



Università degli Studi di Macerata
Facoltà di Giurisprudenza
Dipartimento di Diritto privato e del lavoro italiano e comparato

W.P. Libertà, lavoro e sicurezza sociale
8/11

ISSN – 2239-5083
Università degli Studi di Macerata
Piaggia dell'Università 8-11
62100 MACERATA
W.P. Libertà lavoro e sicurezza sociale

ALBERTO TAMPIERI

**PROBLEMI E PROSPETTIVE DELL'INCARICO
DIRIGENZIALE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AGLI ENTI LOCALI**

SOMMARIO: 1. L'incarico dirigenziale e il nuovo assetto delle fonti per le amministrazioni locali. Gli orientamenti della giurisprudenza contabile. - 2. Segue: la fonte regolamentare quale *lex specialis* per l'ente locale. - 3. Ancora sulla natura giuridica dell'incarico dirigenziale. - 4. Segue: la giurisdizione in tema di incarichi. - 5. Le posizioni soggettive tutelabili e la loro natura. - 6. Segue: il diritto del dirigente all'incarico. - 7. Il diritto del dirigente al rispetto dei criteri prefissati e l'onere di motivazione dell'amministrazione. - 8. Le conseguenze dell'eventuale carenza di motivazione. - 9. La fiduciarietà dell'incarico. - 10. Il modello procedimentale. Osservazioni conclusive.

1. L'incarico dirigenziale e il nuovo assetto delle fonti per le amministrazioni locali. Gli orientamenti della giurisprudenza contabile.

Il tema del conferimento, del rinnovo e della revoca degli incarichi dirigenziali nell'ambito della pubblica amministrazione è di costante attualità, sia per l'esistenza di un ricorrente e mai sopito contenzioso giurisdizionale, soprattutto in tema di revoca anticipata e mancato rinnovo dell'incarico, sia ancora - negli ultimi tempi - per l'insorgenza di questioni nuove ed inedite a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

Quest'ultimo testo normativo, intervenendo sull'art. 19 del d. lgs. n. 165/2001, ha creato infatti alcuni problemi interpretativi, in particolare

per quanto riguarda l'assetto delle fonti di regolamentazione dell'incarico dirigenziale nelle amministrazioni locali e la conseguente armonizzazione (o sovrapposizione) con la disciplina applicabile nello Stato.¹

E' noto che alle amministrazioni locali si riferiscono, oltre alla disposizione di carattere generale di cui all'art. 19 d. lgs. n. 165/2001, le previsioni specifiche contenute nel d.lgs. 267/2000 (Testo unico degli enti locali – in seguito TUEL) e in particolare gli artt. 109 e 110. Appunto l'art. 110 TUEL, ai commi 2 e 3, consente agli enti locali di costituire rapporti di natura dirigenziale a tempo determinato al di fuori della dotazione organica, mediante individuazione diretta del contraente. L'incarico di funzioni dirigenziali, specie quello "esterno" ex art. 110, comma 3 TUEL, è strettamente correlato alla fiducia dell'organo di vertice, come dimostra la norma che collega la durata dell'incarico al mandato elettivo del Sindaco o comunque dell'organo politico apicale dell'amministrazione conferente. Ma anche l'art. 109 TUEL collega strettamente il conferimento delle funzioni dirigenziali (*id est* l'incarico) agli obiettivi indicati nel programma amministrativo del Sindaco o del presidente della Provincia.

L'ampiezza e l'articolazione del TUEL hanno indotto, com'è noto, alcuni commentatori – con argomentazioni spesso persuasive - a ritenere opportuno un definitivo e completo "scorporo" della disciplina degli enti locali dalla regolamentazione generale del pubblico impiego, contenuta nel d. lgs. n. 165/2001. Ebbene, una simile opinione appare

¹ Cfr. M. CERBONE, *L'impatto della riforma sul lavoro pubblico locale*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, s.d. (ma 2009), p. 168.

fondata anche in relazione alle vicende dell'incarico dirigenziale conseguenti all'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2009, che hanno evidenziato ancora una volta la notevole specificità delle amministrazioni locali rispetto a quelle statali o parastatali, tale da giustificare regole *ad hoc*.

