

“La dirigenza pubblica nel quadro giurisprudenziale: le criticità emerse in sede di conferimento dell’incarico” *

di Daniela Bolognino

Sommario: 1. Individuazione dei parametri di analisi giurisprudenziale con riferimento alle criticità emerse in sede di conferimento dell’incarico dirigenziale; 2. Diritto al conferimento dell’incarico dirigenziale; 3. Criteri di conferimento dell’incarico dirigenziale: (il peso della valutazione nel conferimento del successivo incarico); 4. Valutazione comparativa; 5. Inapplicabilità dell’art. 2103 c.c..

1. Individuazione dei parametri di analisi giurisprudenziale con riferimento alle criticità emerse in sede di conferimento dell’incarico dirigenziale.

Attraverso il principio di distinzione tra politica ed amministrazione (art. 4, d.lgs. n. 165/01), il legislatore, (tanto nella cosiddetta prima, quanto nella seconda privatizzazione del pubblico impiego), non ha inteso innalzare barriere di netta separazione, con valenza meramente negativa quale impedimento all’ingerenza nelle competenze altrui, bensì ha inteso innescare un circolo virtuoso per la riappropriazione delle rispettive sfere di competenza, dove alla politica spetterà a monte, l’individuazione degli obiettivi, ed a valle, la valutazione dei risultati; mentre alla dirigenza spetterà la gestione concreta delle risorse, avvalendosi anche di metodologie privatistiche. In tale quadro la dirigenza pubblica diviene il fulcro di questa riforma¹, quale momento di concreta gestione delle scelte effettuate in sede politica, in una autonomia gestionale correlata dalla rispettiva responsabilità, elemento imprescindibile e legato allo svolgimento dei poteri gestionali ed organizzativi.

In particolare alla dirigenza compete l’organizzazione degli uffici, la gestione delle risorse economiche e del personale umano², anche attraverso l’ausilio di un sistema informativo che permetta loro di raggiungere gli obiettivi prefissati ed eventualmente correggere le imperfezioni e disfunzioni che si manifestino durante il percorso. A fronte dei poteri organizzativi e gestionali si contrappone, come suo

* Questo contributo è inserito nel volume “*I sistemi di valutazione della dirigenza nelle pubbliche amministrazioni dello Stato*”, - Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche “V. Bachelet” (a cura di) - Roma, 2005.

¹ G. D’ALESSIO, *La riforma della dirigenza amministrativa nella prima elaborazione giurisprudenziale, (1998 – 2000)*, in *Lav. p.a.*, 2001, I, 45 s.s.; G. D’AURIA, *La tormentata riforma della dirigenza pubblica*, in *Lav. p.a.*, 2001, I, 15 ss..

²E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un’interpretazione giuslavoristica del rapporto di lavoro tra indirizzo e gestione*, Milano, 2002.

naturale bilanciamento, la previsione di responsabilità dirigenziale ex art. 21, d.lgs. n. 165/01³.

Che il percorso seguito dal legislatore sia coerente con il modello costituzionale alla luce dell'interpretazione evolutiva dell'art. 97, comma 1, Cost.⁴, è stato più volte sottolineato dalla stessa Corte Costituzionale, tanto con riferimento alla legittimità della privatizzazione della dirigenza pubblica, anche generale, avvenuta ad opera dell'art. 11, comma 4, lett. a), l. n. 59/97 e dei d.lgs. n.80/98 e n. 387/98, (con i riflessi prodotti sul riparto di giurisdizione come delineato dall'art. 63, d.lgs. n. 165/01) (sentenza n. 275/01⁵ ordinanza n. 525/01), quanto alle garanzie derivanti per la dirigenza pubblica dalla contrattualizzazione correttamente applicata (sent. n. 11/02⁶), sia nel momento di conferimento dell'incarico dirigenziale, che in fase di eventuale erogazione delle sanzioni per una rilevata responsabilità dirigenziale (sent. n. 193/02⁷).

Per quanto riguarda invece le modifiche intervenute ad opera della l. n. 145/02 si attende ancora il responso della Corte Costituzionale in relazione alla loro legittimità costituzionale.

Proprio in relazione alle modifiche intervenute ad opera della l. n. 145/02, di particolare interesse, anche se non in tal sede approfondibile, la questione, di non poco momento, relativa alla natura del conferimento dell'incarico⁸, questione che si è nuovamente proposta quando, all'originaria stesura dell'art. 19, comma 2 del d.lgs. n. 165/01, (in cui il conferimento dell'incarico dirigenziale vedeva *definito contrattualmente* l'oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata dell'incarico ed il trattamento economico), sono seguite le modifiche intervenute con l. n. 145/02, che attribuiscono alla fonte unilaterale, nella specie un *provvedimento (ovvero con separato provvedimento del presidente del consiglio o del Ministro competente per gli incarichi di cui al comma)*, la individuazione di quanto sopra, mentre il solo trattamento economico sarà stabilito in un contratto, che accede al provvedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale.

³ L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale dopo il decreto legislativo n. 29/93*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, n. 3-4, 299 ss.; G. DI GASPARE, *Miti e paradossi della riforma amministrativa: tra asimmetria informativa ed indirizzo politico amministrativo, verso un modello neocavouriano di amministrazione pubblica?*, in *Diritto Pubblico*, 2001, 2, 678.

⁴ A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 1993, 466; C. D'ORTA, *Il potere organizzatorio delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI e M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche*, seconda ed., Milano, 2000, I, 149 ss.; V. TALAMO, *La privatizzazione del pubblico impiego e l'opera di Massimo D'Antona per non dimenticare*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2000, 220.

⁵ D. BOLOGNINO, *Il conferimento degli incarichi dirigenziali pubblici al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Il Diritto del lavoro*, 2001, 519 ss..

⁶ N. LUPO, *L'estensione della contrattualizzazione ai dirigenti generali supera il vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2002, 83 ss..

⁷ P. CERBO, *La responsabilità dirigenziale fra rigore e garanzia (nota alla Corte costituzionale, sentenza 16 maggio 2002, n. 193)*, in *Lav. p.a.*, 2002, 558 s.s..

⁸ Per una panoramica sulle posizioni assunte dalla dottrina in merito si veda D. BOLOGNINO, *Gli obiettivi di efficacia, di efficienza e di economicità nel pubblico impiego*, Milano, 2004, 56 – 70.

Basterà in tal sede ricordare che è stata proprio la Corte di Cassazione che nella sentenza n. 5659 del 2004, ha sciolto i dubbi in tal senso, optando per la configurazione privatistica dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale⁹.

Quale che sia il modello proposto dal legislatore, i parametri di riferimento per il conferimento (e la revoca) degli incarichi dirigenziali, assumono un ruolo di primo piano, in quanto, l'autonomia della dirigenza pubblica, non va rilevata solamente in fase di concreta gestione, ma occorre che sia garantita a monte attraverso criteri di conferimento, che siano oggettivamente valutabili e trasparenti¹⁰ al fine di evitare che l'elemento di fiduciarità possa sfociare in un esercizio arbitrario del potere di scelta della dirigenza, quale mezzo surrettizio per influire sull'autonomia della stessa¹¹.

