

Civile Ord. Sez. L Num. 27159 Anno 2019

Presidente: TORRICE AMELIA

Relatore: DI PAOLANTONIO ANNALISA

Data pubblicazione: 23/10/2019

ORDINANZA

CC

sul ricorso 20306-2014 proposto da:

AZIENDA SANITARIA LOCALE N.1 DI SASSARI, in
persona del legale rappresentante *pro*
tempore, domiciliata *ope legis* in ROMA
PIAZZA CAVOUR presso la CANCELLERIA della
CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa
dall'avvocato MARCO ENRICO;

- ricorrente -

2019

contro

2857

MANNU ANGELA, domiciliata *ope legis* in ROMA
PIAZZA CAVOUR presso la CANCELLERIA della
CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

dall'avvocato GIOVANNI BATTISTA LUCIANO;

- **controricorrente** -

nonchè contro

MARCHESI NICOLINA, MASALA M. GAVINA;

- **intimate** -

avverso la sentenza n. 89/2014 della CORTE
D'APPELLO DI CAGLIARI SEZ. DIST. DI
SASSARI, depositata il 15/05/2014.



A handwritten signature in cursive script, appearing to read 'Aum', located in the lower right quadrant of the page.

RILEVATO CHE

1. la Corte d'Appello di Cagliari - Sezione distaccata di Sassari - ha accolto l'appello proposto da Angela Mannu avverso la sentenza del Tribunale di Sassari che aveva rigettato le domande formulate nei confronti dell'Azienda Sanitaria Locale n. 1 ed aveva ritenuto che la ricorrente non avesse un interesse giuridicamente rilevante ad ottenere la declaratoria di illegittimità delle delibere nn. 486 e 492 del 21.4.2010, di conferimento a Maria Gavina Masala e a Nicolina Marchesi rispettivamente degli incarichi di posizione organizzativa "Ufficio Assistenza Infermieristica e Ostetrica P.O. Sassari" e "Dipartimento Chirurgico P.O. Sassari", in quanto non aveva dimostrato che, ove la procedura fosse stata correttamente espletata, ella avrebbe potuto conseguire gli incarichi in questione;
2. la Corte territoriale ha evidenziato che la posizione dell'aspirante al conferimento di una posizione organizzativa non è dissimile da quella del candidato che partecipi ad una selezione bandita dal datore di lavoro e pertanto il candidato ha un interesse giuridicamente qualificato al rispetto della procedura, la cui violazione legittima il non vincitore a richiedere l'accertamento giudiziale dell'inadempimento, oltre che, eventualmente, il risarcimento del danno da perdita di *chance*;
3. il giudice d'appello ha aggiunto che in relazione al mancato rispetto delle regole della selezione l'interesse ad agire per far accertare l'inadempimento postula solo che il candidato possa essere ricompreso nella rosa dei possibili vincitori, mentre un più severo onere probatorio incombe sul lavoratore che agisca per ottenere il risarcimento del danno, evenienza, questa, non ricorrente nella fattispecie in quanto la Mannu aveva domandato l'accertamento dell'illegittimità delle delibere di conferimento degli incarichi e la condanna della Asl a rinnovare la procedura;
4. nel merito la Corte territoriale ha ritenuto sussistente il vizio denunciato in quanto il Commissario straordinario aveva violato l'art. 4 del Regolamento, operando direttamente la scelta fra i diversi candidati ed omettendo di acquisire il previo necessario parere del responsabile del servizio infermieristico e del direttore del distretto di appartenenza;
5. per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso l'Azienda Sanitaria Locale n. 1 di Sassari sulla base di un unico motivo, al quale Angela Mannu ha opposto difese con tempestivo controricorso, illustrato da memoria ex art. 380 bis 1 cod. proc.civ., mentre sono rimaste intime Nicolina Marchesi e Maria Gavina Masala.

