

Corte di Cassazione civ Sezione Lavoro Civile

Sentenza del 6 dicembre 2012, n. 21943

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DE RENZIS Alessandro - Presidente

Dott. MAISANO Giulio - Consigliere

Dott. BRONZINI Giuseppe - Consigliere

Dott. BALESTRIERI Federico - Consigliere

Dott. BLASUTTO Daniela - rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 1414/2009 proposto da:

(OMISSIS) (OMISSIS), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato (OMISSIS), giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

AZIENDA OSPEDALIERA OSPEDALI RIUNITI DI (OMISSIS), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato (OMISSIS), giusta delega in atti;

(OMISSIS) (OMISSIS), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato (OMISSIS), giusta delega in atti;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 157/2008 della CORTE D'APPELLO di BRESCIA, depositata il 08/08/2008 R.G.N. 432/07;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 30/10/2012 dal Consigliere Dott. DANIELA BLASUTTO;

udito l'Avvocato (OMISSIS) per delega (OMISSIS);

udito l'Avvocato (OMISSIS) per delega (OMISSIS);

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. FUCCI Costantino, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza depositata l'8 agosto 2008 la Corte di Appello di Brescia rigettava il gravame proposto dal Dott. (OMISSIS) avverso la sentenza del Tribunale di Bergamo che aveva respinto la domanda dallo stesso proposta nei confronti della Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di (OMISSIS) e nei confronti del Dott. (OMISSIS) per l'accertamento del proprio diritto al conferimento dell'incarico di direttore della struttura complessa di odontoiatria, previa esclusione del Dott. (OMISSIS) dalla procedura selettiva indetta nell'agosto 2004 a motivo della mancata iscrizione dello stesso all'albo degli odontoiatri al momento della scadenza del bando. Il ricorrente aveva chiesto una pronuncia costitutiva del rapporto e la condanna dell'Azienda al pagamento delle differenze retributive tra la qualifica rivestita di dirigente medico di primo livello e quella di direttore di struttura complessa di odontoiatria, oltre al risarcimento dei danni morali ed esistenziali derivanti dal ritardo nel conferimento dell'incarico.

La Corte territoriale osservava che la disciplina per il conferimento dell'incarico dirigenziale non puo' essere ricondotta ad una procedura concorsuale; che il provvedimento di conferimento dell'incarico e' censurabile in giudizio solo per ragioni di manifesta illogicita' o di contrarieta' ai canoni di buona fede e correttezza; che non e' consentito al giudice di porre in essere una pronuncia costitutiva e neppure di mero accertamento del diritto a ricoprire l'incarico; che dall'eventuale accoglimento della domanda potrebbe conseguire solo il risarcimento del danno per perdita di chances, ma non il diritto alle retribuzioni.

La partecipazione del Dott. (OMISSIS) alla selezione era comunque legittima per le seguenti considerazioni: il concorrente rientrava tra i medici specializzati della Legge n. 409 del 1985, ex articolo 5, per i quali era originariamente prevista la possibilita' di svolgere sia l'attivita' di medico, sia quella di odontoiatra effettuando un'apposita annotazione della specializzazione nell'albo dei medici-chirurghi; a seguito della sentenza della Corte di Giustizia del 29 novembre 2001 (Causa C-202/99) - che aveva affermato la non conformita' della legge n. 409 del 1985 alle direttive comunitarie - era stata emanata la Legge n. 14 del 2003, abrogativa dell'articolo 5 citato; ne era derivato l'obbligo, per i medici specializzati, come pure i medici generici di formazione anteriore al 1980 (in relazione alla sentenza n. 100 del 1989 della Corte Costituzionale), della duplice iscrizione all'albo dei medici chirurghi e all'albo degli odontoiatri se intendono esercitare entrambe le professioni e a tanto doveva provvedere anche il Dott. (OMISSIS). Occorreva pero' considerare che, mancando una disciplina transitoria, il Ministero della Salute aveva chiesto un parere al Consiglio di Stato, all'esito del quale la Federazione degli Ordini nazionali ebbe ad emanare nel settembre 2004 una circolare diretta agli ordini periferici, disponendo che fossero avvisati gli iscritti della concessione di un termine di 60 giorni per proporre, se intendevano proseguire nell'attivita' odontoiatrica, la domanda di iscrizione anche a tale albo; al momento della selezione indetta dall'Ospedale nell'agosto 2004 la situazione era ancora incerta e l'estensione, prevista dal bando, della partecipazione anche ai medici iscritti con annotazione era giustificata dalla situazione venutasi a creare; il Dott. (OMISSIS) (diffidato con lettera del novembre 2004 a provvedere alla doppia iscrizione entro 60 giorni) era ancora in possesso del requisito richiesto al tempo della selezione; poiche' l'abilitazione all'esercizio della professione puo' essere certificata solo dall'ordine professionale, che a quel momento l'aveva certificata anche per il Dott. (OMISSIS), doveva concludersi per il possesso dei titoli richiesti dalla legge ai fini della valida partecipazione alla procedura selettiva per l'assegnazione dell'incarico dirigenziale.