In particolare, si è posta una questione interpretativa, forse poco nota al di fuori degli addetti ai lavori, anche se di grande rilevanza pratica, che ha ad oggetto la sopravvivenza (o meno) dell'art. 110, commi 2 e 3 TUEL a seguito delle modifiche introdotte dal decreto n. 150/2009 nel testo dell'art. 19 del d. lgs. n. 165/2001.

Il riferimento è, in primo luogo, al nuovo comma 6 dell'art. 19 del decreto n. 165, in base al quale esistono tre distinte categorie di soggetti ai quali è possibile conferire incarichi dirigenziali "esterni": 1) soggetti di particolare e comprovata qualificazione professionale, non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione, che abbiano svolto attività in organismi ed enti pubblici o privati ovvero aziende pubbliche o private con esperienza acquisita per almeno un quinquennio in funzioni dirigenziali; 2) persone che abbiano conseguito una particolare specializzazione professionale, culturale e scientifica desumibile dalla formazione universitaria e postuniversitaria, da pubblicazioni scientifiche e da concrete esperienze di lavoro maturate per almeno un quinquennio, anche presso amministrazioni statali, in posizioni funzionali previste per l'accesso alla dirigenza; 3) soggetti provenienti dai settori della ricerca, della docenza universitaria, delle magistrature e dei ruoli degli avvocati e procuratori dello Stato.

Occorre poi prendere in considerazione l'art. 19, comma 1-*bis*, in base al quale è stata introdotta, con riferimento agli incarichi conferibili a dirigenti "interni", la necessità, per l'ente, di esperire una procedura di tipo (in senso lato) selettivo, mediante pubblicazione di apposito avviso avente ad oggetto il numero e la tipologia di incarichi disponibili e i relativi criteri di scelta (cfr. l'art. 19, comma 1-*bis*).

Un indirizzo della giurisprudenza contabile, emerso a seguito dell'emanazione del decreto n. 150/2009, si è espresso senz'altro per l'inapplicabilità sopravvenuta dell'art. 110 del TUEL, ritenuto ormai "incompatibile con la riforma del 2009 e con una lettura costituzionalmente orientata" della norma in questione.²

Tale opinione si ricollega alla sentenza della Corte costituzionale n. 324/2010, che ha respinto le questioni di legittimità dell'art. 40 del d. lgs. n. 150/2009 (modificativo dell'art. 19 del d. lgs. n. 165/2001) sollevate dalla Regione Toscana per contrasto con gli artt. 117 e 119 cost. La Corte aveva ritenuto che la materia rientrasse nella competenza statale ex art. 117, secondo comma, lett. I), cost. (ordinamento civile) e che, quindi, la norma in questione non fosse lesiva delle competenze regionali.

Dunque, in base alla sentenza della Corte costituzionale, si potrebbe (secondo questo orientamento) ritenere esteso agli enti locali – almeno così ha argomentato la giurisprudenza contabile – il nuovo art. 19, comma 6, d. lgs. n. 165/2001: e ciò comporterebbe la necessità di conferire incarichi "esterni" soltanto a persone che siano in possesso dei

² C. Conti, sez. controllo Puglia, deliberazione n. 167/PAR/2010 del 15 dicembre 2010; analogamente la medesima Sezione, nel parere n. 44 del 16 giugno 2010, nonché C. Conti, sez. controllo Veneto, 15 novembre 2010, in *Riv. corte conti*, n. 6/2010, p.88.

requisiti previsti dalla norma, ma soprattutto - per quanto riguarda gli incarichi a dirigenti “interni” - la necessità di esperire la ricordata procedura di cui all’art. 19, comma 1-*bis*. Si verrebbe a creare, in tal modo, una limitazione e comunque una *procedimentalizzazione* del potere datoriale (dell’amministrazione) di conferire incarichi, sino ad oggi inedita per l’ente locale.

