

R.G. 1255/2016



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE DI APPELLO DI NAPOLI**

Sezione controversie di lavoro e di previdenza ed assistenza composta dai magistrati:

- 1) dr. Raffaella Genovese Presidente
- 2) dr. Vincenza Totaro
- 3) dr. Sebastiano Napolitano rel.

Riunita in camera di consiglio ha pronunciato, all'udienza del 12.01.23, la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 1255/2016 del ruolo generale lavoro

T R A

DI [REDACTED] generalizzato in atti

rappresentato e difeso come in atti dall'avv. Ernesto Criscuolo

APPELLANTE

E

AORN A. CARDARELLI, in persona del legale rapp.te p.t. e

[REDACTED], generalizzato in atti, rappresentati e difesi, come in atti, dall'Avv. Raffaella Di Nardo;

APPELLATI

OGGETTO: pubblico impiego, attribuzione di incarico temporaneo di dirigente medico di struttura complessa

CONCLUSIONI: come in atti

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Parte appellante nel presente giudizio ha proposto tempestivo gravame avverso la sentenza del Tribunale di Napoli, sez. Lavoro, n.8540/15, che aveva rigettato il suo ricorso con il quale aveva richiesto al giudice adito - previa disapplicazione della *delibera nr. 805 del 31.10.2013 del Direttore Generale dell'AORN Cardarelli di Napoli* e degli atti, regolamenti e provvedimenti presupposti, ritenuta l'illegittimità degli stessi *per violazione del D. Lgs. nr. 502/1992 e dell'art. 18 del CCNL Comparto sanità e dirigenza medica - di accertare e dichiarare l'insussistenza del diritto del [REDACTED] all'attribuzione dell'incarico sanitario temporaneo (ex art-15 ter del Dlgs 502/92) nelle funzioni di Direttore dell'Unità di Pneumologia II, ritenuto che lo stesso non fosse in possesso dei requisiti previsti dall'art. 18 del CCNL comparto sanità e dirigenza medica e dal bando di selezione interna di cui alla Delibera Aziendale nr. 596 del 24.7.2013; e per l'effetto di accertare e dichiarare il diritto di esso ricorrente, [REDACTED] [REDACTED] ad essere nominato Direttore facente funzioni della UOSC di Pneumatologia II dell'AORN Cardarelli, con decorrenza dalla data del 1.8.2013 ed in subordine dal 1.11.2013 stabilita dalla impugnata Delibera Aziendale nr. 805 del 31.10.2013; di accertare e dichiarare il diritto di esso, dott. [REDACTED] alla percezione dell'indennità di sostituzione per la copertura dell'incarico di facente funzioni di Direttore dell'Unità di Pneumologia II, prevista dall'art. 18 punto 7 del CCNL, comparto sanità, nell'importo mensile lordo di € 535,00 e/o nella diversa somma di giustizia sempre ex CCNL e ciò dal mese di ottobre 2013 (due mesi dopo il 1.8.2013) ed in subordine dal mese di febbraio dell'anno 2014 (due mesi dopo il 1.11.2013) sino al permanere nell'incarico dell'attuale facente funzioni ed all'insediamento al suo posto del dott. [REDACTED] con consequenziale adeguamento della situazione contributiva e previdenziale e di qualsiasi altro emolumento economico previsto per tale ruolo, se e come corrisposto al [REDACTED] [REDACTED] di accertare e dichiarare il diritto di esso, [REDACTED] al risarcimento del danno non patrimoniale negli autonomi significati di danno morale ed esistenziale, in ossequio alla recente sentenza della Corte di Cassazione nr. 22585 del 3.10.2013, quantificati equitativamente in ragione della insita oggettiva difficoltà di diversa valutazione, negli importi rispettivi di € 20.000 e di € 25.000, per il totale di € 45.000 o*

comunque della maggiore o minor somma ritenuta di giustizia; in subordine disapplicare, per illegittimità la Deliberazione nr. 805 del 31.10.2013 e ciò indipendentemente dal riconoscimento del diritto di esso ricorrente alla copertura dell'incarico con ogni conseguenza di legge in merito. In ragione di ciò, accertare il diritto del dott. Manzi Filippo ed impartire all'Azienda Cardarelli, a conferma di quanto già disposto dall'ordinanza cautelare del 20.2.2014 di provvedere a ciò nel contesto della selezione interna indetta con delibera nr. 596 del 24.7.2013; condannare l'AORN Cardarelli, in persona del legale rappresentante p.t., al pagamento delle spese competenze di causa con attribuzione.

Il ricorrente deduceva, in particolare, di aver partecipato, unitamente al [REDACTED] [REDACTED] (quali unici concorrenti) alla **selezione interna per l'attribuzione di un incarico temporaneo di Dirigente Medico Direttore di malattie dell'apparato respiratorio per UOSC Pneumologia II.**

Con delibera n.805 del 31.10.2013 l'incarico temporaneo era stato assegnato al [REDACTED] benchè quest'ultimo non possedesse il requisito di ammissione prescritto dal bando, ovvero – nello specifico- l'appartenenza alla UOSC Pneumatologia II.

Il [REDACTED] quindi, lamentava l'illegittimità sotto diversi profili dell'intera procedura (ed in particolare del bando, della delibera n.596 del 24.7.2013 e del regolamento interno n.639/2010) che aveva esitato la delibera in parola, in quanto asseritamente posta in violazione della normativa che disciplina gli incarichi temporanei dei Dirigenti sanitari -art.15 ter del Dlgs 502/1992- ed il CCNL di categoria – art.18 CCNL 8/6/2000).

Il GL adito, inquadrata la fattispecie all'esame nell'attribuzione dell'incarico temporaneo di dirigente di struttura complessa, per il caso in cui il posto si fosse reso vacante a seguito di pensionamento del titolare, aveva ritenuta non corretta l'interpretazione dell'art.18 CCNL di settore, offerta dal ricorrente, che avrebbe voluto vedere estesa all'ipotesi in esame la disciplina prevista dal comma 2 dell'art.18 cit. (individuazione del sostituto da parte del titolare momentaneamente assente per impedimento).

