essa il direttore generale - agisce con i poteri del datore di lavoro privato sicché essa deve rispettare i criteri del bando e quelli legali, ma non è tenuta a motivare la propria scelta fiduciaria.

In proposito questa Corte (Cass., sez. un., 12 novembre 2007, n. 23480) ha affermato, proprio in relazione al conferimento dell'incarico di dirigente di X. livello del ruolo sanitario, ai sensi del d.lgs. n. 502 del 1992, art. 15, che è demandato alla Commissione suddetta soltanto il compito di predisporre un elenco di candidati idonei (senza attribuzione di punteggi e senza formazione di graduatoria) da sottoporre al direttore generale, il quale conferisce l'incarico con scelta di carattere fiduciario affidata alla propria responsabilità manageriale.

Ciò non toglie che la scelta del direttore generale debba essere ispirata al criterio del buon andamento della pubblica amministrazione; però, nel contesto del lavoro pubblico contrattualizzato ed assoggettato al disciplina privatistica, il dipendente non può addurre tale criterio come obbligazione sussidiaria e strumentale rispetto alle obbligazioni che in generale sorgono per effetto dell'instaurazione di un rapporto di lavoro. Viceversa opera l'ordinario apparato di tutela del lavoro che, tra l'altro, vieta pratiche discriminatorie, sicché il dirigente al quale sia stato preferito altro candidato può dolersi, in ipotesi, del carattere discriminatorio della scelta del direttore generale o, ancora più in generale, della violazione del canone di corretta e buona fede che presidia ogni rapporto obbligatorio contrattuale (ex artt. 1175 e 1375 c.c.); doglianze che nella specie il ricorrente non ha mosso nel giudizio di merito.

4. Il terzo motivo di ricorso - con cui il ricorrente deduce il vizio di motivazione sulla mancata valutazione comparativa dei curricula dei candidati - è inammissibile per inidoneità del quesito ex art. 366 bis c.p.c., mancando - nel quesito formulato dal ricorrente ("Dica codesta Corte se sia rilevante per la definizione della controversia e sotto tale profilo integri il vizio di cui all'art. 360 c.p.c., n. 5, l'esame della censura relativa all'omessa valutazione comparativa dei curricula dei partecipanti alla procedura selettiva") - la chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione.

5. Infondato è il quarto motivo di ricorso, con cui il ricorrente censura l'impugnata sentenza per l'erronea interpretazione del regime transitorio della nuova disciplina dell'accesso alla direzione sanitaria aziendale (D.P.R. n. 484 del 1997, art. 5).

Deve considerarsi in proposito che il D.P.R. 10 dicembre 1997, n. 484, art. 5, (recante il Regolamento per la determinazione dei requisiti per l'accesso alla direzione sanitaria aziendale e dei requisiti e dei criteri per l'accesso al X. livello dirigenziale per il personale del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale) prevede che l'accesso al X. livello dirigenziale, per quanto riguarda le categorie dei medici, veterinari, farmacisti, odontoiatri, biologi, chimici, fisici e psicologi, è riservato a coloro che sono in possesso dei determinati requisiti, il cui accertamento è demandato alla Commissione di cui si è detto sopra. Occorrono l'iscrizione all'albo professionale; un'anzianità di servizio di sette anni, di cui cinque nella disciplina o disciplina equipollente, e specializzazione nella disciplina o in una disciplina equipollente ovvero anzianità di servizio di dieci anni nella disciplina; un curriculum ai sensi dell'art. 8, in cui sia documentata una specifica

attività professionale ed adeguata esperienza; l'attestato di formazione manageriale da conseguirsi a seguito dell'espletamento del corso di formazione manageriale (di nuova istituzione) di cui all'art. 7.

Quindi l'idoneità all'incarico dirigenziale di X. livello, verificato dalla Commissione di cui si detto sopra, implica il possesso di tutti tali requisiti dei quali inizialmente l'attestato di formazione manageriale scontava la concreta attivazione dei corsi relativi.

Il successivo art. 15, sotto la rubrica disposizioni finali e transitorie, introduce poi una duplice eccezione che persegue una distinta finalità: da una parte quella di evitare uno iato tra il vecchio ed il nuovo sistema di accesso al X. livello dirigenziale per il personale del ruolo sanitario in ragione del fatto che occorreva istituire i corsi di formazione dirigenziale; d'altra parte l'esigenza di non penalizzare chi tale idoneità avesse già conseguito nel precedente ordinamento della dirigenza sanitaria.

Ed allora da una parte l'art. 15 cit., comma 2, ha previsto che fino all'espletamento del primo corso di formazione manageriale di cui all'art. 7, l'incarico di direzione sanitaria aziendale e gli incarichi di X. livello dirigenziale sono attribuiti senza l'attestato di formazione manageriale, fermo restando l'obbligo di acquisire l'attestato nel primo corso utile.

D'altra parte il medesimo art. 15, comma 4, ha previsto che limitatamente ad un quinquennio dalla data di entrata in vigore del regolamento, coloro che sono in possesso dell'idoneità conseguita in base al pregresso ordinamento, possono accedere agli incarichi di X. livello dirigenziale nella corrispondente disciplina anche in mancanza dell'attestato di formazione manageriale, fermo restando l'obbligo, nel caso di assunzione dell'incarico, di acquisire l'attestato nel primo corso utile.