CONSIDERATO CHE

1. il ricorso denuncia con un unico motivo, formulato ai sensi dell'art. 360 nn. 3 e 4 cod. proc. civ., la violazione e falsa applicazione dell'art. 100 del codice di rito perché la Corte territoriale avrebbe dovuto ritenere insussistente l'interesse ad agire, non avendo la

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



Mannu neppure allegato che in caso di svolgimento regolare della selezione quest'ultima avrebbe avuto un esito per lei favorevole;

1.1. la ricorrente richiama giurisprudenza amministrativa per sostenere che la verifica della legittimità di una gara pubblica o di un concorso presuppone la cosiddetta prova di resistenza e quindi la parte è tenuta a dimostrare che se il procedimento si fosse svolto correttamente avrebbe acquisito una posizione utile in graduatoria;

1.2. aggiunge che il giudice ordinario può sindacare la legittimità di un atto amministrativo solo nell'ipotesi in cui venga in rilievo un diritto soggettivo e non può, invece, limitarsi ad accertare la violazione del procedimento ove l'atto non abbia determinato la lesione di uno specifico diritto azionato;

2. il ricorso è infondato perché la sentenza impugnata ha fatto corretta applicazione dei principi affermati da questa Corte in relazione alla posizione soggettiva della quale il lavoratore può domandare tutela a fronte dell'adozione da parte del datore, pubblico o privato, di atti discrezionali;

3. occorre innanzitutto evidenziare che è improprio il richiamo contenuto nel ricorso ai limiti del sindacato da parte del giudice ordinario della legittimità di atti amministrativi, atteso che nella specie viene in discussione il conferimento di una posizione organizzativa che, come evidenziato dalle Sezioni Unite di questa Corte, «si iscrive nella categoria degli atti negoziali, adottati con la capacità ed i poteri del datore di lavoro privato e l'attività dell'Amministrazione, nell'applicazione della disposizione contrattuale, si configura come adempimento di un obbligo di ricognizione ed individuazione degli aventi diritto, non come esercizio di un potere di organizzazione» (Cass. S.U. n. 8836/2010);

4. per il personale non dirigenziale del comparto sanità il CCNL 7.4.1999, art. 20, ha previsto che «le aziende ed enti, sulla base dei propri ordinamenti e delle leggi regionali di organizzazione ed in relazione alle esigenze di servizio, istituiranno posizioni organizzative che richiedono lo svolgimento di funzioni con assunzione diretta di elevata responsabilità», ed ha aggiunto all'art. 21, come modificato dall'art. 11 del CCNL 20.9.2001, che le stesse aziende ai fini del conferimento formulano in via preventiva i criteri generali, tenendo conto della natura e caratteristiche dei programmi da realizzare, dei requisiti culturali posseduti, delle attitudini, della capacità professionale, nonché dell'esperienza del personale e prendendo «in considerazione tutti i dipendenti collocati nella categoria D, nonché - limitatamente al personale del ruolo sanitario e di assistenza sociale - nella categoria C per tipologie di particolare rilievo professionale coerenti con l'assetto organizzativo dell'azienda o ente»;

5. la Corte territoriale ha evidenziato che, nel rispetto delle previsioni contrattuali, la ASL n. 1 di Sassari si è dotata di un regolamento, richiamato nell'avviso di selezione, prevedendo, all'art. 4, che nell'area sanitaria la posizione organizzativa è conferita dal Direttore Generale «sentiti il Responsabile del Servizio Infermieristico ed il direttore del Dipartimento di appartenenza», disposizione, questa, violata nella fattispecie ed invocata



dalla Mannu la quale, avendo partecipato alla selezione, su detta violazione aveva fondato la domanda tesa ad ottenere il rinnovo della procedura;