L'appellante censurava, con articolate argomentazioni, la sentenza impugnata, per aver male interpretato le norme di legge e contrattuali regolanti la materia, contestando in ogni caso il diritto del [REDACTED] all'attribuzione dell'incarico temporaneo.

Si costituiva parte appellata che eccepito preliminarmente il difetto di giurisdizione, contestavano in fatto e diritto la fondatezza dell'appello insistendo per la conferma della sentenza di primo grado.

Il fascicolo veniva assegnato al nuovo relatore (assegnatario dell'intero ruolo a decorrere dal 16 novembre 2022), con udienza già fissata per il 12 gennaio 2023; all'odierna udienza, acquisite le note dei procuratori delle parti, la Corte ha deciso la causa con trattazione scritta, per emergenza COVID- 19 (art. 221, comma 4, D.L. 19 maggio 2020 n. 34, convertito con la legge 17 luglio 2020 n. 7 e successive proroghe) come da dispositivo in atti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Va preliminarmente ribadita la giurisdizione del Giudice Ordinario in funzione di Giudice del Lavoro in ordine all'oggetto della presente controversia.

Il ricorrente, invero, in prima battuta, assume l'illegittimità (in relazione all'art.15 ter del Dlgs.n.502 del 1992 ed art.18 del CCNL 8 giugno 2000) delle determinazioni dell'Azienda Ospedaliera di Rilevanza Nazionale – AORN- A CARDARELLI ed in particolare del regolamento interno n.639/2010, del bando e della delibera n.596 del 24 luglio 2013 (“Indizione selezione interna, per titoli e colloquio, per l'attribuzione di incarico temporaneo di Direttore di Malattie Apparato Respiratorio per la UOSC Pneumologia II), della delibera n.805 del 31 ottobre 2013, con la quale all'esito e per l'effetto della procedura selettiva svolta, veniva attribuito l'incarico al [REDACTED]

È appena il caso di ricordare che in tema di organizzazione delle Aziende Sanitarie Ospedaliere (e delle ASL) l'art.3 del Dlgs n.502/1992 ne affida

l'organizzazione e il funzionamento ad "*atto aziendale di diritto privato*", adottato dal Direttore generale nel rispetto dei principi e criteri previsti da disposizioni regionali.

La giurisprudenza di legittimità – Cass.SS.UU., 4 luglio 2014, n.15304; e più recentemente, Cass.SS.UU. 8 luglio 2019, n.18262 – qualifica l'atto aziendale come atto di macro-organizzazione di diritto privato, ritenendo che per le Aziende sanitarie, le speciali disposizioni del Dlgs n.502/1992 contengano una deroga alle previsioni dettate dal Dlgs n.165/2001 per le Amministrazioni Pubbliche in genere, in coerenza con l'assetto aziendalistico-imprenditoriale che si è voluto conferire, con scopi di maggiore efficienza, agli Enti del Servizio Sanitario Nazionale.

Va, dunque, evidenziato che con riferimento al censurato – sotto il profilo della "illegittimità" - regolamento interno nr.639/2020 con cui l'AORN ha regolamentato la disciplina delle sostituzioni ex art.18 CCNL del 2000 come modificato dall'art.11 del CCNL del 2005, (oltre che dei "provvedimenti" conseguenti sino alla delibera di attribuzione dell'incarico temporaneo in parola) la discrezionalità dell'Amministrazione nelle scelte organizzative incidenti sui singoli rapporti di lavoro non implica l'affermazione della natura pubblicistica dell'attività svolta e non condiziona, quindi, la giurisdizione (cfr. Cass, SS.UU. 18 aprile 2003, n.6348)

La qualificazione dell'attività di gestione del rapporto di lavoro pubblico come attività privatistica non funzionalizzata, elimina, in realtà, dal campo delle controversie di pubblico impiego le figure del provvedimento amministrativo e dei suoi vizi, come pure le figure del procedimento amministrativo e delle sue regole, trattandosi di figure che ineriscono all'attività funzionalizzata della P.A.

In quest'ottica, anche, la revoca/ritiro di un atto di gestione precedentemente adottato – la delibera nr.1201 del 2000 - è anch'esso un atto di diritto privato, e quindi, un atto di revoca di un atto unilaterale negoziale.

L'AORN aveva a seguito di detta revoca (motivata sulla necessità di predeterminare i criteri di selezione e scelta dei candidati "in virtù delle molteplici pronunce giurisprudenziali successive") ed in applicazione dell'art. 18 c.9 del citato CCNL 2000 - come modificato dall'art.11 del CCNL del 2005, provveduto a disciplinare l'istituto delle sostituzioni ex art. 18 cit.

Orbene detti atti di gestione del datore di lavoro pubblico AORM essendo atti negoziali e non provvedimenti (cfr. Cass. sez. lav. 17 settembre 2008,n.23741) hanno natura di diritti potestativi nell'ambito del rapporto di negoziale.

Come noto all'agire della P.A. con i poteri del datore di lavoro privato consegue, in generale, che gli atti espressione dell'attività di organizzazione in regime di diritto privato restano sottratti al sindacato di merito del giudice ordinario, anche solo come verifica di coerenza e congruità della scelta rispetto all'interesse pubblico o come rispetto ai principi dettati dall'art.2 c.1 del Dlsg n.165/2001 per l'attività di macro-organizzazione, in regime di diritto pubblico.

Il riconoscimento di uno spazio di autonomia in capo al soggetto pubblico che opera come datore di lavoro, non sottoposto al sindacato giudiziale se non in termini di violazione di norme imperative, oltre che di correttezza e buona fede, è del resto analogo a quello affermato per parte datoriale operante nell'area privata: esso, infatti, non è conseguenza della mancata previsione di poteri sostitutivi da parte del giudice o della titolarità di poteri pubblicistici in capo al datore di lavoro pubblico, bensì è l'effetto dell'autonomia organizzativa della P.A. come attività non fungibile per il Giudice ordinario (né del resto per il giudice amministrativo) in quanto costituzionalmente salvaguardata come competenza esclusiva dell'Amministrazione.