Esiste peraltro un diverso e più convincente filone giurisprudenziale, minoritario sebbene autorevole, orientato nel senso della perdurante sopravvivenza dell’art. 110 TUEL anche dopo l’entrata in vigore del decreto n. 150/2009 e delle conseguenti modifiche all’art. 19 del decreto n. 165/2001. Da esso discenderebbe la precisa distinzione tra i due ambiti dell’amministrazione (enti locali e Stato) quanto alle procedure di conferimento dell’incarico dirigenziale.

Questa seconda tesi, sostenuta dalla Corte dei conti, sezione di controllo per la Lombardia con il parere n. 380/2010 del 17 marzo 2010, sottolinea in primo luogo che l’art. 40 del d. lgs. n. 165/2001 va ad incidere in modo incongruo sulla dirigenza degli enti locali, essendo inserito in un contesto legislativo destinato alla dirigenza statale (anche se, a dire il vero, il nuovo comma 6-*ter* dell’art. 19 estende espressamente i commi precedenti a tutte le amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2 del d. lgs. n. 165/2001, e quindi anche agli enti locali).

Inoltre, l’applicazione dell’art. 19 comporterebbe l’estensione dei limiti percentuali previsti dalla norma (commi 5-*bis* e 6) anche nel caso di conferimento di incarichi ai dirigenti in dotazione organica, contrariamente a quanto previsto dall’art. 110 TUEL. E ancora, il comma 6-*bis* dell’art. 19 richiama la distinzione della dirigenza in fasce, non

prevista negli enti locali. Infine la clausola di specialità di cui all'art 1, comma 4 TUEL, in ossequio al principio di autonomia degli enti locali, stabilisce che le leggi statali non possono introdurre deroghe al testo unico se non mediante espressa modificazione delle disposizioni ivi contenute; in ogni caso il testo dell'art. 110 TUEL non è stato espressamente modificato o abrogato dal d. lgs. n. 150/2009.³

Sulla base di quanto sopra, la sezione della Lombardia si è espressa nel senso della piena sopravvivenza dell'art. 110 TUEL rispetto alle modifiche introdotte dall'art. 40 del decreto n. 150/2009. In senso conforme sono orientate anche le linee guida dell'ANCI in materia di applicazione del d. lgs. n. 150/2009 agli enti locali.

La questione è stata poi sottoposta alle sezioni riunite della Corte dei conti, le quali, con le deliberazioni n. 12, 13 e 14 del 2011, hanno riaffermato, da un lato, l'applicabilità agli enti locali dell'art. 19, commi 6 e 6-bis del decreto n. 165/2001 – in quanto espressione di principi di carattere generale - ma dall'altro si sono espresse nel senso della perdurante vigenza dell'art. 110 TUEL, ritenendo che le amministrazioni locali possano continuare con il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti “esterni”.⁴

³ Per tutte queste (ed altre analoghe) considerazioni v. anche il documento “*L'applicazione del decreto legislativo n. 150/2009 negli enti locali: le prime linee-guida dell'ANCI*”, in www.ancitel.it

⁴ Le Sezioni riunite ritengono, in proposito, “ragionevole” applicare la percentuale dell'8%, in considerazione del fatto che la percentuale più elevata del 10% riguarda la dirigenza di prima fascia, che non trova l'equivalente nell'ente locale. Peraltro occorre tenere presente due ulteriori aspetti: l'art. 19, comma 6-*quater*, del d. lgs. n. 165/2001, introdotto dal D.L. n. 141/2011, ha elevato il limite, per gli enti locali “virtuosi”, sino al 18% rispetto alla dotazione organica; inoltre un indirizzo assai recente della giurisprudenza contabile (Corte dei Conti – sezione controllo Lazio, n. 47/2011/PAR del 9 agosto 2011) ha chiarito che i limiti percentuali di cui all'art. 19, comma 6 del d.

