



7107.14 26 MAR. 2014

ESENTE REGISTRAZIONE - ESENTE BOLL - ESENTE ORIGINALE

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE LAVORO

Oggetto

[Empty box]

R.G.N. 5867/2008

Cron. 7107

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. PAOLO STILE - Presidente - Ud. 09/01/2014
- Dott. GIUSEPPE BRONZINI - Consigliere - PU
- Dott. FEDERICO BALESTRIERI - Rel. Consigliere -
- Dott. DANIELA BLASUTTO - Consigliere -
- Dott. FRANCESCO BUFFA - Consigliere -

Rep.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 5867-2008 proposto da:

PG, elettivamente domiciliato in
ROMA, VIA PO 25/B (STUDIO LEGALE PESSI E ASSOCIATI),
presso lo studio degli avvocati MARIANI DANIELE,
GENTILE GIOVANNI GIUSEPPE, SANTORI MAURIZIO, che lo
rappresentano e difendono, giusta delega in atti;

- **ricorrente** -

2014

contro

106

A.U.S.L. di FROSINONE C.F. X, in persona del
legale rappresentante pro tempore, elettivamente
domiciliata in ROMA, VIALE REGINA MARGHERITA 46,

presso lo studio dell'avvocato FRASCAROLI RUGGERO,
rappresentata e difesa dall'avvocato GENTILE LORETO,
giusta delega in atti;

- **controricorrente** -

nonchè contro

UE ;

- **intimato** -

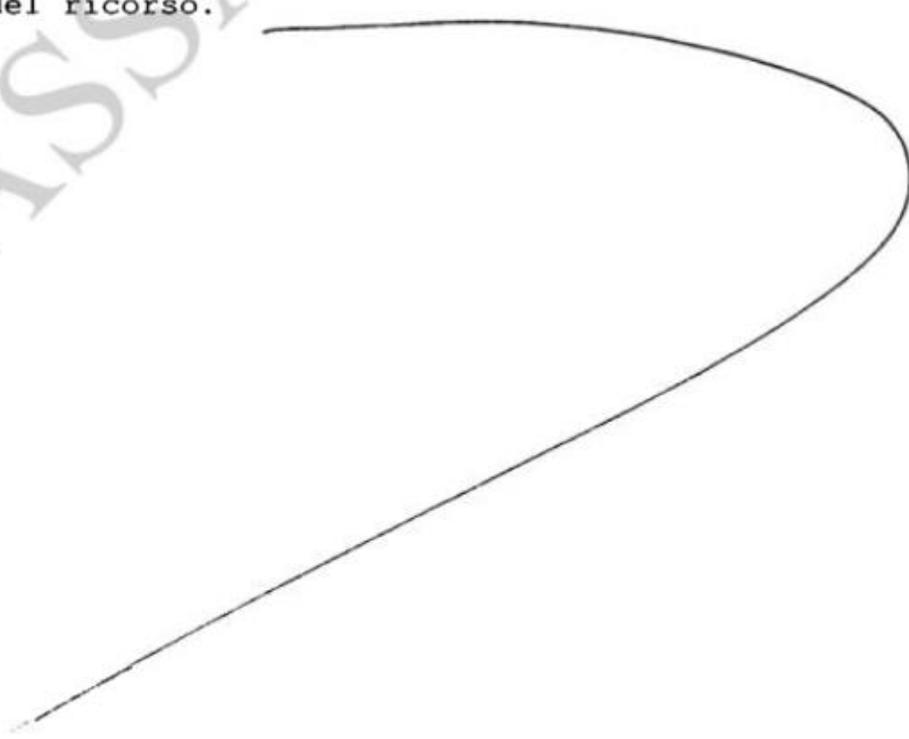
avverso la sentenza n. 7000/2006 della CORTE D'APPELLO
di ROMA, depositata il 26/02/2007 R.G.N. 5484/2005;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 09/01/2014 dal Consigliere Dott. FEDERICO
BALESTRIERI;

udito l'Avvocato GENTILE GIUSEPPE GIOVANNI;

udito l'Avvocato GENTILE LORETO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. FRANCESCA CERONI che ha concluso per il
rigetto del ricorso.





Svolgimento del processo

Con sentenza del 6 giugno 2005, il Tribunale di Cassino respingeva la domanda avanzata da GP nei confronti dell'azienda sanitaria locale Frosinone ed EU, compensando interamente le spese di lite.

Nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, il P aveva prospettato: - di essere dirigente medico di secondo livello presso l'ospedale di Sora fin dal 22 giugno 1999 con funzioni dirigenziali anche del Pronto Soccorso con annessa astanteria-osservazione breve del presidio di Ceccano; -di aver partecipato alla procedura selettiva indetta dalla A.S.L. di FROSINONE con avviso 20 giugno 2000 per il conferimento dell'incarico quinquennale di dirigente medico di secondo livello per il medesimo posto già ricoperto; -di essere stati individuati, a conclusione della procedura, previa valutazione dei *curricula* ("tenuto conto delle specificità del posto da ricoprire") e successivo svolgimento di un colloquio, tre candidati ritenuti idonei, compreso il ricorrente stesso; -di essere stato poi conferito l'incarico ad EU con provvedimento n. 783\03 del Direttore Generale della A.S.L. di Frosinone, nonostante che al colloquio costui avesse riportato una valutazione complessiva di discreto e non quella superiore di buono, ottenuta invece da esso ricorrente, e senza svolgere compiti connotati da autonomia gestionale o da responsabilità diretta nell'impiego delle risorse; -di doversi pertanto considerare illegittimo tale provvedimento di nomina poiché adottato in palese difformità rispetto alle risultanze e valutazioni emerse in sede di selezione e comunque senza tener conto della capacità professionale e della idoneità dirigenziale degli idonei quali il ricorrente stesso; -di doversi considerare illegittimo altresì il provvedimento di nomina, perché privo di motivazione ex art. 3 legge n.241\90, essendo rimaste ingiustificate le ragioni della scelta operata in favore dell' U scelta peraltro deliberata in contrasto con il parere espresso dalla "Commissione Affermativa"

FB



di cui all'art. 15 del d.lgs n. 502/92; -di essere stato comunque ingiustamente pretermesso dall'incarico con grave danno della sua stessa professionalità rispetto sia ^{alla} ~~la~~ continuità delle funzioni fino a quel momento svolte sia ~~il~~ buon funzionamento della gestione e del servizio di Pronto Soccorso di Sora. Chiedeva quindi l'annullamento e/o la disapplicazione della delibera ASL n. 783\03 sopra menzionata.

FB

Costituitisi nel giudizio di primo grado, i convenuti ASL ed Ettore U avevano contestato la fondatezza della domanda sostenendo l'assoluta legittimità dell'operato della amministrazione, posto che per l'art. 15 del d.lgs n. 502/92 (come novellato dal d.lgs n. 517\93) la nomina del dirigente di struttura complessa avviene ad opera del Direttore Generale sulla base del parere espresso da apposita Commissione (avente il compito di stilare non una graduatoria ma un semplice elenco degli idonei previo colloquio e valutazione del curriculum professionale degli aspiranti stessi), e secondo un'autonoma e responsabile decisione del Direttore Generale stesso, improntata all'*intuitu personae* e quindi non soggetta all'onere di motivazione e non necessariamente frutto di una analitica e comparativa valutazione dei titoli degli aspiranti, essendo configurabile solo un onere di scelta tra gli aspiranti ritenuti idonei all'incarico da espletare.

FB

Respinta la domanda cautelare spiegata dal ricorrente, il Tribunale di Cassino rigettava la domanda, compensando le spese.

Proponeva appello il P ; resistevano la ASL e l' U .

Con sentenza depositata il 26 febbraio 2007, la Corte d'appello di Roma respingeva il gravame compensando le spese.

Per la cassazione propone ricorso il P , affidato a tre motivi, poi illustrati con memoria.

Resiste la a.u.s.l. con controricorso, mentre l' U è rimasto intimato.



Motivi della decisione

1.-Con il primo motivo il ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 15 *ter*, comma 2, del d.lgs n. 502\92, e successive modificazioni ed integrazioni, anche in relazione all'art. 1175 c.c. (art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.).

Lamenta che la Corte territoriale ritenne che il citato art. 15 *ter*, comma 2 (secondo cui "l'attribuzione dell'incarico di direzione di struttura complessa è effettuata dal direttore generale previo avviso da pubblicare nella G.U. sulla base di una rosa di candidati idonei selezionata da apposita commissione"), attribuiva al direttore della a.s.l. un potere totalmente discrezionale, considerato il carattere fiduciario dell'incarico.