Così delineati i poteri del giudice del lavoro e i contenuti del suo sindacato con riferimento agli atti organizzativi unilaterali, con cui la AORN ha

definito in dettaglio i presupposti e le modalità di svolgimento della selezione per l'attribuzione dell'incarico temporaneo di Dirigente medico della struttura complessa, occorre partire dal dato del condizionamento del potere del datore di lavoro pubblico ad opera dei principi direttivi stabiliti dalla legge (art.97 Cost.; Dlgs 502 del 1992 e Dlgs 165 del 2001) e a seguire dalle indicazioni fornite dalla contrattazione collettiva: art.18 CCNL di settore.

Pur avendo ben presente la necessità di ricostruire la fattispecie attraverso figure proprie del diritto comune, non può che prendersi le mosse dall'art.97 Cost. ed invero, il principio di correttezza e buona fede si specifica (cfr. Cass.sez.IV, 15 luglio 2011, n.15618) anche in regole procedurali poste dalla contrattazione collettiva (frequenti del resto sono i richiami della giurisprudenza di legittimità, attraverso le clausole generali di correttezza e buona fede, ai tradizionali parametri di verifica dell'*agere* dell'Amministrazione pubblica: *ex multis* Cass., sez.lav., 21 maggio 2004 n.9747; Cass. SS.UU.23 gennaio 2004, n. 1252).

Orbene l'art.97 Cost. impone alle pubbliche amministrazioni un principio di imparzialità e buon andamento che si traduce, in ambito di scelta del candidato, nell'adozione di procedure di selezione operata sulla base di criteri predeterminati, al fine di garantire l'accesso agli uffici ai candidati più meritevoli e capaci. Tale principio diviene ancora più significativo nel caso di incarichi dirigenziali, sebbene temporanei, nell'area della sanità pubblica, anche in virtù della natura peculiare del diritto alla salute. Tale diritto costituzionale, ritenuto dalla dottrina più accreditata come posizione giuridica di valore assoluto, si manifesta, nella sua molteplicità di espressioni, anche come diritto del cittadino ad ottenere le (qualitativamente) migliori prestazioni sanitarie, il che, impone all'Amministrazione in ambito selettivo, quale condotta speculare, la scelta del sanitario avente i migliori requisiti professionali.

Inoltre, con specifico riferimento agli incarichi dirigenziali, in considerazione della normativa regolatrice di cui a breve si dirà, si impone la nomina di un sanitario che sia in grado di assicurare una gestione ed un'organizzazione della struttura con una congrua continuità.

Quanto al rispetto delle indicazioni fornite dalla contrattazione collettiva di settore e segnatamente all'art.18 CCNL 2000, come modificato dall'art. 11 CCNL 2005, va preliminarmente osservato che la fattispecie in esame concerne l'ipotesi dell'attribuzione dell'incarico temporaneo di dirigente di struttura complessa, non per il caso di assenza o di impedimento del titolare - fattispecie, questa, disciplinata dall'art. 15 ter comma 5° del Dlgs 502 del 1992- , quanto, piuttosto, la diversa ipotesi in cui il posto di dirigente di struttura complessa si sia reso vacante a seguito di pensionamento (in data 1 agosto 2013 il ██████████ Direttore della UOSC Pneumologia II veniva collocato a riposo) cosicchè se ne deve disporre la copertura (temporanea) nelle more delle procedure concorsuali per l'attribuzione dell'incarico in via definitiva.

Il ridetto art. 18 nella formulazione del CCNL del 2000 prevede (va – cfr. testo precedente alla novella del II co. da parte del CCNL del 2005):

“In caso di assenza per ferie o malattia o altro impedimento del direttore di dipartimento, la sua sostituzione è affidata dall'azienda ad altro dirigente con incarico di struttura complessa da lui stesso preventivamente individuato con cadenza annuale. Analogamente si procede nei casi di altre articolazioni aziendali che, pur configurandosi con tale denominazione ricomprendano –secondo l'atto aziendale- più strutture complesse (co. 1). Nei casi di assenza previsti dal comma 1 da parte del dirigente con incarico di struttura complessa, la sostituzione è affidata dall'azienda ad altro dirigente della struttura medesima con rapporto di lavoro esclusivo, indicato dall'inizio di ciascun anno dal responsabile della struttura complessa, che –a tal fine- si avvale dei seguenti criteri:

a) il dirigente deve essere titolare di un incarico di struttura semplice ovvero di alta specializzazione;

b) valutazione comparata del curriculum dei dirigenti interessati (co. 2). (...)

Nel caso che l'assenza sia stata determinata dalla cessazione del rapporto di lavoro del dirigente interessato la sostituzione è consentita per il tempo strettamente necessario ad espletare le procedure di cui ai DPR 483 e 484/1997 ovvero dell'art. 17 bis del d. lgs. no nr. 502/1992. In ogni caso può durare sei mesi prorogabili fino a dodici (co 4). (...)

In prima applicazione la disciplina del presente articolo decorre dal sessantesimo giorno dall'entrata in vigore (co. 9) del presente CCNL e –da tale data- è disapplicato l'art. 121 del DPR 384/1990. Nel medesimo termine le aziende possono integrare le procedure di cui ai commi 1, 2 e 3 secondo i propri ordinamenti, previa consultazione dei soggetti dell'art. 10. co. 2”

Con il CCNL del 3.11.2005, il comma 2 del citato art. 18 (come si è anticipato), veniva riformulato nel modo che segue:

“Il comma 2 dell'art. 18 è così sostituito: Nei casi di assenza previsti dal comma 1 da parte del dirigente con incarico di direzione di struttura complessa, la sostituzione è affidata dall'azienda, con apposito atto, ad altro dirigente della struttura medesima indicato entro il 31 gennaio di ciascun anno dal responsabile della struttura complessa che –a tal fine- si avvale dei seguenti criteri:

a) il dirigente deve essere titolare di un incarico di struttura semplice o di alta specializzazione o comunque della tipologia c), di cui all'art. 27, con riferimento –ove previsto- alla disciplina di appartenenza;

b) valutazione comparata del curriculum prodotto dai dirigenti interessati che, limitatamente alle strutture per le quali –ai sensi della vigente normativa concorsuale, l'accesso è riservato a più categorie professionali, riguarda tutti gli addetti”.