Avverso tale sentenza il Dott. (OMISSIS) propone ricorso per cassazione affidato a sette motivi.

Resistono con controricorso l'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di (OMISSIS) e il Dott. (OMISSIS).

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo di ricorso si chiede a questa Corte se il Decreto del Presidente della Repubblica 10 dicembre 1997, n. 484, articolo 5, lettera a) - il quale prevede tra i requisiti di ammissione "l'iscrizione all'albo professionale, ove richiesta, per l'esercizio professionale" - imponesse l'iscrizione all'albo degli odontoiatri, alla data di scadenza del bando, quale requisito di partecipazione alla procedura selettiva per il conferimento dell'incarico di Direttore di Struttura complessa di odontoiatria presso l'ASL, per effetto di quanto imposto dalla Legge 3 febbraio 2003, n. 14 e con riferimento a quanto statuito dalla sentenza della Corte di Giustizia CEE 29 novembre 2001, causa C-202-99. Si deduce che la Legge n. 14 del 2003, di immediata applicazione, aveva posto fine al regime transitorio previgente stabilito dalla Legge n. 409 del 1985, articolo 5, che consentiva agli iscritti all'albo dei medici chirurghi con l'apposita annotazione di conservare il diritto di esercitare la professione di odontoiatra, mentre il parere del Consiglio di Stato - travisato dalla Corte di appello - aveva solo aggiunto che era consentito l'esercizio della professione per il tempo strettamente necessario per l'iscrizione all'albo degli odontoiatri. Alla data di scadenza del bando, il (OMISSIS) non era ancora iscritto all'albo degli odontoiatri.

Con il secondo motivo si denuncia violazione di legge chiedendosi a questa Corte se il bando di pubblica selezione di cui alla Delib. 19 agosto 2004, n. 1076 della ASL di Bergamo per il conferimento dell'incarico di Direttore di Struttura complessa di odontoiatria richiedesse il possesso del requisito di iscrizione all'albo degli odontoiatri quale requisito di ammissione alla procedura e, in caso di diversa interpretazione del bando, se lo stesso dovesse essere disapplicato per violazione del principio di buona fede e correttezza di cui agli articoli 1336, 1337, 1375 e 1175 cod. civ., in relazione alle previsioni del Decreto del Presidente della Repubblica n. 484 del 1997, articolo 5, lettera a), per effetto di quanto imposto dalla Legge 3 febbraio 2003, n. 14, e se si dovesse procedere all'esclusione del Dott. (OMISSIS) per mancanza del requisito di iscrizione all'albo degli odontoiatri.

Con il terzo quesito di diritto si chiede se, una volta indetta la procedura selettiva e deciso di conferire l'incarico di Direttore di struttura complessa ad un candidato privo dei requisiti di partecipazione e che, quindi doveva essere escluso, sussista il diritto soggettivo all'assunzione dell'altro candidato giudicato idoneo dalla Commissione di esperti con una valutazione del tutto equivalente e tra l'altro in possesso di maggiori titoli, ai sensi del Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 63.

Con il quarto, il quinto e il sesto motivo si denuncia violazione di legge in ordine alla spettanza delle differenze retributive e al risarcimento del danno morale ed esistenziale, quale conseguenza del ritardato conferimento dell'incarico di direttore di struttura complessa cui ha diritto il Dott. (OMISSIS).

Con il settimo motivo si denuncia vizio di motivazione per non avere la sentenza debitamente valutato l'insussistenza del requisito, indispensabile ai fini della legittima ammissione alla procedura selettiva, della iscrizione all'albo degli odontoiatri e per non avere considerato che il Dott. (OMISSIS) non aveva provveduto a tale adempimento nemmeno entro la data assegnata con atto di messa in mora del 8 novembre 2004 dell'Ordine degli odontoiatri di Bergamo.