L'opinione che propende per la (perdurante) vigenza dell'art. 110 TUEL, oltre ad essere (sul piano pratico) del tutto ragionevole e sensata, è senz'altro condivisibile anche sotto il profilo giuridico, per le puntuali argomentazioni addotte dalla sezione Lombardia e riprese dalle sezioni riunite, tra le quali, in generale, la peculiarità delle amministrazioni locali, che induce ad una sempre maggiore autonomia - anche regolamentativi - rispetto agli altri comparti.

Occorre peraltro considerare che anche l'orientamento del giudice contabile da ultimo ricordato, pur ritenendo sussistente la possibilità di continuare a conferire incarichi *ex art. 110 TUEL*, afferma che occorre “prevedere adeguate forme procedimentali idonee a garantire l'oggettività e la trasparenza nella selezione del personale dirigenziale”; e ciò similmente a quanto previsto dall'art. 19, comma 1-*bis* del d. lgs. n. 165/2001, il quale, come visto, nella nuova formulazione richiede una procedura di tipo selettivo (anche se non necessariamente comparativo: v. *infra*).

Rimarrebbe tuttavia un margine di discrezionalità a favore dell'ente locale: infatti, “in forza dell'autonomia organizzativa loro riconosciuta dalla Costituzione, i Comuni, nei limiti di cui all'art.110 TUEL, possono disciplinare con le modalità più corrispondenti alla singola realtà locale i propri uffici e le tipologie di incarichi da conferire ai dirigenti ad essi preposti” (così, ancora, il parere della C. Conti della Lombardia, n. 380/2010, *cit.*). Si tratta però di una discrezionalità organizzativa, come tale sensibilmente diversa dalla discrezionalità di

lgs. n. 165/2001 non trovano applicazione per gli incarichi “di diritto pubblico”, di cui all'art. 110, comma 2 TUEL.

scelta dell'amministrazione del soggetto cui affidare l'incarico dirigenziale; su quest'ultimo aspetto, molto più controverso, si tornerà ampiamente in seguito.

2. *Segue*: la fonte regolamentare quale *lex specialis* per l'ente locale.

Proseguendo ora nell'esame della regolamentazione dell'incarico dirigenziale e degli aspetti organizzativi lasciati all'autonomia dei singoli enti, va ribadita la presenza, per le amministrazioni locali, di fonti di disciplina dell'incarico diverse sia dal TUEL che dall'art. 19 del d. lgs. n. 165/2001.

Negli enti di questo tipo, infatti, particolare rilevanza acquista - in ordine alle modalità di conferimento dell'incarico dirigenziale, ma anche per quanto riguarda i presupposti di spettanza del relativo diritto - la regolamentazione interna, e in particolare il regolamento sull'organizzazione degli uffici e servizi (art. 89 TUEL). L'importanza di quest'ultimo si ricava non solo dall'art. 109, comma 1 del medesimo TUEL, secondo il quale “gli incarichi dirigenziali sono conferiti a tempo determinato, ai sensi dell'art. 50, comma 10, con provvedimento motivato e con le modalità fissate dal regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi”, ma anche (ad esempio) dal successivo art. 3, comma 57 della legge n. 244/2007, che impone la trasmissione “per estratto” del regolamento alla sezione di controllo della Corte dei conti, nella parte in

cui prevede “i criteri e le modalità per l’affidamento di incarichi di collaborazione autonoma”.⁵

La regolamentazione a livello locale è un dato fondamentale e da non sottovalutare, nella prospettiva del rispetto dell’autonomia organizzativa dell’ente conferente.⁶ E infatti la prassi mostra come pressoché tutti gli enti locali si siano dotati di un regolamento sulla disciplina degli uffici e servizi, che comprende anche una parte dedicata alla dirigenza ed al conferimento degli incarichi

Il (necessario) coordinamento della fonte regolamentare con la disciplina legislativa generale è prescritto dall’art. 111 TUEL, ma anche dall’art. 27 del d. lgs. n. 165/2001, il quale, con una disposizione di carattere ampio, operante per tutte le pubbliche amministrazioni e non modificata dal d. lgs. n. 150/2009, prescrive che gli enti locali debbano adeguare i propri ordinamenti interni ai principi del capo II dello stesso decreto, e dunque anche alle norme che disciplinano il conferimento e la revoca degli incarichi. Tutto ciò non significa però, come si è detto al paragrafo precedente, ritenere ormai abrogata la disciplina di settore – e segnatamente l’art. 110 TUEL – per contrasto o sovrapposizione con l’art. 19 del d. lgs. n. 165/2001, a seguito delle modifiche apportate nel 2009.