La norma ad avviso di questa Corte, come ben posto in luce dal primo Giudice, che sul punto opera una ricostruzione che si fa propria e si ribadisce “rende evidente che i casi di cui al comma 1 dell'art. 18 – quelli cioè in cui le sostituzioni vengono poste in essere per il caso di assenze per ferie o malattie del responsabile di struttura complessa- vanno distinti dai casi di sostituzione

temporanea di cui al co. 4 del medesimo art. 18 – quelli cioè in cui l'assenza sia stata determinata dalla cessazione del rapporto di lavoro e nelle more dell'espletamento delle procedure concorsuali. Solo per le sostituzioni di cui al primo comma, infatti, ovvero quelle per assenza e malattia del dirigente di struttura complessa è prevista –per la scelta del sostituto- la procedura di cui al secondo comma. alcuna indicazione viene data, in ordine alle procedure per effettuare detta scelta, nella ricorrenza dell'ipotesi di cui al successivo comma 4 che si limita a prevedere che, anche per il caso di assenza determinata da cessazione del rapporto di lavoro, possano essere disposte sostituzioni nelle more dell'espletamento delle procedure concorsuali.” L'assimilazione tra le due ipotesi non è corretta “atteso che il co. 2 si riferisce solo alle ipotesi di cui al co. 1 e non anche a quelle di cui al co. 4,”. Come chiaramente messo in luce dal primo Giudice “L'applicazione delle regole procedurali previste dal comma 2 anche alle ipotesi previste dal co. 4 del citato art. 18 è altresì impedita dalla diversità di *ratio* delle due ipotesi di sostituzioni. E' evidente, infatti, che –pendente il rapporto di lavoro- ed essendo dovuta l'assenza del responsabile della struttura complessa a ferie o malattia, ben possa allo stesso essere rimessa, sulla scorta dei criteri indicati nel CCNL del 2005 (cfr. innanzi), la scelta del sostituto, incombando sempre sul titolare la responsabilità della struttura complessa. Completamente diverso il caso in cui il dirigente della struttura complessa ha cessato il proprio rapporto di lavoro con l'azienda, atteso che applicare *tout court* la procedura di cui al co. 2 per la scelta del sostituto significherebbe consentire –a rapporto cessato- la cooptazione del proprio sostituto (sebbene per il solo tempo necessario per l'espletamento della procedura concorsuale per l'attribuzione del posto in via definitiva) da parte del dirigente di struttura complessa uscente.”

In alcuna violazione di legge – art.15 ter c.5 Dlgs 502/92 (che riguarda il diverso caso in cui il dirigente è ancora in carica e temporaneamente impedito) - o di norma contrattuale (per quanto sin qui detto in ordine

all'art.18 CCNL) è dunque incorsa l'AORN nel disciplinare con regolamento interno (che ha, lo si ribadisce, natura di atto negoziale unilaterale di parte datoriale) n.639 del 2010 la procedura di selezione del candidato all'attribuzione dell'incarico temporaneo di Dirigente medico di struttura complessa.

Deve infatti ritenersi conforme al principio costituzionale di buon andamento della P.A., sopra accennato, che l'AORN abbia voluto disporre una regola a tutela dell'interesse pubblico, al fine di garantire una efficiente continuità di gestione alla direzione di una struttura sanitaria complessa priva di titolare, prevista dalla normativa citata, volta a garantire al suo vertice una figura professionale scelta con selezione meritocratica comparativa, al fine di consentire alla struttura stessa un migliore funzionamento. In tal modo, non essendovi espresso impedimento legislativo e contrattuale la AORN ha creato i presupposti per il migliore andamento possibile della struttura sanitaria privilegiando con l'esercizio di un diritto potestativo un interesse di rango costituzionale, quale quello della salute dei cittadini utenti del servizio pubblico sanità. A fronte di un tale diritto potestativo non può trovare tutela quella che può definirsi una mera aspettativa del ricorrente; va evidenziato, inoltre, in merito a quest'ultimo aspetto, che il [REDACTED] in occasione della cessazione del proprio rapporto di lavoro per quiescenza, non ha neppure nominato quale proprio sostituto ex art.18 CCNL, nell'interpretazione propugnata del ricorrente, quale proprio sostituto il [REDACTED]; né emerge da alcun atto che [REDACTED] avesse indicato all'Azienda tale volontà all'esito della valutazione comparata del curriculum dei dirigenti interessati ex art.18 c.2, la cui disciplina è stata espressamente e ripetutamente invocata dal ricorrente; all'opposto, contrariamente a quanto assume il ricorrente nell'anno 2010 il [REDACTED] aveva comunicato all'Ufficio del Personale che *"in conformità con l'art.18 indico come mio sostituto, in caso di mia assenza, [REDACTED] titolare del modulo di diagnostica allergologia"* -già Pneumologia II- (cfr. doc.10).

Alla luce di quanto sopra illustrato, e ribadendosi che, in assenza di violazione di norme imperative, le speciali regole procedurali previste con il citato atto negoziale datoriale unilaterale, oltre che i generali vincoli per le Pubbliche Amministrazioni posti dal Dlgs n.165/2001 nell'esercizio del potere privatistico di organizzazione e gestione del personale (ad. esempio i vincoli e i limiti posti nel disciplinare il conferimento di incarichi dirigenziali, tenuto conto anche delle innovazioni introdotte più in generale dal Dlgs n.150/2009) rendono possibile un intervento del Giudice solo quando dal superamento di esse derivi la violazione di un diritto soggettivo perfetto del lavoratore, ma, nel caso in esame, atteso che il ricorrente ha regolarmente partecipato alla procedura selettiva per l'attribuzione dell'incarico dirigenziale temporaneo insieme al ██████████ che a lui è stato preferito in una valutazione comparativa, non è dato individuare alcuna lesione di diritti soggettivi del ██████████ sotto questo specifico profilo con la conseguenza che le doglianze espresse sul punto dal ricorrente, appaiono del tutto destituite di fondamento.

Quanto appena esposto, beninteso, non si traduce in una diminuzione delle tutele del lavoratore pubblico a fronte di un atto di micro-organizzazione che dovesse appalesarsi illegittimo, poiché se quelle regole e quei vincoli posti dalla regolamentazione interna da parte dell'AORN (di cui si è appena detto e se ne riconosciuta la rispondenza alla ratio normativa, di principio e regolamentare) come limiti all'attività organizzatoria di diritto privato, vengono intesi alla stregua di norme imperative, la conseguenza sarà che l'atto di micro-organizzazione in contrasto con tali regole sarà nullo ai sensi dell'art.1418 c.c. e i suoi effetti potranno essere rimossi dal giudice ordinario con la pronuncia dichiarativa della nullità.