In queste pagine si esamineranno, dunque, le problematiche che emergono nel momento costitutivo (di conferimento dell'incarico dirigenziale), quale momento di individuazione e specificazione dell'oggetto dell'incarico, sul quale il dirigente, sarà (in positivo) chiamato ad operare esercitando le proprie capacità manageriali/gestionali/organizzative, e per i quali (in senso limitativo) verrà ad essere chiamato a rispondere in sede di verifica dei risultati. Si tenteranno di ripercorrere le

⁹ L'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale (ex art. 19 del d.lgs. n.165/01)- sia con riguardo al testo originario, sia a quello modificato dall'art. 3 l. 145/02 – ha natura privata e si presenta come un atto “a necessaria struttura unilaterale e non recettizio” con cui si è inteso rafforzare “la posizione di preminenza del datore di lavoro pubblico sul piano dell'organizzazione”. A conferma della tesi in questione si annoverano la mancata modifica degli artt. 2, 4 e 5 del d.lgs. n. 165/01; la mancata modifica dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/01, relativo al riparto di giurisdizione; nonché il mancato affiancamento alla locuzione provvedimento “del predicato “amministrativo”, costantemente presente nelle norme che disciplinano gli atti di esercizio del potere pubblico”. Ai sensi dell'art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 165/01 l'atto in questione, che rileva esclusivamente sul piano dell'organizzazione ed ai fini dei controlli interni (art. 5, comma 3 del d.lgs. n. 165/01), viene assunto dunque dall'amministrazione “con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro”. (Corte di Cassazione, 20 marzo 2004, n. 5659). Con nota di E. ALES, *L'incerta qualificazione del provvedimento di conferimento o revoca degli incarichi dirigenziali. Poteri imprenditoriali e poteri datoriali delle pubbliche amministrazioni al vaglio della giurisprudenza*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2004, 355; e di G. NICOSIA, *La Cassazione “blinda” la privatizzazione del rapporto di lavoro dirigenziale*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2004, 1095.

¹⁰ “Per evitare la precarietà destabilizzante legata al gradimento della politica, una delle strade esperibili sembra proprio quella di declinare in maniera adeguata i principi che già esistono nell'ordinamento, fra i quali il principale sembra essere proprio quello della estrinsecazione dei criteri e delle scelte attraverso una congrua motivazione. V. TALAMO, *Onere di motivazione e criteri per il conferimento degli incarichi dirigenziali: il controllo del giudice ordinario*, in *LPA*, 2001, 262.

¹¹ L'elemento della fiduciarità, se da una parte non deve essere l'unico parametro di riferimento nella scelta dei dirigenti, non può venir completamente meno, in quanto “chi è a capo di una organizzazione, ne determina i fini e porta in ultima istanza la responsabilità per gli esiti dell'attività svolta, ha diritto di selezionare i suoi più diretti collaboratori, e di rimuoverli laddove i loro comportamenti non risultino in linea con una corretta ed efficace attuazione degli indirizzi che presiedono allo svolgimento dei compiti conferiti agli uffici da essi guidati.” G. D'ALESSIO, *I rapporti tra funzione di indirizzo politico amministrativo e compiti di gestione delle pubbliche amministrazioni e la disciplina della dirigenza*, in *Riforma del lavoro pubblico e riforma della pubblica amministrazione (1997-1998)*, in M. D'ANTONA, P. MATTEINI, V. TALAMO, (a cura di), Milano, 2001, 37.

tappe segnate dalla giurisprudenza che negli anni si è pronunciata, tenendo conto delle possibili oscillazioni, ove vi fossero state, al variare della normativa.

La scissione tra il momento dell'acquisto della qualifica dirigenziale con il superamento della procedura selettiva concorsuale ed il successivo conferimento dell'incarico dirigenziale ha comportato, infatti, l'insorgere di una serie di problematiche (su cui la giurisprudenza si è pronunciata) e sulle quali è opportuno effettuare una riflessione articolata. In particolare, con riferimento al momento "costitutivo"/conferimento dell'incarico, si indagherà su:

- quale sia la posizione soggettiva che vanti il vincitore del concorso (inserito nel ruolo unico/ruoli delle singole amministrazioni), che sia in attesa di conferimento dell'incarico dirigenziale, e se si possa dunque vantare un diritto al conferimento dell'incarico dirigenziale;
- attesi i criteri soggettivi ed oggettivi di conferimento dell'incarico di cui all'art. 19, d.lgs. n. 165/01, (tanto nella versione ante l. n. 145/02¹², quanto nella versione modificata dalla l. n. 145/02¹³) ed all'art 13, comma 1,¹⁴ CCNL (1998-2001) Area I, quali siano le posizioni della giurisprudenza e quale il peso eventualmente assegnato, tra i criteri di conferimento degli incarichi, alla "valutazione complessiva dell'incarico svolto" in termini di risultati conseguiti e quali, nel caso vi fossero, le implicazioni di una eventuale valutazione negativa nel conferimento del successivo incarico dirigenziale;
- quale la posizione della giurisprudenza di fronte alle ipotesi di scelta effettuate dalla P.A. nell'attribuzione di un incarico dirigenziale nell'ambito di una selezione intervista tra più candidati; e se, in relazione alla stessa, sussista la necessità di una valutazione comparativa dei candidati. Si indagherà inoltre, su quali (eventuali) possibilità di intervento ci siano in sede di controllo giudiziale;
- attesa la permanenza anche nella versione dell'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 165/01 come modificato dalla l. n. 145/02, della inapplicabilità al conferimento dell'incarico ed al passaggio ad incarichi dirigenziali diversi dell'art. 2103 c.c.

¹² Per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale e per il passaggio ad incarico di funzioni dirigenziali diverse, si tiene conto della natura e delle caratteristiche dei programmi da realizzare, delle attitudini e della capacità professionale del singolo dirigente, anche in relazione ai risultati conseguiti in precedenza, applicando di norma il criterio della rotazione degli incarichi.

¹³ Per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, valutate anche in considerazione dei risultati conseguiti con riferimento agli obiettivi fissati nella direttiva annuale e negli altri atti di indirizzo del Ministro.

¹⁴ Tutti i dirigenti hanno diritto ad un incarico. Gli incarichi dirigenziali sono conferiti a tempo determinato; l'affidamento e l'avvicendamento degli incarichi avvengono, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 19, c.1, del d. lgs. n.29/1993, in base ai seguenti criteri generali: natura e caratteristiche degli obiettivi da realizzare; attitudini e capacità professionale del singolo dirigente; risultati conseguiti anche rispetto ai programmi e agli obiettivi precedentemente assegnati ed alle posizioni organizzative precedentemente ricoperte; rotazione degli incarichi, la cui applicazione è finalizzata a garantire la più efficace ed efficiente utilizzazione delle risorse in relazione ai mutevoli assetti funzionali ed organizzativi e ai processi di riorganizzazione, nonché a favorire lo sviluppo della professionalità dei dirigenti (art. 13 CCNL - Area I - 1998-2001).

(*Mansioni del lavoratore*), quale l'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza in merito.

2. *Diritto al conferimento dell'incarico dirigenziale.*

La disciplina della dirigenza pubblica, per il contemperamento tra i principi di buon andamento ed imparzialità e l'esigenza di garantire soggetti professionalmente (compatibili) con i programmi da realizzare¹⁵, è costruita in modo peculiare¹⁶. Così dal superamento dei concorsi di cui all'art. 28, d.lgs. n. 165/01 si determina l'acquisto della qualifica dirigenziale e l'instaurazione di un rapporto di lavoro¹⁷ (a tempo indeterminato) con le pubbliche amministrazioni, incardinando il dirigente nel ruolo unico/ruoli delle singole amministrazioni¹⁸; sarà dunque successiva la fase di conferimento dell'incarico ad attribuire le specifiche funzioni dirigenziali, attraverso i criteri (di cui all'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 165/01), che il legislatore ha riconosciuto quali idonei ad individuare il soggetto maggiormente "qualificato".