Con riferimento in particolare a quest'ultima norma transitoria correttamente la Corte d'appello ha rilevato che era diretta a equiparare nei limiti di un quinquennio l'idoneità conseguita nell'ordinamento precedente ai requisiti richiesti dal D.P.R. n. 484 del 1997, art. 5, fermo restando l'obbligo anche per questi soggetti di conseguire l'attestato di formazione manageriale al primo corso utile.

Non può quindi condividersi la tesi sostenuta dal ricorrente secondo cui la suddetta disposizione transitoria (art. 15, comma 4) avrebbe una finalità limitativa nel senso di esonerare i soggetti che avessero acquisito l'idoneità in base al precedente ordinamento solo dal requisito del possesso dell'attestato di partecipazione al corso di formazione, ma non anche dagli altri requisiti di anzianità specifica di pratica e specializzazione nella disciplina oggetto di incarico stabiliti dal D.P.R. n. 484 del 1997, art. 5.

Un tale interpretazione - come ha correttamente rilevato la Corte d'appello sul piano esegetico - postula l'assenza di qualsiasi disposizione transitoria sulla sorte delle idoneità all'incarico di X. livello (già incarico di primario) conseguite nel precedente ordinamento, con conseguente rottura fra i due ordinamenti ed estinzione automatica dei diritti alla partecipazione ai bandi per gli incarichi di X. livello per coloro che avessero già conseguito l'idoneità nel vecchio ordinamento. Inoltre una tale lettura limitativa della disposizione transitoria, diretta a svalutare le idoneità già conseguite nel precedente ordinamento della dirigenza sanitaria, svuoterebbe di contenuto l'art.

15 cit., comma 4, che sarebbe meramente ripetitivo, posto che già al comma 2, della medesima disposizione è previsto che, in attesa della istituzione dei corsi, i soggetti in possesso dei requisiti previsti dall'art. 5, potessero partecipare alle selezioni senza l'attestato di formazione manageriale, fermo l'obbligo di partecipare al primo corso utile.

Invece l'interpretazione accolta assegna alla citata disposizione (art. 15, comma 4) la funzione di porre una disciplina transitoria intesa a stabilire una continuità, ancorché limitata ad un quinquennio, fra vecchio e nuovo ordinamento di accesso agli incarichi dirigenziali di X. livello.

Nella specie è pacifico che il Dott. M.G., candidato concorrente per l'incarico in questione e controinteressato rispetto all'attuale ricorrente, avesse conseguito l'idoneità primaria in base al vecchio ordinamento, rilevante in ragione della citata disposizione transitoria, sicché la valutazione di idoneità espressa dalla apposita Commissione si sottrae alle censure del ricorrente.

6. Infondati sono infine gli altri motivi di ricorso.

Tale è infatti il quinto motivo con cui il ricorrente si duole dell'illegittima sospensione dell'attività della Commissione incaricata della valutazione dei titoli dei candidati giacché questa interruzione temporanea nel procedimento valutativo della Commissione, diretta peraltro proprio ad acquisire elementi conoscitivi utili per proseguire nell'attività ad essa demandata, è stata del tutto irrilevante - in termini di allungamento dei tempi della procedura - ai fini della valutazione di idoneità dei candidati rimessa alla Commissione stessa.

Infondato è il sesto motivo di ricorso, con cui il ricorrente si duole della mancata ammissione delle prove, non risultando la decisività della prova non ammessa; non senza rilevare che la censura di fondo mossa dal ricorrente (i.e. mancanza nel candidato poi prescelto dei requisiti prescritti dall'art. 5 cit.) poneva essenzialmente una questione di diritto, predicando una interpretazione restrittiva della menzionata disposizione transitoria (art. 15, comma 4, cit.).

Infondato è infine il settimo motivo del ricorso con cui il ricorrente si duole della condanna alle spese avendo la Corte d'appello fatto applicazione dell'ordinario criterio della soccombenza.

7. Il ricorso va quindi dichiarato inammissibile quanto al primo, terzo ed ottavo motivo e rigettato nel resto.

Alla soccombenza consegue la condanna della società ricorrente al pagamento delle spese processuali di questo giudizio di cassazione nella misura liquidata in dispositivo in favore della parte costituita (l'Azienda sanitaria resistente). Non occorre invece provvedere sulle spese per le parti non costituite.

P.Q.M.

La Corte, a Sezioni Unite, dichiara inammissibili il primo, terzo e ottavo motivo di ricorso; rigetta il ricorso nel resto; condanna il ricorrente al pagamento, in favore dell'Azienda ospedaliera resistente, delle spese di questo giudizio di cassazione liquidate in Euro 200,00, (duecento) per esborsi ed in Euro 3.700,00, (tremilasettecento) per onorario d'avvocato, oltre IVA, CPA e spese generali. Nulla sulle spese per le altre parti.

Così deciso in Roma, il 3 febbraio 2009.

Depositato in Cancelleria il 6 marzo 2009