In sede di analisi dei rapporti tra la disciplina statale e quella locale vanno considerate anche alcune disposizioni dei contratti collettivi

⁵ Cfr. ad es. Corte dei conti, sez. controllo reg. Lombardia, 13 dicembre 2010, n. 1051, in *Riv. cortei conti*, 2010, n. 6/2010, p.51.

⁶ Cfr., con specifico riferimento agli incarichi dirigenziali, ancora M. CERBONE, *op. cit.*, p. 187, il quale afferma che sarebbe “irragionevole affidare alla determinazione condotta dal legislatore statale” i criteri di conferimento degli incarichi nell’ambito della dirigenza locale.

di area, come ad esempio l'art. 22, comma 2, del CCNL 10 aprile 1996 per la dirigenza degli enti locali (area II): quest'ultimo, come modificato dall'art. 13 del successivo accordo 23 dicembre 1999, prevede che “gli enti, con gli atti previsti dai rispettivi ordinamenti, adeguano le regole sugli incarichi dirigenziali ai principi stabiliti dall'art. 19, commi 1 e 2 [del decreto n. 165/2001], con particolare riferimento ai criteri per il conferimento e la revoca degli incarichi e per il passaggio ad incarichi diversi nonché per la relativa durata”.

L'importanza della normativa regolamentare in ambito locale viene quindi nuovamente ribadita, questa volta da parte della contrattazione nazionale di area, mediante un esplicito richiamo agli “atti previsti dai rispettivi ordinamenti”, in funzione adeguatrice e di coordinamento con la disciplina statale. In questo caso la contrattazione si limita ad un rinvio alla regolazione a livello di singolo ente, da ritenersi ad essa consentito, in quanto estraneo rispetto al divieto di cui all'art. 19, comma 12-*bis* del d. lgs. n. 165/2001: norma, quest'ultima - applicabile anche agli enti locali - che appunto preclude al livello negoziale qualsiasi intervento derogatorio rispetto alle disposizioni in tema di incarichi contenute nel medesimo art. 19.⁷

L'esaltazione del ruolo della regolamentazione a livello di ente conferma l'esistenza di una discrezionalità “organizzativa” degli enti locali che ha pochi eguali nell'ambito dei comparti pubblici, e che è prodromica rispetto alla discrezionalità “attributiva” dell'incarico dirigenziale (v. *infra*); per altro verso, la fonte regolamentare (e i criteri

⁷ Sul punto cfr. A. BOSCATI, *Il lavoro negli enti locali dopo le riforme. Problemi risolti e questioni aperte. Il ruolo e i poteri dei dirigenti degli enti locali*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*, Torino, 2009, p. 31.

ivi indicati) diviene la *lex specialis* alla quale gli enti devono attenersi al momento di conferire il singolo incarico e motivare la loro scelta, e dunque si traduce nel parametro di misurazione della correttezza del comportamento dell'ente, non solo sul piano "istituzionale" bensì anche su quello negoziale.

La conformazione al regolamento ed ai criteri prefissati da parte dell'amministrazione diviene, in ultima analisi, un indice di adempimento dell'obbligo di buona fede contrattuale, verificabile dal giudice (v. pure *infra*).

In conclusione, non è accettabile una visione eccessivamente "accentratrice", a vantaggio della legge sul regolamento e della disciplina "uniforme" per tutta la pubblica amministrazione rispetto a quella di settore: il riferimento è alla tesi giurisprudenziale, in precedenza ricordata, che propende per l'abrogazione implicita dell'art. 110 TUEL. Una simile operazione interpretativa finirebbe inevitabilmente (e ingiustamente) per svilire il ruolo della regolamentazione a livello di ente e l'autonomia stessa delle amministrazioni locali nella disciplina e nella gestione dei rapporti di lavoro.