In forza della suddetta separazione fra il momento di inserimento nei ruoli per superato concorso ci si chiede quale posizione soggettiva vanti il dirigente pubblico in relazione al successivo conferimento dell'incarico, tenendo conto che l'art. 13, comma 1, CCNL 1998 – 2001 (Area I) prevede che "tutti i dirigenti hanno diritto ad un incarico". In merito alla questione la giurisprudenza non sembra essersi pronunciata in maniera univoca.

Alcune delle pronunce analizzate sostengono la tesi dell'assenza di un diritto soggettivo del dirigente inserito nel ruolo unico all'attribuzione di un incarico dirigenziale. Proprio l'analisi dello sviluppo normativo, che ha stabilito la scissione

¹⁵ Si ritiene che "l'importanza dell'istituto dell'incarico dirigenziale a tempo determinato che si innesta su di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, consentendo, da un lato, di preservare, almeno potenzialmente, la *tenue* (stabilità) del rapporto, dall'altro, di conservare, in capo all'organo di governo o di vertice dell'amministrazione, la facoltà di assegnare ad altri la funzione o gli obiettivi affidati con l'incarico, qualora l'originario titolare non se ne sia dimostrato all'altezza" E. ALES, *La riforma della dirigenza pubblica nel prisma del metodo comparatistico*, in *Lav.p.a.*, 2002, 981.

¹⁶ F. CARINCI, *La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato ex capo II, Titolo II, d.lgs. n. 29 del 1993 (Il modello "universale")*, in *ADL*, 2001, 39.

¹⁷ M. LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Torino, 2003, 41.

¹⁸ "...l'art. 19 del D.L.vo n. 29 del 1993, ha tenuto nettamente distinto il momento della investitura di pubbliche funzioni dalla fase determinativa del rapporto di servizio, rimessa in parte alla contrattazione collettiva ed in parte ai contratti individuali di lavoro. I due momenti, seppure strettamente connessi in ragione della comune funzione svolta, si pongono su due diversi piani, il primo di diritto pubblico, attinente al procedimento di immedesimazione organica nel rispetto dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento (art. 97 della Costituzione), il secondo di diritto privato, sia pure investente la determinazione del contenuto, della durata dell'incarico e della graduazione dei rapporti di servizio". Corte dei Conti, sez. contr. Stato, 19 giugno 2000, su: www.giuffre.it/riviste/lpa; Tribunale di Cosenza, sez. II, ordinanza 25 febbraio 2002, su: www.giuffre.it/riviste/lpa; Tribunale di Santa Maria di Capua Vetere, ordinanza 10 ottobre 2000, su: www.giuffre.it/riviste/lpa

temporale tra momento di instaurazione del rapporto di lavoro (successivo al superamento del concorso) e di conferimento dell'incarico, il fondamento delle cui pronunce di cui si discute.

Il superamento del concorso di cui all'art. 28, d.lgs. n. 165/01, produce il solo effetto dell'acquisto della qualifica dirigenziale (Tribunale di Cosenza, sez. II, ordinanza 25 febbraio 2002), con il "diritto a godere dello *status* di dirigente di ruolo dell'amministrazione", ma non dona un diritto soggettivo a vedersi attribuito un certo incarico di funzione dirigenziale. Per quest'ultimo si vanterà solo una *aspettativa* a concorrere con gli altri dirigenti per il conferimento dei successivi incarichi¹⁹, dove, ognuno di essi, "*sulla base delle proprie esperienze e competenze, potrà essere selezionato per un incarico di funzione dirigenziale di direzione ovvero per un incarico di funzione dirigenziale non di direzione, o, in mancanza, sarà semplicemente ammesso a disposizione della Presidenza del Consiglio*" (Tribunale di S. Maria Capua Vetere, ordinanza 12 ottobre 2000).

L'attribuzione delle funzioni avviene, dunque, solo in un secondo momento e deriva da un ulteriore e diverso procedimento volto ad individuare, attraverso i criteri preposti all'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 165/01, il soggetto idoneo allo svolgimento dello stesso. Non viene a configurarsi dunque "né un diritto soggettivo perfetto del dirigente all'assunzione delle funzioni corrispondenti alla sua qualifica", in quanto tra i due momenti si inserisce "necessariamente una scelta discrezionale dell'amministrazione²⁰", né per converso può considerarsi un obbligo in capo all'amministrazione per il conferimento delle funzioni ai vincitori del concorso pubblico²¹, in quanto si tratterebbe di una mera "facoltà" attribuita all'amministrazione (Tribunale di Cosenza, sez. II, ordinanza 25 febbraio 2002).

Tra il momento di instaurazione del rapporto di lavoro (successivo al superamento del concorso) e quello di conferimento dell'incarico, può infatti intercorrere un lasso di tempo (anche non di breve durata) per l'attribuzione di funzioni, in cui il dirigente viene ad usufruire di trattamento economico stabilito dal contratto

¹⁹ Nel caso in esame il Tribunale di S. Maria Capua Vetere è stato infatti ritenuto titolare dello status di dirigente a partire dalla data in cui il decreto, previa approvazione della graduatoria, viene dichiarato vincitore del concorso per il conferimento di 999 posti nella qualifica di primo dirigente del ruolo amministrativo del Ministero delle Finanze, ma non vanta neanche il diritto ad ottenere un incarico di studio e ricerca, dovendo sussistere per gli stessi una richiesta da parte degli organi di vertice che ne abbiano necessità.

²⁰ Sulla stessa linea il Tribunale di S. Maria Capua Vetere, che non riconosce un diritto soggettivo perfetto in capo al dirigente che abbia superato la fase concorsuale, stabilendo che "la qualifica dirigenziale attribuisce al dirigente la capacità di essere titolare di un ufficio dirigenziale, ma l'imputazione ai dirigenti delle funzioni dirigenziali è conseguenza della loro effettiva preposizione agli uffici dirigenziali" (Tribunale di S. Maria Capua Vetere, ordinanza 12 ottobre 2000).

²¹ Il Tribunale in questione ha ritenuto che vi sia una inidoneità degli atti normativi ed amministrativi propri della fase concorsuale a vincolare l'amministrazione in ordine alla futura attribuzione delle funzioni dirigenziali, l'efficacia di tali atti si esaurirebbe con la definizione della procedura di accesso.

collettivo (art. 28, comma 5, d.lgs. n. 29/93²²) (Tribunale di S. Maria Capua Vetere, ordinanza 12 ottobre 2000).

Sul versante opposto si è mossa altra parte della giurisprudenza, in particolare si fa riferimento ad una recente pronuncia del Tribunale di Roma, sezione lavoro, del 26 febbraio 2003, che condanna il Ministero dell'Economia e delle Finanze ed il Dipartimento della Funzione Pubblica, per inadempimento in relazione all'obbligo di conferire un incarico dirigenziale corrispondente alle attitudini ed alle capacità del dirigente.

Il G.O., in funzione di giudice del lavoro, configura un diritto soggettivo in capo al dirigente al conferimento dell'incarico di funzione dirigenziale, dall'interpretazione dell'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 165/01, relativo ai criteri di conferimento dell'incarico dirigenziale, dell'art. 19, comma 10, d.lgs. n. 165/01, che stabilisce che i dirigenti cui non sia affidata la titolarità di uffici dirigenziali, svolgano funzioni ispettive, di consulenza, di studio e ricerca o incarichi specifici previsti dall'ordinamento, e dell'art. 13, comma 1 CCNL 1998 – 2001 (Area I), che prevede il diritto al conferimento dell'incarico di funzione dirigenziale. Tali disposizioni, lette unitamente, conducono questa giurisprudenza ad affermare che *“il dirigente ha diritto allo svolgimento di compiti propri della sua qualifica”*, e, sebbene non sia configurabile in capo allo stesso un diritto alla titolarità di un ufficio *“di direzione”*, allo stesso dovranno essere affidate funzioni ispettive, di consulenza, studio e ricerca o dalle singole amministrazioni o dalla Presidenza del Consiglio.