Assume prioritaria logica l'esame del terzo motivo, in cui si sintetizza la natura e l'oggetto dell'azione proposta.

Come si evince dalle conclusioni riportate nel ricorso per cassazione, il Dott. (OMISSIS) ha agito per fare accertare il suo "diritto al conferimento dell'incarico" di Direttore della struttura complessa di odontoiatria presso l'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di (OMISSIS). In funzione dell'accertamento di tale diritto, ha chiesto che siano dichiarati nulli o annullati o disapplicati gli atti con i quali il Dott. (OMISSIS) era stato ammesso alla procedura selettiva ed anche gli atti presupposti, tra cui specificamente il bando, se interpretato nel senso di ammettere alla selezione candidati non iscritti all'albo degli odontoiatri. Dalla costruzione in termini di diritto soggettivo, consegue la rivendicazione delle differenze retributive medio tempore maturate, mentre la domanda risarcitoria è avanzata dal ricorrente non quale candidato non prescelto (e dunque per perdita delle chances che sarebbero potute derivare dall'attribuzione dell'incarico), ma per i danni morali ed esistenziali (che il ricorrente assume) prodottisi per effetto del ritardato conferimento dell'incarico di cui all'accertando diritto.

Tale costruzione, che muove dall'assunto di un diritto soggettivo al conferimento dell'incarico, è contraria ai principi più volte ribaditi da questa Corte in tema di conferimento degli incarichi di dirigente del ruolo sanitario.

Il Decreto Legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, articolo 15 ter (recante norme di riordino della disciplina in materia sanitaria per effetto della delega di cui alla Legge 23 ottobre 1992, n. 421, articolo 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 secondo livello del ruolo sanitario, ai sensi del Decreto Legislativo n. 502 del 1992, articolo 15, che e' 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 responsabilita' manageriale. La scelta del direttore generale deve essere ispirata al criterio del buon andamento della pubblica amministrazione; tuttavia, la violazione dei canoni di correttezza e buona fede costituisce fonte di responsabilita' risarcitoria nei confronti dei candidati non prescelti, ma non determina, in assenza di una specifica disposizione che lo preveda, l'invalidita' dell'atto; "il dipendente non puo' addurre tale criterio come obbligazione sussidiaria e strumentale rispetto alle obbligazioni che in generale sorgono per effetto dell'instaurazione di un rapporto di lavoro" (v. Cass. S.U. n. 15764 del 19.7.2011; Cass. n. 25314 del 2009). Detta procedura non ha carattere concorsuale, ai sensi e per gli effetti di cui al Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 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 (Cass. S.U. sent. n. 59020 del 2008).

Se dunque dalla eventuale inosservanza dei criteri di correttezza e buona fede puo' discendere solo una pretesa risarcitoria (del candidato non prescelto) per perdita di chances, ma non l'annullamento dell'atto di conferimento dell'incarico dell'altro concorrente, ne' tanto meno una sentenza costitutiva del rapporto di lavoro dirigenziale, nessuna delle domande svolte dall'attuale ricorrente per cassazione puo' trovare accoglimento: non quella diretta ad ottenere giudizialmente l'incarico, che non costituisce oggetto di un diritto e che richiede la manifestazione di una scelta fiduciaria da parte del direttore generale della ASL; non quella avente ad oggetto le differenze retributive, le quali non sono state indicate dal ricorrente come parametro di una domanda risarcitoria, mai formulata, ma integrano -nel contesto della domanda proposta - la conseguenza della costituzione in capo al ricorrente del rapporto dirigenziale di secondo livello; non quella relativa al risarcimento dei danni morali ed esistenziali, domanda che non presuppone la perdita dell'incarico, ma al contrario il suo conferimento, il cui ritardo avrebbe cagionato al ricorrente un pregiudizio, secondo la prospettazione sottesa alla domanda.

Il rigetto del terzo motivo, comporta l'assorbimento del quarto, del quinto e del sesto; inoltre, rende privo di interesse (articolo 100 cod. proc. civ.) l'esame dei restanti, il cui eventuale fondamento non potrebbe fare conseguire al ricorrente alcun utile risultato (in rapporto alle pretese azionate), avendo egli agito non per rivendicare un risarcimento dei danni da perdita di chances, ma per il riconoscimento in giudizio di un insussistente diritto all'incarico. Neanche dal preteso annullamento della procedura - e/o degli atti che hanno consentito al Dott. (OMISSIS) di partecipare - potrebbe derivare l'effetto della pretesa "concentrazione" della scelta sull'attuale ricorrente, per difetto di altri concorrenti idonei, potendo da tale situazione derivare solo l'eventualita' della ripetizione delle valutazioni discrezionali, di carattere fiduciario, rimesse alla scelta del direttore generale (cfr., da ultimo, Cass. ordinanza n. 21060 del 13.10.2011), ma non l'assegnazione de iure dell'incarico all'unico, residuo candidato.