E' per questa ragione che, come si è detto, deve ritenersi ancora esistente e pienamente operante la norma speciale contenuta nel TUEL, rispetto ed accanto a quella generale del decreto legislativo n. 165/2001.

3. Ancora sulla natura giuridica dell'incarico dirigenziale.

Al contrario di quanto accade per l'assetto delle fonti, ormai consolidata - per le amministrazioni statali come per l'ente locale -

appare la questione della *natura giuridica* dell'atto di conferimento dell'incarico. Prevale infatti, in giurisprudenza e in dottrina, la ricostruzione dell'atto di conferimento (e conseguentemente dell'eventuale atto di revoca) quale atto di natura e tipologia strettamente "privatistica", da annoverare cioè tra gli atti di gestione del rapporto di lavoro posti in essere dagli organi amministrativi ai sensi dell'art. 5, comma 2 del d. lgs. n. 165/2001,⁸ anch'esso, da ultimo, novellato e "rafforzato" dal decreto n. 150/2009.

E' rimasta sostanzialmente minoritaria la tesi, sostenuta nel contesto della c.d. "prima privatizzazione" – (sino alla seconda metà degli anni novanta)⁹ e poi riproposta, con solide argomentazioni, dopo la legge di riforma della dirigenza n. 145/2002, che considera i provvedimenti di gestione degli incarichi come atti amministrativi in senso stretto;¹⁰ questi ultimi devono rimanere – secondo questa prospettiva - giuridicamente ben distinti dal contratto di lavoro del

⁸ Cfr. Cass. sez. un. 1° dicembre 2009, n. 25254, in *LPA*, 2009, p. 1053, con nota di V.A. IANNITTI, *La giurisdizione sugli incarichi dirigenziali: la Suprema corte conferma la devoluzione al giudice ordinario*; Cass. 20 marzo 2004, n. 5659, in *LPA*, 2004, p. 153.

⁹ Cfr. ad esempio Corte dei conti, sez. controllo Stato, 22 novembre 1999, n. 97, in *Cons. stato*, 2000, II, p. 116; in dottrina, per il dibattito dell'epoca, cfr. G. D'ALESSIO, *La riforma della dirigenza amministrativa nella prima elaborazione giurisprudenziale (1998-2000)*, in *LPA*, 2000, p. 45.

¹⁰ In argomento cfr. C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la legge 145/2002*, in *LPA*, 2002, p. 931, secondo il quale "il conferimento dell'incarico dirigenziale è, infatti, l'atto con cui si crea la connessione organica tra un dipendente e l'ufficio (o la funzione) cui questi viene preposto; è l'atto con cui si attribuisce al dipendente la potestà di esercitare le funzioni pubbliche proprie dell'ufficio agendo in nome e per conto dell'amministrazione. Quindi, il conferimento dell'incarico presenta gli stessi caratteri del potere di organizzazione, essendo anch'esso partecipe ed espressione della finalità di distribuire ed articolare le funzioni pubbliche. (...) Ne consegue che, così come il potere di organizzazione ha natura pubblicistica, quando attiene alla macro-organizzazione (...) così ha natura pubblicistica il potere di conferire incarichi dirigenziali".

dirigente (a termine o a tempo indeterminato), che mantiene comunque una posizione di preminenza.

L'attuale qualificazione giurisprudenziale (e dottrinale) dell'atto di conferimento e revoca dell'incarico dirigenziale in termini di atto di gestione del rapporto di lavoro, che pure si fonda su di una precisa scelta di politica legislativa - quella di incrementare sempre più i poteri di intervento "privatistico" delle amministrazioni: art. 5, comma 2 del d. lgs. n. 165/2001 - non convince appieno.