Si duole che doveva invece ritenersi, sia in base ai generali principi di correttezza e buona fede cui è improntata l'esecuzione del contratto, sia in base alle valutazioni espresse dalla commissione di cui al citato art. 15 *ter* (che peraltro lo vedevano prevalere sul candidato U), la sussistenza di un obbligo di motivare la scelta.

2.- Con il secondo motivo il ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1326 e seguenti c.c.; degli artt. 1362- 1367 c.c. e dell'art. 1375 c.c., oltre ad omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo della controversia (art. 360, comma 1, nn. 3 e 5, c.p.c.).

Lamenta di aver chiaramente lamentato, nel proprio atto di appello, l'omessa motivazione da parte del Giudice di primo grado circa un fatto decisivo ai fini del decidere, *rinvenibile proprio nell'avviso pubblico del 20.6.2000*, contenente gli estremi della procedura selettiva indetta dalla ASL di Frosinone ed, in particolare, l'obbligo -sussistente in capo al Direttore generale - di conferire l'incarico quinquennale a dirigente medico di secondo livello "con provvedimento motivato". Era dunque proprio l'avviso pubblico del 20.6.2000 (già allegato al doc. n. 2 del fascicolo di

FB



primo grado ed anche in questa sede riprodotto), indipendentemente dall'interpretazione della legge, a vincolare in tal senso il Direttore generale, disponendo che "L'incarico verrà conferito dal direttore generale ai sensi delle disposizioni del decreto legislativo n.229 del 19.6.1999 con *provvedimento motivato* sulla base dell'elenco degli idonei predisposto dalla competente commissione". Di analogo tenore era poi la *Circolare del Ministero della Sanità n. 1221\96*, parimenti ritualmente prodotta (doc. n. 2) che, proprio con riferimento agli incarichi di dirigente del ruolo secondario di II livello, da conferire ex art. 15 d.lgs n. 502\92, aveva espressamente previsto che "Il direttore generale opererà la scelta del soggetto cui conferire l'incarico con provvedimento motivato". Ne conseguiva la relativa autolimitazione dei poteri dell'amministrazione, nella specie non osservata, come stabilito dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 23549\06, Cass. n. 4462\04) e dal principio che nell'ambito di procedura concorsuale il principio di discrezionalità, discendente dalla natura fiduciaria dell'incarico da conferire, non potrebbe mai intendersi come arbitrarietà o scelta assolutamente immotivata.

Lamenta che la Corte capitolina, limitandosi a richiamare talune decisioni del giudice amministrativo e la modifica dell'art. 15 ad opera dell'art. 16 del d.lgs n. 517\93, non aveva esaminato la documentazione rilevante nella specie (avviso pubblico del 20.6.00 e Circolare ministeriale n.1221\96), oltre agli obblighi discendenti dai menzionati principi di correttezza e buona fede.

3. Con il terzo motivo il ricorrente denuncia una omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo della controversia (art. 360, comma 1, n.5 c.p.c.).

Lamenta che dalla specifica documentazione di causa (compresi i verbali della Commissione di cui al citato art. 15 *ter*) emergeva con chiarezza l'obbligo di motivare la nomina, laddove la Corte di merito si era limitata a sostenerne la discrezionalità sulla base del

FB



d.lgs n. 517\93 e della connessa assunzione di responsabilità da parte del direttore generale (peraltro nella specie commissario straordinario) tenuto ad esaminare gli atti della citata Commissione.

4.- I motivi, che per la loro connessione possono essere congiuntamente esaminati, sono infondati.