I primi due motivi involgono questioni interpretative vertenti sulla efficacia diretta della legge n. 14 del 2003, anche in relazione alla sentenza della Corte di Giustizia U.E. 29 novembre 2001, causa C-202/99.

Con il primo motivo si sollecita questa Corte ad affermare che il Decreto del Presidente della Repubblica n. 484 del 1997, articolo 5, lettera a) - secondo cui tra i requisiti di ammissione alla procedura per il conferimento dell'incarico direttivo occorre "l'iscrizione all'albo professionale, ove richiesta, per l'esercizio professionale" - imponeva l'iscrizione dei concorrenti all'albo degli odontoiatri alla data di scadenza del bando, quale requisito di partecipazione alla procedura selettiva. Il secondo motivo e' conseguente al primo, poiche', sulla base dello stesso presupposto - costituito dal carattere cogente ed imperativo dell'iscrizione all'albo degli odontoiatri per effetto diretto della Legge n. 14 del 2003 - sollecita questa Corte a dichiarare nullo o disapplicare il bando di concorso che consentiva la partecipazione anche a coloro che non versavano in tale condizione di iscritti all'albo degli odontoiatri alla data di scadenza del bando medesimo.

I quesiti di diritto, in cui si esprimono i relativi motivi di ricorso, sono privi di specificita' rispetto agli enunciati contenuti nella sentenza impugnata, non interessando i passaggi logico-giuridici in cui questa e' scandita.

La Corte territoriale, ripercorrendo l'iter normativo che ha interessato la vicenda (Legge n. 409 del 1985, articolo 5; sentenza della Corte Costituzionale n. 100 del 1989; sentenza della Corte di Giustizia del 2001; Legge n. 14 del 2003 di adeguamento dell'ordinamento interno alle direttive comunitarie ed abrogativa della Legge n. 409 del 1985, articolo 5; parere del Consiglio di Stato, Sez. 1, n. 2995 del 2004; circolare della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri del settembre 2004, cui fece seguito la comunicazione della medesima Federazione del 15.10.04, diretta agli ordini locali, invitati a sollecitare i propri iscritti, in possesso delle annotazioni di cui all'articolo della Legge n. 409 del 1985 a chiedere l'iscrizione all'albo degli odontoiatri), ha concluso evidenziando come la situazione normativa fosse ancora incerta al momento della formazione da parte dell'Ospedale del bando di concorso (agosto 2004) e che cio' giustificasse la scelta di estendere prudenzialmente la partecipazione anche a coloro che, pur essendo abilitati all'esercizio professionale di odontoiatra, versavano nella condizione di medici iscritti con annotazione, ai sensi della disciplina di cui alla Legge n. 409 del 1985, articolo 5. La legittimita' di tale scelta derivava anche dal fatto che l'"abilitazione all'esercizio della professionale puo' essere certificata solo dall'ordine professionale, che a quel momento l'aveva certificata anche per il (OMISSIS)", in quanto la circolare della Federazione degli Ordini nazionali diretta agli organi periferici risale al settembre 2004 e con essa si chiedeva di avvisare gli iscritti della situazione (derivante dal parere espresso dal Consiglio di Stato secondo cui la prosecuzione dell'esercizio della professione di odontoiatra poteva avvenire, per i medici gia' iscritti con annotazione Legge n. 409 del 1985, ex articolo 5, per il tempo strettamente necessario a conseguire l'iscrizione), concedendo loro un termine di 60 giorni, se intendevano proseguire anche l'attivita' odontoiatrica, per presentare la domanda di iscrizione nel relativo albo. Pertanto, il Dott. (OMISSIS), gia' iscritto con annotazione Legge n. 409 del 1985, ex articolo 5, come il Dott. (OMISSIS), versava ancora, fino alla scadenza dei termini del bando (avvenuta anteriormente alla scadenza del termine di 60 giorni fissato per l'iscrizione dalla circolare della Federazione degli ordini nazionali) nella condizione prevista dall'ordine professionale per il legittimo esercizio della professione di odontoiatra.