6. correttamente il giudice d'appello ha ritenuto applicabili alla fattispecie i medesimi principi affermati da questa Corte in tema di procedure selettive finalizzate alla progressione di carriera, atteso che il conferimento della posizione organizzativa, pur non determinando un mutamento del profilo professionale (sulla natura della posizione organizzativa si rimanda fra le tante a Cass. n. 8141/2018 ed alla giurisprudenza ivi richiamata), presuppone una valutazione comparativa degli aspiranti all'incarico, che, seppure discrezionale, deve essere effettuata dal datore di lavoro nel rispetto, oltre che degli obblighi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ., delle regole procedimentali unilateralmente o contrattualmente fissate;

7. ciò premesso rileva il Collegio che da tempo questa Corte, chiamata a pronunciare sulla posizione giuridica soggettiva dell'aspirante alla promozione nell'ambito dell'impiego privato, ha evidenziato che a fronte dell'obbligo contrattuale del datore di lavoro di procedere alla valutazione comparativa dei titoli e della capacità professionale dei partecipanti alla selezione, sorge in capo a ciascun candidato una posizione soggettiva di credito, con la conseguenza che, ove la prestazione non venga correttamente adempiuta dal datore, il dipendente-creditore può esercitare sia l'azione di esatto adempimento, al fine di ottenere la ripetizione delle operazioni concorsuali, sia l'azione di risarcimento del danno (cfr. Cass. n. 4462/2004 e la giurisprudenza ivi richiamata);

8. i medesimi principi sono stati affermati in relazione alle procedure selettive bandite dal datore di lavoro pubblico in merito alle quali è stato evidenziato che agli atti del datore, di natura negoziale, «si correlano diritti soggettivi e ciò comporta che il giudice ordinario, accertato l'inadempimento, ha anche il potere di adottare nei confronti della P.A. qualsiasi tipo di sentenza, ivi compresa la sentenza di condanna ad un *facere*, data la sussistenza del diritto soggettivo dei lavoratori interessati al rispetto da parte della P.A. medesima, oltreché del generale obbligo di correttezza e buona fede, dei criteri predeterminati nel bando per l'ammissione alla selezione, lo svolgimento delle prove, la selezione dei promovendi e così via, diritto che non riguarda quindi soltanto la formazione della graduatoria ma anche il tempo e l'ordine della promozione» (Cass. n. 4436/2018 e negli stessi termini Cass. n. 268/2019);

9. è noto che «la valutazione dell'interesse ad agire deve essere effettuata con riguardo all'utilità del provvedimento richiesto rispetto alla lesione denunciata, non rilevando la valutazione delle diverse, ed eventualmente maggiori, utilità di cui l'attore potrebbe beneficiare in forza di posizioni giuridiche soggettive alternative a quella fatta valere» (Cass. n. 10036/2015);

10. dal principio di diritto, qui ribadito, discende che in tema di procedure selettive la condizione richiesta dall'art. 100 cod. proc. civ. è ravvisabile rispetto all'azione di esatto adempimento, nella specie esercitata dalla Mannu la quale ha domandato la rinnovazione



della procedura e non il risarcimento del danno, ogniqualvolta si assuma che il datore abbia omesso il rispetto delle regole procedurali o si sia discostato dai criteri valutativi e non richiede null'altro se non l'allegazione da parte del lavoratore di avere partecipato alla selezione o di essere stato ingiustamente escluso dalla stessa;

10. a detti principi di diritto si è correttamente attenuta la Corte territoriale e pertanto il ricorso deve essere rigettato con conseguente condanna della ASL ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate come da dispositivo;

11. sussistono le condizioni processuali di cui all'art. 13 c. 1 quater d.P.R. n. 115 del 2002.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna l'Azienda ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità in favore della controricorrente, liquidate in € 200,00 per esborsi ed € 4.500,00 per competenze professionali, oltre al rimborso delle spese generali del 15% ed agli accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma del cit. art. 13, comma 1-bis, se dovuto.

Così deciso nella Adunanza camerale 19 settembre 2019

Il Presidente



Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Donatella COLETTA
Depositato in Cancelleria



oggi, 23 OTT. 2019

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Donatella COLETTA