Gli effetti di tale ricostruzione sotto il profilo della tutela del pubblico dipendente discendono dalla qualificazione dell'atto di gestione contrastante con i diritti del lavoratore alla stregua di inadempimento contrattuale della

P.A. datrice di lavoro, apprezzabile anche, in questo caso, con riguardo al canone di buona fede nell'esecuzione del contratto (con tutti i corollari che ne derivano).

Si è già detto, e vale anche sotto questo ulteriore e subordinato - quanto a doglianza del ricorrente- profilo – sindacato sulla correttezza della procedura selettiva a cui ha partecipato il ricorrente-, che ora si passa ad esaminare, che i canoni dettati dagli artt.1175 e 1375 c.c. sono stati ricondotti ai principi generali di buon andamento e di imparzialità di cui all'art.97 Cost. (proprio con specifico riferimento ai casi di conferimento di incarichi dirigenziali, la giurisprudenza di legittimità - Cass., sez.lav., 14 aprile 2008, n.9814- ha avuto modo di precisare che i canoni dettati dagli artt.1175 e 1375 c.c. sono stati ricondotti ai principi generali di buon andamento e di imparzialità di cui all'art.97 Cost.).

Lo strumento dell'azione di nullità è ritenuto, in dottrina e giurisprudenza proficuamente utilizzabile per assicurare il rispetto delle garanzie procedurali previste dall'art.19 dlgs n.165/2001, per il conferimento degli incarichi dirigenziali, che sono atti privatistici, considerata la legittimazione "estesa" ad agire (art.1421 c.c.) e la possibilità di identificare un soggetto interessato alla declaratoria di nullità dell'atto d'investitura nell'aspirante all'incarico che sia stato illegittimamente pretermesso o scavalcato da altri.

Prima di procedere oltre sullo specifico motivo di doglianza del ricorrente e conseguente censura alla sentenza impugnata, è appena il caso di ricordare che la sostituzione nell'incarico di dirigente medico del servizio sanitario nazionale (ai sensi dell'art. 18 CCNL dirigenza medica e veterinaria 8.6.2000, biennio economico, art. 8 CCNL 22.2.2001, art. 38, co. 4, CCNL 10.2.2004 e art. 11, ccnl 3.11.2005) non si configura come svolgimento di mansioni superiori in quanto avviene nell'ambito del ruolo e livello unico della dirigenza sanitaria.

Sul punto la Corte di Cassazione -Sezione Lavoro- con la ordinanza n. 26618/2019, dando continuità all'orientamento già espresso con le precedenti decisioni nn. 3483/2019, 30912/2018, 28243/2018, 27121/2017, 584/2016, 15577/2015, nelle quali, superando l'orientamento espresso dalla pronuncia rimasta isolata n. 13809/2015, ha affermato: “la sostituzione nell'incarico di dirigente medico del servizio sanitario nazionale ai sensi dell'art. 18 del c.c.n.l. dirigenza medica e veterinaria dell'8 giugno 2000, non si configura come svolgimento di mansioni superiori, poiché avviene nell'ambito del ruolo e livello unico della dirigenza sanitaria, sicché non trova applicazione l'**art. 2103 cod. civ.** e al sostituto non spetta il trattamento accessorio del sostituito ma solo la prevista indennità cd. sostitutiva, senza che rilevi, in senso contrario, la prosecuzione dell'incarico oltre il termine di sei mesi (o di dodici se prorogato) per l'espletamento della procedura per la copertura del posto vacante, dovendosi considerare adeguatamente remunerativa l'indennità sostitutiva specificamente prevista dalla disciplina collettiva e, quindi, inapplicabile l'**art. 36 Cost.**”.

Afferma sempre la Suprema Corte che: “*Le plurime decisioni innanzi richiamate è stato osservato che l'esegesi del quadro normativo e contrattuale non consente di estendere ai dirigenti in generale, ed alla dirigenza medica in particolare, norme e principi che regolano il rapporto di lavoro non dirigenziale ed è stato, in particolare, precisato che: L'inapplicabilità ai dirigenti dell'**art. 2103 cod. civ.**, sancita dall'**art. 19 del d.lgs. n. 165/2001**, era già stata affermata dall'**art. 19 del d.lgs. n. 29/1993**, come modificato dall'**art. 13 del d.lgs. n. 80/1998**, e discende dalle peculiarità proprie della qualifica dirigenziale che, nel nuovo assetto, non esprime più una posizione lavorativa inserita nell'ambito di una carriera e caratterizzata dallo svolgimento di determinate mansioni bensì esclusivamente l'idoneità professionale del soggetto a ricoprire un incarico dirigenziale, necessariamente a termine, conferito con atto datoriale gestionale, distinto dal contratto di lavoro a tempo indeterminato;...Per le medesime ragioni non è applicabile al rapporto dirigenziale l'**art. 52 del d.lgs. n. 165/2001**, riferibile al solo personale che non rivesta la qualifica di*

dirigente, al quale è, invece, riservata la disciplina dettata dalle disposizioni del capo IP' (Cass.-Sez.Lavoro, ordinanza n. 26618/2019).

Per la disposizione in esame, la fattispecie per cui è causa rientra, come ridetto tra le sostituzioni previste dal c. 4, per il quale "*nel caso che l'assenza sia determinata dalla cessazione del rapporto di lavoro del dirigente interessato, la sostituzione è consentita per lo stretto tempo necessario ad espletare le procedure di cui al d.P.R. n. 483 del 1997 e del d.P.R. n. 484 del 1997 ovvero del d.lgs. n. 502 del 1992, art. 17 bis. In tal caso può durare sei mesi, prorogabili fino a dodici*". Come osservato sempre dalla Suprema Corte di Cassazione: "*Ma, una disposizione che, in caso di mancato rispetto del termine anzidetto (sei e dodici mesi) attribuisca al sostituto il trattamento accessorio del sostituito (tra cui l'indennità di dirigente di struttura complessa), né può farsi ricorso alla previsione di cui all'art. 36 Cost., dato che le parti sociali hanno previsto in luogo del trattamento accessorio l'indennità sostitutiva, considerando adeguata l'indennità di cui trattasi con riferimento proprio allo svolgimento in via sostitutiva dell'incarico di dirigente di direzione di struttura complessa*".