In tal senso si orienta anche parte della dottrina. Innanzitutto il ruolo unico non può costituire un mero bacino di ristagno di risorse che invece sono a disposizione della P.A., senza contare i costi cui l'amministrazione (e dunque la collettività) andrebbe in contro, a scapito dell'efficienza e dell'economicità dell'agire amministrativo, per chi non svolge alcuna attività²³.

Il Tribunale di Roma, non si è però limitato a questa affermazione di principio, ma ha effettuato un ulteriore passo avanti, tutelando il dirigente per il caso di inadempimento della P.A.. Infatti, la configurazione del potere di conferimento dell'incarico dirigenziale tra i poteri datoriali di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/01 e conseguentemente la configurazione di un rapporto paritetico tra le parti comporta, a fronte dell'individuazione di un diritto soggettivo in capo al dirigente (ricorrente) un corrispettivo obbligo in capo alla P.A., disattendere a tale obbligo comporta l'inadempimento contrattuale dell'amministrazione che sarà tenuta a corrispondere il risarcimento dei danni.

Non è stato in tal sede rilevato un possibile risarcimento per la configurazione di un danno patrimoniale (in quanto il dirigente, come spiegato, ha diritto a svolgere un

²² “Ai vincitori dei concorsi di cui al comma 1, sino al conferimento del primo incarico, spetta il trattamento economico appositamente determinato dai contratti collettivi” (art. 28, comma 5, d.lgs. n. 29/93).

²³ G. D'AURIA, *Commento alla legge 15 luglio 2002, n. 145*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2002, 1164.

incarico di funzione dirigenziale “di direzione” o “non di direzione”, senza che ciò possa essere *a priori* stabilito, in quanto sarà la P.A. a scegliere, secondo i principi di correttezza e buona fede il dirigente che, secondo i criteri oggettivo e soggettivo di cui si dirà tra breve, sia idoneo all’incarico da ricoprire), ma un risarcimento per la “lesione della personalità morale” tutelata dagli artt. 2 e 3 della Costituzione e dall’art. 2087 c.c., che verrebbe ad essere frustrata a causa dell’inattività alla quale si è costretti (Tribunale di Roma, sez. lavoro, 26 febbraio 2003).

La sentenza appena analizzata è certamente un passo in avanti per la tutela della dirigenza pubblica e, se letta unitamente ad alcune delibere della Corte dei Conti rese in sede di controllo preventivo di legittimità sul conferimento degli incarichi dirigenziali ex art. 3, comma 1, lett. *b*), della legge del 14 gennaio 1994, n. 20, in relazione ad incarichi conferiti “a soggetti esterni” all’amministrazione ai sensi dell’art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/01, avalla ulteriormente il diritto al conferimento dell’incarico vantato dal dirigente inserito nel ruolo dell’amministrazione.

V’è da dire che il provvedimento di conferimento dell’incarico ai sensi dell’art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/01, si inquadra quale momento “eccezionale²⁴” di scelta di conferire l’incarico a soggetto esterno all’amministrazione, in funzione delle spiccate doti e specifiche esperienze professionali del soggetto individuato, in quanto la *ratio* della norma è quella di arricchire la P.A. di dette professionalità di cui all’interno la stessa dovesse risultare sprovvista²⁵.

La Corte dei Conti sottolinea, che per il conferimento degli incarichi di funzione dirigenziale ai sensi dell’art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/01, sussista, non solo la necessità, ma l’obbligo per l’Amministrazione di svolgere una idonea istruttoria, “anche mediante il coinvolgimento personale dei dirigenti interessati” (Corte dei Conti, delibera n. 31, del 7 agosto 2001), volta ad accertare che non vi sia alcun dirigente “tra quelli non ancora utilizzati” all’interno del ruolo unico, in grado, con la propria professionalità, di svolgere adeguatamente l’incarico da conferire e dunque della necessità di attingere al bacino esterno, che, come vedremo in seguito, si presenta quale momento assolutamente eccezionale. Ciò porta alla conclusione che il dirigente, che abbia superato il concorso pubblico di cui all’art. 28, d.lgs. n. 165/01, abbia, non solo in diritto²⁶ a vedersi conferito l’incarico,²⁷ ma il diritto ad essere “preferito” (per il caso di pari capacità professionali) a soggetti esterni.

²⁴P. BRIGUORI, *Il controllo della Corte dei Conti sugli incarichi dirigenziali conferiti ai sensi dell’art. 19, comma VI, d.lgs. n. 165/01*, in *La nuova disciplina sulla dirigenza pubblica*, Roma, 2003, 112.

²⁵ Corte dei Conti, delibera n. 27 del 7 giugno 2001, che ha ritenuto legittimo il conferimento dell’incarico dirigenziale ai sensi dell’art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/01; si sono invece ritenuti insussistenti in capo al funzionario i requisiti professionali e culturali, nella delibera n. 7 del 17 gennaio 2002, della Corte dei Conti, delibera Corte dei Conti, 9 gennaio 2003, n. 3; Corte dei Conti, delibera del 16 aprile 2003, n. 7.

²⁶ Corte dei Conti, delibera del 26 luglio 2001, n. 30, in cui la corte richiama espressamente l’art. 13, comma 1, CCNL 1998 – 2001 (Area I).

²⁷ Nel caso in esame l’incarico da conferire non richiedeva una specifica specializzazione, ma rientrava tra le funzioni normalmente svolte dai dirigenti di seconda fascia. Gli accertamenti del caso, del tutto sommari, avevano seguito e non preceduto il conferimento dell’incarico ai sensi dell’art. 19, comma 6, d.

3. Criteri di conferimento dell'incarico dirigenziale: il peso della valutazione nel conferimento del successivo incarico.

L'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 165/01 individua i criteri di cui si deve tener conto per il conferimento dell'incarico dirigenziale; la sua formulazione ha subito però una importante modifica ad opera della l. n. 145/02. La stesura originaria prevedeva la valutazione di tre tipologie di criteri: oggettivo, soggettivo e di rotazione. Il criterio oggettivo teneva conto della natura e delle caratteristiche del programma da realizzare, mentre quello soggettivo, riferendosi alle caratteristiche del singolo dirigente, aveva ad oggetto le attitudini e la capacità professionale, "in relazione anche ai risultati conseguiti in precedenza"; in ultimo, si individua il criterio della rotazione degli incarichi, quale mezzo attraverso il quale salvaguardare la flessibilità nell'utilizzo della risorsa manageriale pubblica, da una parte, e di accrescimento delle esperienze professionali della dirigenza, dall'altra.

La modifica intervenuta ad opera della l. n. 145/02 prevede che per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tenga conto, per il criterio oggettivo della natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati, e per il criterio soggettivo delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, valutate anche in considerazione dei risultati conseguiti con riferimento agli obiettivi fissati nella direttiva annuale e negli altri atti di indirizzo del Ministro.

Tale nuova formulazione della disposizione normativa, unitamente al venir meno del limite minimo di conferimento dell'incarico dirigenziale sposta, nella scelta del dirigente cui conferire l'incarico, l'accento sul momento più strettamente fiduciario (inteso in senso soggettivo), eludendo il principio di distinzione tra politica ed amministrazione di cui all'art. 4, d.lgs. n. 165/01, riproponendo scenari di "scambio sicurezza contro potere"²⁸ e dunque di neo-assoggettamento dell'amministrazione alla politica.