Il ricorso non censura alcuno dei suddetti passaggi della sentenza, dai quali prescinde completamente per opporre una diversa interpretazione della vicenda normativa, si che i due primi quesiti di diritto risultano avulsi dal contesto della sentenza che intendono censurare e non costituiscono validi presupposti per l'emanazione di un principio di diritto ai sensi dell'articolo 384 cod. proc. civ., comma 1, seconda parte.

E' inammissibile il ricorso per cassazione nel quale non venga precisata, nei suoi contenuti, la violazione di legge nella quale sarebbe incorsa la pronuncia di merito, non essendo al riguardo sufficiente la sola indicazione delle singole norme che si assumono violate, non seguita da alcuna dimostrazione per mezzo di una circostanziata critica delle soluzioni adottate dal giudice del merito (cfr. Cass. n. 1063 del 2005, conf. n. 5488 del 2006). In altri termini, quando nel ricorso per cassazione, pur denunciandosi violazione e falsa applicazione della legge, con richiamo di specifiche disposizioni normative, non siano indicate le affermazioni in diritto contenute nella sentenza gravata che si assumono in contrasto con le disposizioni indicate - o con l'interpretazione delle stesse fornita dalla giurisprudenza di legittimità o dalla prevalente dottrina - il motivo e' inammissibile, poiche' non consente alla Corte di Cassazione di adempiere il compito istituzionale di verificare il fondamento della denunciata violazione (Cass. 28 ottobre 2002, n. 15177; Cass. 16 luglio 2002, n. 10276). Non sono trascritte le affermazioni in diritto contenute nella sentenza gravata che si assumono in contrasto con le disposizioni indicate, ne' e' precisata la violazione di legge nella quale sarebbe incorsa la pronuncia di merito per avere interpretato nel senso sopra riportato le disposizioni di legge che regolano la fattispecie, non essendo al riguardo sufficiente semplicemente opporre una diversa interpretazione senza censurare quella contenuta nella sentenza impugnata. In particolare, nel ricorso ci si astiene totalmente dall'indicare le ragioni per cui difetterebbe il requisito di cui al Decreto del Presidente della Repubblica n. 484 del 1997, articolo 5, pur a fronte della certificata legittimità (ancorché solo transitoria, ma sussistente nei termini di scadenza del bando) dell'esercizio della professione di odontoiatra da parte dei medici chirurghi iscritti all'albo con annotazione Legge n. 409 del 1985, ex articolo 5.

In conclusione, i due primi motivi, ancorché corredati dai corrispondenti quesiti di diritto ex articolo 366 bis cod. proc. civ., risultano inammissibili perché non conformi al modello voluto dall'articolo 366 cod. proc. civ., n. 4.

Il ricorso va dunque respinto.

Quanto all'onere delle spese a carico della parte soccombente ex articolo 91 cod. proc. civ., deve farsi applicazione del nuovo sistema di liquidazione dei compensi agli avvocati di cui al Decreto Ministeriale 20 luglio 2012, n. 140, Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi per le professioni vigilate dal Ministero della giustizia, ai sensi del Decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1, articolo 9, conv., con modificazioni, in Legge 24 marzo 2012, n. 27.

Il Decreto Ministeriale n. 140 del 2012, articolo 41, aprendo il Capo 7 relativo alla disciplina transitoria, stabilisce che le disposizioni regolamentari introdotte si applicano alle liquidazioni successive all'entrata in vigore del Decreto stesso, avvenuta il 23 agosto 2012.

Tenuto conto dello scaglione di riferimento della causa; considerati i parametri generali indicati nell'articolo 4 del Decreto Ministeriale e le tre fasi previste per il giudizio di cassazione (fase di studio, fase introduttiva e fase decisoria) nella allegata Tabella A, i compensi sono liquidati nella misura omnicomprensiva di euro 2.500,00 in favore dell'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di (OMISSIS), che non ha svolto attivita' difensiva all'odierna udienza, e in euro 3.000,00 in favore di (OMISSIS), oltre euro 40,00 per esborsi e accessori di legge.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Condanna il ricorrente al pagamento dei compensi, che liquida in euro 2.500,00 in favore dell'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di (OMISSIS) e in euro 3.000,00 in favore di (OMISSIS), oltre euro 40,00 per esborsi e accessori di legge.