Ciò premesso, ritornando al sindacato sulla correttezza della procedura selettiva a cui ha partecipato il ricorrente, va, preliminarmente, rilevato che con il provvedimento di conferimento dell'incarico temporaneo di Dirigente medico di struttura complessa, si determina una progressione verticale affidata per le ragioni sopra esposte, ad una procedura selettiva, concorso interno, non implicante il passaggio di area funzionale, per cui la relativa procedura è sindacabile dal Giudice del lavoro sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede nell'esercizio dei poteri privati, regole, queste, come sopra accennato sono applicabili, con riguardo all'attività anche privatistica della pubblica amministrazione, alla stregua dei ridetti principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. (cfr. SS.UU.nn.9332/2002; 2954/2002; 7859/2001).

Si tratta, quindi, a questo punto, di definire i poteri del giudice del lavoro e i contenuti del suo sindacato rispetto alle procedure competitive per

l'attribuzione dell'incarico Dirigenziale in esame; e per far questo occorre anche in questo caso prendere le mosse dal dato del condizionamento del potere del datore di lavoro pubblico ad opera dei principi direttivi stabiliti dalla legge e delle indicazioni fornite dalla contrattazione collettiva oltre che agli atti organizzativi unilaterali – nel caso in esame, al regolamento interno - di cui sopra si è ampiamente detto, con cui l'Amministrazione ha definito in dettaglio i presupposti e le modalità di svolgimento della selezione ex art.18 c.4 CCNL di settore- avendo ben presente, anche sotto questo profilo, la necessità di ricostruire la fattispecie attraverso figure proprie del diritto comune.

Si deve perciò anzitutto ribadire che la risoluzione delle controversie relative alla selezione dei lavoratori per mezzo di concorsi interni investe il rapporto contrattuale nella sua interezza, a prescindere dallo specifico atto (paritetico) che si assume lesivo.

Il controllo del giudice sulla validità delle scelte operate dalla P.A. datrice di lavoro si svolgerà non come controllo di legittimità dell'atto, con eventuale pronuncia di annullamento, ma con i rimedi propri del diritto privato attraverso un sindacato sulla liceità degli atti per non contrarietà a norme imperative e sul potere discrezionale datoriale in termini di osservanza dei canoni generali di correttezza e buona fede (art.1375 c.c.).

Non vi è, infatti, qui alcun potere discrezionale in senso proprio dell'Amministrazione datrice di lavoro, bensì un'attività di natura privatistica costituente l'adempimento di obblighi nascenti da una promessa pubblica di accordo modificativo *in melius* delle "mansioni", che incontra la generale limitazione dei principi di correttezza e buona fede come canoni cui si deve conformare l'autonomia privata.

Proseguendo nella ricostruzione, e rifacendosi all'elaborazione offerta dalla dottrina e dalla giurisprudenza in tema di procedure selettive per promozioni o mutamenti dell'assetto lavorativo nel lavoro privato, lo schema del

procedimento competitivo per l'attribuzione di un determinato posto corrisponde a quello della promessa pubblica di contratto (cfr. Cass.sez.lav 28 novembre 1998, n.12128, dove la promessa riguarda l'accordo modificativo del contratto in essere con l'attribuzione della qualifica superiore e da cui deriva per il datore un obbligo di contrarre a favore di chi risulti vincitore della procedura competitiva) nei confronti di un gruppo limitato di soggetti (i dipendenti in possesso dei requisiti per la partecipazione al concorso).

La promessa, poiché è destinata a valere nei confronti di chi dimostri di possedere o realizzare i requisiti meritocratici indicati nel bando, anche all'esito di apposite prove, fa sorgere in capo al datore l'obbligo di condurre le operazioni selettive in conformità alle previsioni di legge, degli atti organizzativi generali regolativi della materia, del bando di gara come *lex specialis* e dei contratti collettivi, e nel rispetto, per quei margini di discrezionalità che possono ancora residuare, dei generali principi di correttezza e buona fede.

Si tratta, perciò, di un'obbligazione soggettivamente complessa con prestazione indivisibile ad attuazione congiunta, in cui la pretesa creditoria - diversamente da quanto avviene nelle obbligazioni solidali o parziarie, dove essa ha ad oggetto l'intera prestazione o una sua quota parte - esige l'adempimento nei confronti di tutti i soggetti titolari.

Pertanto, il giudice chiamato a valutare la regolarità della procedura selettiva dovrà verificare l'adempimento da parte della P.A. degli obblighi legali e del contratto collettivo (art.97 Cost. 35 e 52 Dlgs 165/2001) cui si aggiungono le ulteriori prescrizioni definite per mezzo di atti unilaterali di organizzazione, assunti da ciascuna Amministrazione con i poteri e le capacità del privato datore di lavoro, nel rispetto dei criteri indicati dalla legge e dalla contrattazione collettiva, e potrà apprestare, a seconda dei contenuti della domanda giudiziale, i rimedi dell'adempimento in forma specifica ordinando la ripetizione della selezione, o del risarcimento del danno, ovvero ancora

riconoscimento direttamente all'interessato il diritto all'inquadramento superiore o allo svolgimento delle relative mansioni.

Non è invece ipotizzabile un sindacato di merito sul giudizio sui candidati; allo stesso modo, ove risultino essere state violate le disposizioni contrattuali e regolamentari o le norme imperative di legge, tale violazione darà luogo alla nullità dell'atto conclusivo del procedimento senza alcuna possibilità per il giudice di sostituirsi all'Amministrazione nella scelta finale, ma con l'opzione da parte del lavoratore illegittimamente escluso fra l'invalidazione della procedura e la condanna alla sua ripetizione ed al risarcimento del danno.