Inoltre il venir meno del criterio della rotazione degli incarichi e la soppressione del ruolo unico (art. 19, comma 3, nuova versione), conducono verso un irrigidimento

lgs. n. 165/01 sicchè la Corte dei conti ha dunque ricusato il visto e la conseguente registrazione del decreto.

²⁸ S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modifica costituzionale*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2002, 1343.

ed una mancanza di flessibilità nella disciplina dell'affidamento degli incarichi dirigenziali²⁹.

In questo scenario, però, i criteri individuati dal legislatore per il conferimento dell'incarico dirigenziale, ricorda la Corte Costituzionale (sentenza n. 11/02), sono di fondamentale importanza, in quanto sono posti affinché la P.A. effettui una scelta "oggettivamente fiduciaria", con garanzia tanto per il dirigente, che vede valorizzata la propria professionalità anche in base ai risultati ottenuti in precedenza – facendo accrescere la propria quotazione "professionale", tanto per la P.A., che deve poter individuare il dirigente che, per le sue capacità professionali, sia idoneo a ricoprire un determinato incarico di funzione dirigenziale (garantendo dunque il buon andamento dell'azione amministrativa).

Visto il quadro normativo appare interessante analizzare la giurisprudenza che nel tempo si è stratificata, proprio per verificare quale sia il peso dei criteri sopra delineati nell'affidamento degli incarichi dirigenziali e se vi sia stata una variazione del peso degli stessi al variare della normativa (con particolare riferimento ad una "più spiccata fiduciarità"), individuando quale sia il peso della valutazione nel conferimento del successivo incarico (ove vi sia giurisprudenza in tal senso).

Le pronunce analizzate si orientano nel senso di ritenere che la scelta del dirigente cui conferire l'incarico non possa basarsi esclusivamente su un elemento strettamente fiduciario³⁰, che, nonostante il variare della normativa con la 145/02 (che sembra aver proposto l'accentuazione della fiduciarità intesa in senso soggettivo anziché oggettivo), è stato ritenuto da solo insufficiente a fondare il conferimento dell'incarico³¹.

Il TAR Lazio, sez. II –bis, nella sentenza del 24 dicembre 1999, n. 2683, ha stabilito che quando un'amministrazione opera un'attività di "sviluppo"³² dei criteri legislativamente previsti dall'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 165/01, agli stessi deve attenersi nella individuazione del candidato cui conferire l'incarico³³; ma la scelta non può essere basata su una valutazione che prediliga l'elemento fiduciario, ma dalla motivazione del provvedimento devono emergere "gli elementi oggettivi e soggettivi desumibili dalla norma, circa le attitudini e le capacità professionali, la competenza

²⁹ C. COLAPIETRO, *La "controriforma" del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2002, 9.

³⁰ TAR Lazio, sez. II –bis, 24 dicembre 1999, n. 2683; Consiglio di Stato, sez. IV, 19 gennaio 2000, n. 246; Corte dei Conti, delibera n. 8, del 3 aprile 2003; in senso parzialmente contrario Tribunale di Potenza, ordinanza del 29 dicembre 1999.

³¹ Corte dei Conti, delibera n. 10, del 15 aprile 2003.

³² I criteri in questione erano stati individuati, nel caso di specie. 1. studi compiuti e qualificazione culturale; 2. precedenti posizioni dirigenziali ricoperte; 3. risultati conseguiti in precedenti incarichi; 4. esperienze amministrative e professionali acquisite.

³³ TAR Emilia Romagna – sede di Parma, 20 dicembre 2001, n. 1049.

*tecnica e le esperienze maturate durante il progresso servizio dal dipendente pubblico in funzione della natura e delle caratteristiche dei programmi da realizzare*³⁴.

Del medesimo orientamento il Tar Liguria, che nel ritenere che non sia possibile, nella scelta del soggetto cui conferire l'incarico, l'utilizzazione esclusiva dell'elemento della fiduciarità, sottolinea la necessità di dar contezza delle ragioni obiettive della logicità della scelta in relazione ai criteri obiettivi e predeterminati, rispettando gli oneri istruttori e procedurali imposti dalla legge³⁵.

Di fondamentale importanza si presenta, invece, l'individuazione dell'oggetto dell'incarico dirigenziale, (tanto nell'attuale formulazione degli obiettivi da raggiungere, che nella precedente formulazione delle caratteristiche dei programmi da realizzare), ciò sia per poter (in fase costitutiva) individuare il dirigente che abbia le capacità professionali idonee a ricoprire un determinato incarico, che per poter effettuare una corretta valutazione del suo operato (ed eventualmente, in fase patologica, individuarne le eventuali responsabilità).

Proprio la Corte dei Conti, in sede di controllo di legittimità ai sensi dell'art. 3, lett. 1. n. 20/94, sottolinea che una individuazione generica sia dell'oggetto che degli obiettivi dell'incarico, *"non permetta la correlazione tra attitudini e capacità professionali richieste all'art. 3, l. n. 145/02"* in capo al soggetto designato³⁶ (Delibera del 15 aprile 2003, n. 15).

Così per il conferimento di incarichi ai sensi dell'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 165/01, l'oggetto del contratto non solo non può essere individuato in modo generico, ma non può neanche effettuarsi un rinvio a future direttive³⁷. Si devono invece individuare in maniera puntuale *"i compiti attribuiti a ciascun dirigente, e, nell'ambito di questi, gli obiettivi da perseguire e la relativa scala di priorità"*. Tale precisazione è necessaria per una idonea collocazione del dirigente, in base alla propria professionalità che in base agli interessi che la P.A. intende perseguire (rispettando i criteri di efficacia, di efficienza e di economicità), nonché per poter effettuare una sua valutazione ed

³⁴ Nel caso in esame il Comune non effettua una adeguata valutazione dei possibili candidati a quell'incarico e soprattutto non tiene nella dovuta considerazione i titoli di studio ed i risultati ottenuti in precedenza. (Il TAR dichiara illegittimo il provvedimento di conferimento dell'incarico) TAR Lazio, sez. II -bis, 24 dicembre 1999, n. 2683.

³⁵ L'incarico, nella specie è stato conferito senza assicurare il rispetto del principio del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa in un'area di valutazione caratterizzata da eccessiva discrezionalità. (TAR Liguria, 18 gennaio 2003, n. 267).

³⁶ Corte dei Conti, delibera del 15 aprile 2003, n. 15; Corte dei Conti, delibera del 15 aprile 2003, n. 10;

³⁷ La Corte stabilisce che se dovessero far riferimento a future direttive per rimodulare gli obiettivi, occorrerebbe, per la parziale integrazione del contratto, non si potrebbe non effettuare una nuova manifestazione di volontà. In caso contrario si riconoscerebbe ad una delle due parti (la P.A.) la potestà di modificare in modo unilaterale il rapporto contrattuale.

individuare una eventuale responsabilità³⁸ (Delibera del 22 marzo 2001, n. 19) ed al fine di conferire i trattamenti retributivi diversificati³⁹.

Sulla stessa linea la delibera in sede di controllo sez. per la Calabria, n. 8 del 15 maggio 2003, dove nel sottolineare l'importanza della determinazione degli obiettivi in sede di attribuzione degli incarichi delle funzioni dirigenziali, (anche per il collegamento tra obiettivi da conseguire quale elementi per la valutazione ai fini della verifica dei risultati), considera la disposizione normativa di tale importanza, perchè in grado di raggiungere, per il principio della buona amministrazione, gli obiettivi di efficacia, di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa, da estenderla anche ai soggetti non interessati dalla contrattualizzazione (nello specifico i funzionari della carriera prefettizia).