4.1- Seppure possa infatti, in via generale, affermarsi che, nell'ambito di procedura concorsuale, anche laddove non esista un preciso obbligo di motivazione, per i principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione (art.97 Cost.), la scelta, pur rimessa alla discrezionalità dell'organo competente, debba essere motivata, si osserva che secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte il conferimento dell'incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario, ai sensi dell'art. 15, terzo comma, del d.lgs. 20 dicembre 1992, n. 502, come modificato dall'art. 16 del d.lgs. n. 517 del 1993, *non ha natura concorsuale*, essendo demandato ad apposita commissione solo il compito di predisporre un elenco di candidati idonei da sottoporre al direttore generale, il cui atto di conferimento ha natura negoziale di diritto privato che si fonda su una scelta di carattere essenzialmente fiduciario ad opera dell'organo preposto, affidata alla sua responsabilità manageriale, garanzia sufficiente al rispetto dei principi dell'ordinamento in materia (Cass. n. 25314 del 01/12/2009; Cass. n. 17852 del 31/07/2009; Cass. n. 11009 del 13/05/2009; Cass. sez. un. 8 novembre 2005 n. 21593). Ne consegue altresì l'inapplicabilità della normativa di cui alla legge n. 241 del 1990 (nella specie pure invocata dal ricorrente) che riguarda unicamente la materia dei procedimenti amministrativi il cui atto costitutivo ha natura autoritativa, e l'insussistenza di alcun obbligo motivazionale da parte del direttore generale, la cui scelta è sindacabile solo sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede che consente di valutare l'atto rispetto ai principi di imparzialità e di

FB



buon andamento di cui all'art. 97 cost. (Cass. 31.7.09 n. 17852). Né 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, avendo detto avviso la sola funzione di ampliare il campo dei soggetti tra i quali il Direttore Sanitario o Generale deve operare la scelta (Cass. n. 23549\06).

4.2- In base ~~del~~^{al} medesimo principio questa Corte ha rilevato l'inesistenza di un dovere di motivazione comparativa tra i diversi aspiranti, e che l'eventuale inosservanza, in detta valutazione, dei doveri di correttezza e buona fede, mentre può giustificare una pretesa risarcitoria (Cass. n. 28714 del 03/12/2008) dei candidati non prescelti (anche per perdita di *chances*), non può giustificare l'annullamento dell'atto di conferimento dell'incarico, non esistendo un principio generale secondo il quale la violazione dei suddetti principi comporti di per sé la nullità o l'annullabilità dell'atto (Cass. n. 25314 del 01/12/2009).

4.3- Deve tuttavia rilevarsi che, secondo i principi, anche nell'ambito del lavoro pubblico contrattualizzato, operano le ordinarie garanzie a tutela del lavoro che, tra l'altro, vietano pratiche discriminatorie, sicché il dirigente, al quale sia stato preferito altro candidato, può dolersi 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 ex artt. 1175 e 1375 cod.civ. (Cass. sez.un. n. 5457 del 06/03/2009).

A maggior ragione rileva il caso in cui, nell'ambito dei principi privatistici, l'amministrazione, in particolare attraverso l'avviso pubblico del 20.6.00 e la Circolare ministeriale n.1221\96, si sia (o risulti) vincolata al rispetto di una determinata procedura, ed in particolare all'obbligo di motivazione della scelta. Nel caso di specie tali circostanze sono pacifiche (cfr. pag. 12 controricorso)



e comunque già oggetto di verifica da parte di questa Corte in analogia controversia (Cass. 3.11.06 n.23549).

4.4- Le conseguenze, tuttavia, non sono quelle richieste dal P (accertamento del proprio diritto all'incarico, cfr. conclusioni riportate dalla sentenza impugnata), bensì unicamente risarcitorie, nella specie non richieste.

Come osservato dalla menzionata Cass.3.11.06 n.23549, è ben vero che il d.lgs n. 165\01, art. 63, riconosce al giudice ordinario il potere di emettere sentenze di accertamento, di condanna e costitutive nei confronti della pubblica amministrazione, ma ciò, secondo la natura dell'atto, la cui illegittimità viene sanzionata. In sostanza il giudice ordinario può emettere una pronuncia costitutiva del rapporto di pubblico impiego contrattualizzato solo ove si tratti di attività vincolata e non discrezionale (cfr. già Cass. 14 settembre 2005 n. 18198), mentre nel caso di specie trattasi di scelta fiduciaria.

5.- Il ricorso va pertanto rigettato.

Valutati i menzionati precedenti di legittimità nella specifica materia, stima equo la Corte compensare le spese del presente giudizio. Nulla per le spese quanto alla parte rimasta intimata.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Compensa le spese tra il ricorrente e la A.U.S.L. di Frosinone.

Nulla per le spese quanto alla parte rimasta intimata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 9 gennaio 2014

Il Consigliere est.

dott. Federico Balestrieri

Il Presidente

dott. Paolo Stile

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Donatella COLETTA
Depositato in Cancelleria



oggi, 26 MAR 2014

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Donatella COLETTA