Per i concorso pubblici "interni", escluso ogni riferimento all'art.41 Cost, i limiti esterni al potere datoriale di valutazione dei dipendenti vanno individuati direttamente nell'art.97 Cost e nelle due norme primarie attuative contenute Dlgs n.165/2001. Pertanto, per realizzare l'imparzialità e l'efficienza, le procedure competitive, anche quelle riservate al personale interno devono osservare oltre un'adeguata pubblicità del bando (nel caso di specie non in discussione, avendo il ricorrente partecipato alla procedura) modalità di svolgimento imparziali e che garantiscano economicità e celerità di espletamento; adottare meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; e prevedere commissioni esaminatrici composte da esperti di provata competenza esclusi i membri degli organi di direzione politica e i titolari di cariche politiche o sindacali.

Con riguardo a questo profilo, lamenta il ricorrente che sarebbero stati violati i criteri di selezione nella scelta dei membri della commissione giudicatrice.

Anche detta doglianza, richiamate le superiori considerazioni in diritto è del tutto infondata atteso che la procedura selettiva trova i suoi pilastri fondanti nel disposto normativo -per come sopra interpretato- dell'art. 18 del CCNL e del regolamento integrativo nr. 639/2010, laddove a fondamento delle proprie doglianze e dunque della erronea composizione della commissione

L'appellante invoca l'Atto aziendale nr. 493/2013 che –tuttavia- ai punti nr. 91 e 92 richiamati dal ricorrente disciplina la diversa ipotesi dell'attribuzione in via definitiva dell'incarico di struttura complessa (*cf. documentazione in atti*).

Dalla regola dettata dall'art.1375 c.c. (e non dall'art.3 L n.241/90, riferito all'attività funzionalizzata) deriverebbe, inoltre, l'obbligo di predeterminare i criteri di selezione e di motivare le scelte alla base del giudizio comparativo sui candidati.

Anche in questo caso occorre, dunque, far riferimento all'art.97 Cost. impone alle pubbliche amministrazioni un principio di imparzialità e buon andamento che si traduce, in ambito di scelta del candidato per conferimento di incarico, nell'obbligo in capo all'amministrazione, del rispetto delle norme e dei criteri selettivi del bando, al fine di garantire l'accesso agli impieghi ai candidati più meritevoli e capaci; inoltre tale principio impone, come corollario, l'obbligo di motivazione del provvedimento deliberativo di superamento del concorso (ovvero della prova selettiva) al fine di consentirne la verifica della legittimità e l'iter logico seguito dall'organo deliberante anche ai fini dell'eventuale impugnativa in sede giudiziale. Valgono anche sotto questo profilo le considerazioni svolte circa la particolare pregnanza di questo principio nell'area della sanità pubblica per la particolare natura dei diritti costituzionali – diritto alla salute- che involge, imponendosi la nomina di un sanitario che sia in grado di assicurare una gestione ed un'organizzazione della struttura assicurandone la continuità nelle ipotesi di scopertura dell'ufficio e sino allo svolgimento delle procedure per ricoprirlo.

Nel caso di specie i fatti risultano pacifici.

Ed invero, verificandosi alla data 1 agosto 2013 la scopertura dell'Ufficio di Direttore della UOSC Pneumologia II, in conseguenza del collegamento in quiescenza il [REDACTED], in applicazione della Deliberazione n.639 del 6.10.2010, concernente il regolamento interno delle sostituzioni ex art. 18 cit.. Con Deliberazione del Direttore Generale n.596 del 24 luglio

2013, veniva indetta la “selezione interna, per titoli e colloquio, per l’attribuzione di incarico temporaneo di Direttore di Malattie Apparato Respiratorio per la UOSC Pneumologia II”; la procedura era riservata ai Dirigenti di I livello di ruolo appartenenti alla predetta Unità Operativa complessa ed in possesso dei requisiti indicati nell’allegato bando, e cioè: -di rivestire la qualifica di dirigente medico di malattie Apparato Respiratorio a tempo indeterminato; di essere titolare di incarico di direzione di struttura semplice presso UOSC Pneumologia II o in alternativa di essere titolare di incarico di natura professionale, anche di alta specializzazione, di consulenza, di studio e ricerca, ispettivi, di verifica e di controllo presso la UOSC di Pneumologia II. Con Determina Dirigenziale n.1243 del 12.9.2013 “ammissione dei candidati alla selezione per titoli e colloquio all’incarico temporaneo bandito il 29.7.2013”, erano stati ammessi a partecipare alla procedura, gli unici due concorrenti che avevano presentato la relativa domanda: [redacted] e l’odierno ricorrente, [redacted]

Una volta ammessi i candidati il Direttore dell’UOSC Risorse Umane, invitava il Presidente commissione esaminatrice – cfr. prot. n.1845 16.10.2013, doc. n.16- a sospendere temporaneamente la selezione interna per l’incarico temporaneo Direttore UOSC II Pneumologia in quanto era giunta in data 9.10.2013 una diffida -prot.15278- a verificare il possesso dei requisiti dichiarati dai concorrenti da parte del [redacted]. In data 17.10.2013 – cfr. verbale n.1 del 17.10.2013 doc.17 – la Commissione esaminatrice sospendeva i lavori per verificare la fondatezza delle doglianze del [redacted]

[redacted] Come si evince dal verbale n. 2 del 24.10.2013 della Commissione esaminatrice – cfr. doc.19- acquisita la nota del Direttore della Direzione medica di Presidio [redacted] (Presidente della Commissione, conseguentemente dimessosi onde garantire ai componenti la massima trasparenza ed imparzialità nello svolgimento della procedura), nella quale - prot.3463 del 18.10.13- si dava atto che “- 1) Il dott. [redacted] alla chiusura della 32° Divisione di Pneumologia, avvenuta nell’ottobre 2009, su preciso incarico

dell'Amministrazione, gli è stato conferito la responsabilità della Struttura temporanea di Osservazione Pneumologia, quale supporto all'epidemia influenzale H1N1. – 2) Dal 1° marzo 2010 ha continuato la sua attività nel Dipartimento Pneumologico sull'Ambulatorio del Centro Diagnosi delle neoplasie polmonari; successivamente per tale attività, così come concordato con il Direttore Sanitario Aziendale, gli è stato assegnato un posto letto D.H. afferente il codice ministeriale 6802 attribuito alla UOSC Pneumologia 2 diretta dal [REDACTED] (vedi allegata comunicazione dell'Epidemiologia Clinica e Valutativa). Per quanto sopra, appare chiaro che il [REDACTED] in quanto Dirigente pneumologo, deve, comunque, appartenere all'organico di una Struttura Complessa di pneumologia. In riferimento all'esposto del dott. [REDACTED] che lamenta l'eventuale ammissione alla selezione del [REDACTED] in quanto <<non ha mai lavorato né lavora presso la Pneumologia 2>>, risulta evidente che il Dirigente in parola ha espletato la sua attività solo alla gestione di un posto letto di D.H. afferente alla Pneumologia 2, così come affermato dallo stesso [REDACTED] che ha sempre dichiarato la sua contrarietà a tale decisione, ma di fatto è stata svolta e continua ad essere svolta pur se non condivisa, dall'allora Direttore della Struttura Complessa”.