Più esplicitamente nella delibera del 15 maggio 2003, n. 5 la Corte dei Conti sottolinea (con particolare considerazione della intervenuta l. n. 145/02) che *“l'assegnazione degli obiettivi, cui è finalizzata l'attività di gestione amministrativa da parte di coloro che assumono responsabilità dirigenziali, costituisce un momento ineludibile per l'affermazione del fondamentale principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione, che deve avere una gestione efficace ed economica.”* L'assegnazione degli obiettivi è dunque divenuta un elemento essenziale del provvedimento (come da l. n. 145/02)⁴⁰.

Né sembra eludibile l'individuazione puntuale degli obiettivi sulla base di argomentazioni, tal volta sostenute da talune Amministrazioni, dell'assenza di titolarità esclusiva delle competenze dell'ufficio cui il dirigente è destinato (delibera del 24 gennaio 2002, n. 6)⁴¹, o, per il caso di uffici con competenze preminentemente tecniche,

³⁸ La genericità degli obiettivi ha prodotto, nel caso in esame, una scala di priorità, impossibile dunque sia individuare una responsabilità ai sensi dell'art. 21, d.lgs. n. 29/93 che una attribuzione della retribuzione di risultato.

³⁹ “Anche se è pur vero che, a posteriori, si renderà possibile valutare i modi in cui ciascun compito è stato assolto, ciò non comporta che l'Amministrazione, nel disporre di contingenti di personale dalle caratteristiche professionali ed attitudinali notevolmente diversificate possa sottrarsi, proprio presso una delle sue articolazioni tanto più complessa per quanto in essa operi una pluralità di soggetti con qualifica dirigenziale, alla regola di ripartire gli incarichi da affidare secondo criteri che pongono in evidenza come, con i propri interventi, essa possa concorrere al conseguimento di quel buon andamento dei servizi che costituisce fondamentale canone di valutazione del suo operato” (Corte dei Conti, delibera del 24 gennaio 2002, n. 6).

⁴⁰ Il collegio ha sottolineato che la variazione della disposizione normativa (da contratto a provvedimento) sottolinea che la sottrazione della individuazione degli obiettivi alla negoziazione tra le parti e la rimessione alla unilaterale determinazione dell'organo che conferisce l'incarico, fa sì che si intenda richiamare il direttore generale alle responsabilità dirigenziali cui va incontro con la sua scelta, in quanto è sua la responsabilità di fronte all'organo di direzione politica dei risultati conseguiti dal dirigente che egli incarica della struttura di sua competenza.

⁴¹ La delibera, del 24 gennaio 2002, n. 6 aveva ad oggetto la legittimità del conferimento di funzioni dirigenziali di seconda fascia presso il servizio XII del segretariato generale del Ministero dei beni culturali (ex art. 19, comma 2, d.lgs. n. 165/01). I provvedimenti (per 14 soggetti) da incardinare tutti nella medesima struttura vedevano l'omologazione della individuazione degli obiettivi, in quanto l'amministrazione riteneva che nessuno dei dirigenti da nominare risultasse esclusivo titolare delle

di omogeneità dei contenuti dell'attività che si andranno a svolgere (delibera del 15 aprile 2003, n. 15).

Si evidenzia infatti che “rispetto al precedente orientamento la portata dell'innovazione risiede non nel conferimento di funzioni dirigenziali astrattamente preordinate, ma nella configurazioni di incarichi specifici, commisurate alle caratteristiche dell'azione da svolgere”, dunque “*tutti gli incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale sono contraddistinti da caratteri di concretezza tali da giustificare il conferimento*”, tanto “*sotto il profilo oggettivo della loro coerenza con il quadro dell'indirizzo politico amministrativo deliberato nell'anno dal governo*”, tanto “*sotto il profilo soggettivo della sussistenza di idonee attitudini, e capacità professionalità dei singolo dirigenti, comprovate anche dai risultati conseguiti in precedenza.*”

Ciò ha condotto la Corte dei Conti a ritenere illegittimi i contratti che abbiano una “omogeneità dell'oggetto” che non consenta di individuare a monte i rispettivi compiti ed a valle le rispettive responsabilità (Delibera del 24 gennaio 2002, n. 6).

Dunque si presenta imprescindibile il legame tra (l'elemento soggettivo) le capacità professionali e l'oggetto dell'incarico (inteso anche quale elemento oggettivo), laddove le prime devono essere rapportate all'incarico che si intende conferire, e tali da poter ritenere sia di svolgere l'attività che di assumersi le responsabilità connesse⁴². Legame fortemente voluto dal legislatore e fortemente tutelato in sede di controllo di legittimità ed in sede giurisdizionale.

Le riflessioni sino ad ora operate conducono anche ad analizzare, più in particolare, alcune delibere che hanno ad oggetto il conferimento di incarico dirigenziale a soggetto esterno ai sensi dell'art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/01, prima e dell'art. 19, comma 5 bis, d.lgs.n. 165/01, a seguito della modifica intervenuta ad opera della l. n. 145/02⁴³.

competenze dell'ufficio cui era destinato, dunque non appariva necessario specificare l'oggetto dell'incarico per ognuno.

⁴² Corte dei Conti, delibera n. 16 del 9 luglio 2002, che, ha ritenuto illegittimo per assenza di queste capacità professionali, il provvedimento di conferimento dell'incarico ai sensi dell'art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/01; Corte dei Conti delibera 22 marzo 2001, n. 19, che ritiene “la previsione di due contratti individuali in cui si operi un mero richiamo alle competenze proprie del Consiglio superiore, del tutto inidoneo a dare concreta attuazione all'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 29/93 e si operi un rinvio, con funzione integrativa, alle direttive del Ministro dei lavori pubblici, le quali si riferiscono alle competenze dell'organo collegiale nel suo complesso, risultando indeterminato ed indeterminabile, l'ambito degli obiettivi che i due dirigenti dovrebbero conseguire e la relativa scala di priorità. In tale situazione risultano prive di adeguato supporto le previsioni negoziali che, in attuazione dell'art. 21, d.lgs. n. 29/93, completano la responsabilità dirigenziale e che prevedono la corresponsione di una retribuzione di risultato correlata all'effettivo grado di raggiungimento degli obiettivi prefissati”.

⁴³ Il dibattito giurisprudenziale si era acceso in relazione alla interpretazione dei soggetti cui era possibile conferire l'incarico ai sensi dell'art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/01. Due gli orientamenti che emergono in sede di controllo di legittimità ad opera della Corte dei Conti, ex art. 3, lett. b), l n. 20/94; il primo prevede l'esclusione dei dirigenti dello Stato (nel caso specifico di I fascia) tra i soggetti cui è possibile affidare un incarico dirigenziale di cui all'art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/01 (Delibera n. 11, 7 ottobre 2004); il secondo ha invece interpretato estensivamente la previgente disciplina (“a persone di comprovata qualificazione professionale”) permettendo l'inclusione dei funzionari delle amministrazioni dello Stato nell'ambito dei destinatari della disposizione 19, comma 6, d.lgs. n. 165/01 (delibera n. 7 del

Anche in tal caso l'elemento della sola fiduciarità non è sufficiente a giustificare il conferimento dell'incarico, infatti, pur presentandosi come "elemento non trascurabile nell'ambito di un Ufficio di diretta collaborazione dell'azione del Ministro", dove "in ogni caso concorrere l'esigenza del reperimento di una professionalità adeguata alle materie oggetto dell'incarico da conferire" e trattandosi nel caso di specie, del ricorso ad una esperienza esterna, occorre che "il prescelto sia in grado di esprimere immediatamente, in ragione della sua preparazione, un contributo di esperienza direttamente attinente alle attività del settore nel quale si intende inserirlo"⁴⁴.

Il criterio soggettivo della professionalità diviene di grande rilevanza in quanto deve essere tale da fuoriuscire dalla media, senza rappresentare "*l'ordinaria esperienza lavorativa nell'esercizio delle mansioni tipiche di una divisione amministrativa e di vigilanza della P.A.*", che condurrebbe a ritenere un provvedimento di conferimento di incarico dirigenziale (ex art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/01) non conforme (delibera n. 22 del 3 maggio 2001).

Si ripropone l'analisi del collegamento tra oggetto dell'incarico e professionalità dove, in tal caso, *una genericità del provvedimento, non renderebbe possibile non solo la verifica della rispondenza tra professionalità emergente dal curriculum dell'interessato e le funzioni che lo stesso sarebbe chiamato a svolgere*, ma impedirebbe di escludere che un soggetto "interno", già inserito nel ruolo dell'amministrazione, ma attualmente inutilizzato, non fosse idoneo a svolgere quella determinata attività di funzione dirigenziale (delibera n. 10, del 15 aprile 2003), in un sistema in cui, affinché il conferimento dell'incarico sia considerato legittimo dalla Corte dei conti in sede di controllo preventivo ex art. 3, lett. b), l. n. 20/94, oltre alla valutazione dei requisiti dell'interessato, occorre dimostrare che si possa escludere la sussistenza di un soggetto idoneo all'interno del ruolo della P.A. (attraverso la pubblicità richiesta dall'art. 13 ccnl (area I) per la partecipazione degli altri soggetti interessati).

Non sembra invece emergere dalle pronunce analizzate una importanza preponderante della valutazione del dirigente (quale componente dell'elemento soggettivo in grado di incidere come un *plus* valore o come una *deminutio* della capacità professionale della dirigenza), né una "flessione" nella tipologia di incarichi allo stesso affidati in caso di una valutazione, se non negativa in modo preponderante, tale da comportare l'insorgere di una successiva fase di responsabilità sfociante nella revoca o recesso dell'amministrazione, ma, quanto meno, non pienamente positiva (come risultati raggiunti al 100%). Questa minore rilevanza di un elemento importante tra i componenti dell'elemento soggettivo, in grado di incidere sulla capacità professionale del dirigente, potrebbe essere la conseguenza di un sistema di valutazione che stenta a

18 gennaio 2001); alla variazione normativa avvenuta ad opera della l. n. 145/02, ("anche presso amministrazioni statali"), la Corte dei Conti ha ritenuto che la disposizione in questione consentisse l'attribuzione di incarichi di funzione dirigenziale anche a soggetti interni all'amministrazione (delibera n. 13 del 25 novembre 2004), anche a soggetti, che in possesso di elevatissime professionalità, collocati in pensione Corte dei Conti, delibera del 13 novembre 2003, n. 16.

⁴⁴ Corte dei Conti, delibera n. 8 del 3 aprile 2003; Corte dei Conti, delibera n. 10 del 15 aprile 2003.

decollare con una insufficiente presenza dello stesso in sede di conferimento dell'incarico.

Un breve cenno devo poi essere rivolto alla oramai venuto meno (nella disposizione normativa, ma non in sede contrattuale, sicché parte della dottrina ritiene l'attuale vigenza del principio nel conferimento dell'incarico dirigenziale), criterio della rotazione degli incarichi. Sembra che per lo stesso la giurisprudenza sia concorde nel considerare la rotazione degli incarichi come uno dei criteri da tener in considerazione, ma non certo il principale, e, lo stesso vada applicato nel rispetto dei principi di imparzialità, di trasparenza e di partecipazione al contraddittorio⁴⁵, in quanto la rotazione degli incarichi è necessaria per l'arricchimento culturale della dirigenza, ma la mobilità non può prescindere dalla individuazione dell'interesse pubblico⁴⁶. Infatti per poter giustificare un trasferimento occorre che vi sia una motivazione dell'interesse pubblico all'avvicendamento, unitamente agli altri elementi, oggettivi e soggettivi, dunque di attitudini e capacità professionali in relazione ai programmi da realizzare⁴⁷.

4. Valutazione comparativa.

Ci si interroga su quale sia la posizione della giurisprudenza di fronte alle ipotesi di scelta effettuate dalla P.A. per l'attribuzione di un incarico dirigenziale (nell'ambito di una selezione interna tra più candidati) e se in relazione alla stessa occorra effettuare una valutazione comparativa tra più candidati per la individuazione del maggiormente idoneo a ricoprire una posizione dirigenziale e quali possibilità (eventuali) di intervento del giudice sulla scelta operata dalla P.A..

Parte della giurisprudenza individua tale potere di scelta quale esercizio della capacità del privato datore di lavoro, ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/01, sicché nel conferimento dell'incarico dirigenziale, la P.A. non è obbligata ad effettuare una valutazione comparativa tra più candidati, dovendo invece effettuare un giudizio di idoneità del soggetto che sceglie (Cassazione, 15 maggio 2003, n. 7623).

Il procedimento neppure presenta i caratteri di una selezione di tipo concorsuale finalizzata al reclutamento di personale, in quanto vi è una mera valutazione comparata dei *curricula* dei dirigenti interessati, senza l'attribuzione di punteggi di merito e senza la formazione di una graduatoria (Tar Campania - Napoli, n. 10168/04)

I lavoratori aspiranti al conferimento di un incarico superiore non vantano un diritto soggettivo alla promozione, ma un diritto soggettivo all'adempimento delle operazioni selettive nel rispetto delle disposizioni contrattuali e regolamentari ovvero delle clausole generali di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c.; diritto soggettivo che vede come corrispettivo un obbligo della P.A. di "motivare correttamente l'atto o comunque di fornire in giudizio, assumendone l'onere della prova,

⁴⁵ Tribunale di Belluno, ordinanza 3 ottobre 2002.

⁴⁶ TAR, Abruzzo, sez. Pescara, 25 giugno 1998, n. 474.

⁴⁷ Consiglio di Stato, parere 4 maggio 1999, dove, l'insufficienza delle motivazioni hanno condotto il Consiglio di Stato ad annullare i provvedimenti.

la dimostrazione della correttezza del potere discrezionale esercitato” (Tribunale di Ravenna, sentenza 28 novembre 2001).

Particolarmente acceso il dibattito attorno alla questione relativa alla dirigenza sanitaria, dove il Tar Abruzzo – sez. Pescara, ha sostenuto la necessità di una valutazione comparativa tra gli aspiranti all’incarico, per verificare, in base alle capacità professionali dei soggetti, l’idoneo all’incarico in questione⁴⁸.

In tal senso anche il Tar Friuli ed il Tar Puglia – sez. Bari, che hanno ritenuto che il procedimento di accesso alla posizione di dirigente sanitario risulta assimilabile, quantomeno ai fini della giurisdizione, al pubblico concorso, concludendosi con un provvedimento di scelta, conseguente ad una selezione pubblica affidata ad un’apposita Commissione di esperti, rispetto al quale la posizione degli aspiranti all’incarico quinquennale ha consistenza di interesse legittimo in ragione dell’ampia discrezionalità che caratterizza il potere di scelta, con conseguente devoluzione alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo⁴⁹.