Preso atto dei chiarimenti ottenuti, la Commissione procedeva a convocare i candidati e a dar seguito alla procedura selettiva, all'esito della quale sulla scorta dei punteggi conseguiti per titoli, nonché di quelli riportati nel colloquio, formulava la graduatoria di merito dei concorrenti, attribuendo al [REDACTED] un totale di punti 41,500 e al [REDACTED] un totale di punti 36,750 (doc. 19).

Dalla procedura selettiva esitava, quindi, la Deliberazione del Direttore Generale UOSC Gestione Risorse Umane n.805 del 31 ottobre 2013 che preso atto di quanto sopra, conferiva l'incarico temporaneo di Direttore UOSC Peneumologia II al [REDACTED] (matr.35205).

Con riguardo, alla principale censura dell'operato della Commissione esaminatrice, mossa dal ricorrente, vale a dire l'assenza del requisito per la partecipazione alla procedura selettiva, da parte del [REDACTED] che ad avviso

del [redacted] non avrebbe fatto parte della Unità Operativa Complessa Pneumologia II al momento della selezione (requisito legittimante, appunto, per la partecipazione alla procedura di selezione comparativa), va condiviso quanto osservato dal Giudice di prime cure, avendo questa Corte verificato la corrispondenza ai dati documentali versati in atti. Ed, invero, “il possesso di detto requisito -l'appartenenza del ricorrente quale Dirigente di struttura semplice- alla UOSC di Pneumatologia II è stato provato in maniera incontrovertibile in corso di causa dalla certificazione in data 8.7.2015 prot.lo nr. 2880 del Commissario Straordinario dell'AORN Cardarelli, [redacted] che attesta quanto segue: “*si attesta che il [redacted] [redacted] matricola nr [redacted] dirigente a tempo indeterminato di Pneumologia, è stato inserito nell'organico della UOSC di Pneumologia II a far data dal 10.10.2011, così come risulta dagli atti della UOSC Gestione Risorse Umane e della Direzione Medica di Presidio*”. Trattasi di attestazione - come correttamente rilevato dal primo Giudice- proveniente dal legale rappresentante dell'AORN, dal datore di lavoro, quindi, che attesta -sulla scorta degli atti dell'Azienda- l'appartenenza del [redacted] alla Pneumologia II, non residua -quindi- spazio in questa sede per ulteriori valutazioni.

È opportuno, anche, ribadire -come del pari non ha mancato di fare il primo Giudice con valutazione coerente e rispondente agli atti e che questa Corte fa propria - che “la selezione per l'attribuzione dell'incarico di sostituto per cui è causa prevede -a differenza di quanto adombrato in ricorso- quali requisiti alternativi di accesso quello di essere titolare di incarico di direzione di struttura semplice presso la UOSC Pneumologia II o il ricoprire incarico di natura professionale, anche di alta specializzazione, di consulenza, di studio e ricerca, ispettivi, di verifica controllo presso la UOSC di Pneumologia II (come testimonia l'uso nel bando della disgiuntiva “o” piuttosto che della congiunzione “e”).”

La procedura selettiva per l'attribuzione di incarico temporaneo di dirigente medico di struttura complessa in discorso risulta quindi legittima. E' quasi pleonastico, invero evidenziare, il rispetto da parte dell'Azienda della procedura concorsuale per l'affidamento dell'incarico in esame, funzionale ad esigenze di trasparenza, correttezza e razionalità dell'organizzazione, sulla base dei criteri di selezione predeterminati dalla *lex specialis* rappresentata dal "bando di concorso" e sulla base di motivate scelte poste a base del giudizio comparativo sui candidati espresso nel verbale n.2 della Commissione giudicatrice; dovendosi qui arrestare il controllo formale della Corte non essendo ipotizzabile, come sopra evidenziato, un sindacato di merito sul giudizio sui candidati.

Tali essendo i fatti deve, dunque, concludersi nel ritenere il comportamento dell'AORN, sotto i vari livelli esaminati, senza alcun dubbio, conforme alle leggi, alle norme regolamentari interne e di ogni regola di correttezza e buona fede, quest'ultima anche nella sua declinazione, tenuto conto della natura pubblica della parte datoriale, di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Dall'infondatezza della domanda principale scaturisce, per conseguenza logica, il rigetto del capo di domanda di risarcimento del danno. Le presenti considerazioni devono ritenersi assorbenti rispetto ad ogni altra deduzione ed eccezione proposta.

L'appello va, quindi, totalmente rigettato con conferma della sentenza impugnata.

Le spese del grado seguono la soccombenza, nella misura, reputata congrua esclusa la fase istruttoria.

Si dà atto, ai fini delle valutazioni di competenza di questo Collegio - e salva la sussistenza di esenzioni, la cui verifica amministrativa è deputata a controlli successivi- della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo dell'art.

13, 1 quater, DPR n 115/2002 come introdotto dall'art. 1 comma 17 legge 228/2012.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, così provvede:

rigetta l'appello e per l'effetto conferma la sentenza impugnata;

condanna parte appellante al rimborso delle spese del grado a parte appellata, liquidate in € 4000,00, compensi professionali, oltre spese generali al 15%, oltre accessori come per legge, se dovuti.

Contributo unificato come in motivazione.

Così deciso in Napoli in data 12 gennaio 2023

Il Consigliere est.
Dott. Sebastiano Napolitano

Il Presidente
Dott. Raffaella Genovese