Il dibattito in questione sembra aver trovato un punto d’arrivo con la Corte di Cassazione che ha preso una netta posizione con la sentenza n. 2954 del 2002, stabilendo che la disciplina della dirigenza del ruolo sanitario si articola, secondo quanto disposto dall’art. 15 del d.lgs. 502/92 (come modificato dall’art. 16 del d. lgs. n. 517/93), in due livelli, le cui modalità di accesso sono, per il primo livello, il concorso pubblico, mentre per il secondo livello l’incarico viene conferito dal direttore generale a coloro che sono in possesso dell’idoneità nazionale sulla base del parere di un’apposita Commissione di esperti. Non possono annoverarsi tra le procedure concorsuali “il concorso diretto non già ad assumere, ma a promuovere il personale già assunto, né i casi in cui la legge riserva il conferimento dell’incarico al potere discrezionale della P.A.”. Dunque nel caso del conferimento dell’incarico di dirigente sanitario di secondo livello, non si instaura una procedura concorsuale in quanto “la commissione non è chiamata ad operare una valutazione comparativa tra gli aspiranti ed a redigere una graduatoria”, ma esprime un giudizio di idoneità, nell’ambito dell’esercizio dei poteri del privato datore di lavoro; poteri che sono sindacabili dall’A.G.O. sotto il profilo del rispetto delle regole di correttezza e di buona fede⁵⁰.

Quanto alle possibilità di intervento in sede di controllo giudiziale è possibile effettuare un controllo sotto il profilo dell’osservanza delle leggi, regolamenti o CCNL, nonché del rispetto del dovere di correttezza e buona fede, in particolar modo, con

⁴⁸ Nel caso in esame non si è riscontrata traccia di valutazione degli altri dipendenti. Ci si è limitati ad individuare la professionalità e l’idoneità del solo soggetto cui l’incarico è stato conferito. Il Tar accoglie i ricorsi ed annulla gli atti di conferimento. TAR, Abruzzo, sez. Pescara, 25 giugno 1998, 474.

⁴⁹ T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 10 maggio 1999, n. 601; TAR Puglia, sez. Bari, n. 175 del 2001.

⁵⁰ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 27 febbraio 2002, n. 2954.

riferimento al conferimento degli incarichi dirigenziali “sotto il profilo dell’osservanza delle leggi viene in rilievo l’art. 19, d.lgs. n. 29/93, che impone una valutazione in chiave comparativa, nell’ambito della quale è obbligatoria la considerazione di elementi di carattere oggettivo e soggettivo”; diviene dunque fondamentale l’estrinsecazione, attraverso la motivazione, della scelta effettuata, per una valutazione *ab externo* attraverso parametri di ragionevolezza e di correttezza⁵¹.

Sebbene non sia mancato chi, oltre al sindacato esterno per il rispetto dei profili limite di origine normativa, consenta un giudicato interno in relazione all’esercizio non arbitrario del potere, per manifesta irragionevolezza che si traduca in arbitrarietà della scelta (Tribunale di Napoli, ordinanza 10 dicembre 1999), altra parte della giurisprudenza ha ritenuto che non è invece dato al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, di entrare nel merito delle scelte effettuate dalla P.A. sostituendosi alla stessa, in funzione di privato datore di lavoro (ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/01). In particolare ove la valutazione comparativa fosse carente, “non potrà il giudice sostituirla, con una diversa, rispettosa, a suo criterio, della regola della buona fede e della correttezza; se una determinata assegnazione risulta incongrua non potrà sostituirla il giudice con una da egli ritenuta più congrua”⁵². Proprio l’alta discrezionalità della scelta conduce anche il Tribunale di Potenza a ritenere che “non sia in alcun modo censurabile in sede giudiziale” la scelta effettuata dalla P.A.⁵³.

Qualora si ravvisi la violazione delle regole di correttezza e buona fede nella “selezione dei soggetti da far accedere alla qualifica dirigenziale” (siamo esplicitamente nel caso di concorso interno e vi è una norma contrattuale che impone l’obbligo di una valutazione comparativa tra gli aspiranti), è invece possibile richiedere il risarcimento del danno, per violazione dell’obbligo strumentale di comportamento (di correttezza e buona fede), che, “avendo valenza patrimoniale è fonte di danno risarcibile”. Il danno è un danno certo in relazione all’*an debeatur*, in quanto si è rilevato l’inadempimento dell’obbligazione di natura patrimoniale, incerto è invece il *quantum*, infatti si opererà una liquidazione equitativa del danno prodotto individuato come perdita di *chance*⁵⁴..

5. Inapplicabilità dell’art. 2103 c.c.

⁵¹ Tribunale di Napoli, ordinanza 10 dicembre 1999, con nota di V. TALAMO, *Onere di motivazione e criteri per il conferimento degli incarichi dirigenziali: il controllo del giudice ordinario*, in *LPA*; 2001, 254 s.s..

⁵² Tribunale di Ravenna, sentenza 28 novembre 2001.

⁵³ Tribunale di Potenza, ordinanza del 29 dicembre 1999.

⁵⁴ Corte di Cassazione, sentenza del 14 dicembre 2001, n. 15810.

La previsione legislativa di inapplicabilità dell'art. 2103 c.c. al conferimento di incarichi dirigenziali ed al passaggio ad incarichi dirigenziali diversi, è pensata per un uso flessibile della "risorsa dirigenziale"; flessibilità che, come ricordato in precedenza, sembra essersi attenuata a seguito delle modifiche intervenute ad opera della l. n. 145/02.

Non sembra infatti applicabile alla dirigenza, il concetto stesso di equivalenza delle mansioni, in quanto all'accesso del ruolo unico non corrisponde un livello di mansioni⁵⁵, anche in presenza di un parziale trattamento economico differenziato a seconda del livello di incarico che si ricopre. Per cui, sebbene gli incarichi di funzione dirigenziale siano di diversa natura, la giurisprudenza ha ritenuto che con la dichiarata inapplicabilità dell'art. 2103 c.c. sia venuta meno, nel campo del lavoro dirigenziale, la possibilità di ancorare tale valutazione al canone di equivalenza rispetto alle ultime mansioni effettivamente svolte. Sicché non si può individuare un demansionamento o dequalificazione, né dal punto di vista dell'equivalenza di livello, né della concreta omogeneità al patrimonio professionale pregresso⁵⁶.

In virtù di queste considerazioni parte della dottrina ha ritenuto che l'art. 13, comma 4, del CCNL Area 1 (1998 – 2001), in cui si stabilisce che nel caso di mancata valutazione negativa, ma in assenza della volontà di confermare l'incarico si garantisca al dirigente un incarico equivalente, intendendosi per tale l'incarico che avesse una retribuzione di pari fascia o una retribuzione di posizione complessiva non inferiore del 10% rispetto al precedente, fosse una disposizione contrattuale, oltre che eccessivamente garantista⁵⁷ per la dirigenza, anche di dubbia validità rispetto all'inapplicabilità dell'art. 2103 c.c., anche se, al di là delle perplessità, la disposizione contrattuale si ritiene oggi inapplicabile anche in forza dell'art. 19, comma 12 bis, d.lgs. n. 165/01⁵⁸.

⁵⁵ G. D'ALESSIO, *Gli incarichi di funzioni dirigenziali*, in F. CARINCI M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2000, 761.

⁵⁶ Tribunale di Ravenna, sentenza 28 novembre 2001; Tribunale di Potenza, ordinanza del 29 dicembre 1999.

⁵⁷ B. CARUSO, *La storia della riforma del pubblico impiego: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in *Riforma del lavoro pubblico e riforma della pubblica amministrazione (1997-1998)*, M. D'ANTONA, P. MATTEINI, V. TALAMO, (a cura di), Milano, 2001, XVIII.

⁵⁸ L. MENGHINI, *La disciplina degli incarichi dirigenziali*, in *Lav.p.a.*, 2002, 1025.