Innanzitutto vi è un dato testuale che appare contrario alla tesi predominante, sul quale si è già molto discusso, ma senza addurre – almeno a parere di chi scrive - argomenti decisivi. L'attuale formulazione dell'art. 19, comma 2, d. lgs. n. 165/2001, risultante dalla legge n. 145/2002, e rimasta inalterata, sul punto, dopo le novità introdotte dal d. lgs. n. 150/2009, fa (ancora) espressa menzione del "*provvedimento* di conferimento dell'incarico dirigenziale", per quanto concerne l'oggetto dell'incarico, gli obiettivi da conseguire e la durata: provvedimento di conferimento al quale – com'è noto - accede un *contratto* individuale, con il quale, tra amministrazione e dirigente "incaricato", viene definito il corrispondente trattamento economico.¹¹

Ebbene, l'utilizzo di una terminologia tipicamente pubblicistica, quale l'espressione "provvedimento", consente, ragionevolmente, di mantenere anche oggi serie perplessità sulla ricostruzione predominante della natura giuridica dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale. Sembra infatti più opportuno annoverare l'affidamento dell'incarico tra

gli atti amministrativi in senso proprio (pubblicistico) e non tra gli atti di gestione, sia pure soggetti, come si vedrà, alla “procedimentalizzazione” del potere datoriale per quanto riguarda la loro adozione (del resto la procedimentalizzazione è ben nota ed anche regolamentata da tempo in sede di adozione degli atti amministrativi: si veda la legge n. 241/1990).

La lettura “privatistica” della norma sugli incarichi contenuta nel d.lgs. n. 165/2001, avanzata e sostenuta fortemente dalla Corte di Cassazione, pur nella sua autorevolezza, altera la tradizionale consequenzialità logico-giuridica esistente fra atto (di conferimento) e contratto (di lavoro): quest’ultimo, di norma atto basilare e fondante il rapporto, nella fattispecie viene limitato nella portata e ridotto alla definizione degli aspetti economici del rapporto dirigenziale.

Un atto negoziale avente ad oggetto esclusivamente aspetti economici del rapporto di lavoro, però, se non è inedito in una prospettiva collettiva (si pensi ad esempio ai rinnovi esclusivamente economici dei contratti nazionali del pubblico impiego), è invece molto più raro (o addirittura anomalo) in un contesto individuale, tanto più se subordinato ed accessorio rispetto all’altro atto fondamentale per la definizione del contenuto del rapporto, vale a dire l’attribuzione delle mansioni (che corrisponde appunto all’assegnazione dell’incarico).

L’attuale art. 19 del decreto n. 165/2001 prefigura, in sostanza, una netta “scissione”, inedita al diritto privato – come ha testualmente riconosciuto la Suprema corte: v. *infra* - fra l’attribuzione delle funzioni dirigenziali, che avviene con provvedimento datoriale unilaterale, e la

¹¹ In senso decisamente critico nei confronti della scelta “provvedimentale” operata con la legge n. 145/2002, cfr. F. CARINCI, *Regola maggioritaria, alternanza e bulimia riformatrice*, in *LPA*, 2002, p. 844.

definizione delle condizioni economiche, che forma oggetto di un atto negoziale separato ed accessorio, pure a termine.

A tali provvedimenti si deve aggiungere, per la dirigenza di ruolo, il contratto individuale di lavoro a tempo indeterminato, che costituisce il “rapporto base” e che, tuttavia, non riguarda l’incarico, ma conferma soltanto, secondo la giurisprudenza (v. ancora *infra*) l’idoneità del dirigente a “sostenere” incarichi di elevata professionalità.

Il decreto legislativo n. 150/2009 non ha inciso, se non marginalmente, sulla configurazione del meccanismo di attribuzione dell’incarico, e per nulla sulla qualificazione in termini di “provvedimento”, pur modificando in altri passaggi, anche importanti, l’art. 19 del d. lgs. n. 165/2001 e la stessa regolamentazione del rapporto dirigenziale. Evidentemente la scelta legislativa adottata a suo tempo (con la legge n. 145/2002) è stata interpretata in senso conforme alla prevalente giurisprudenza.

Esiste, peraltro, una risalente e ormai dimenticata circolare del Dipartimento della funzione pubblica del luglio 2002,¹² interpretativa della legge sulla riforma della dirigenza pubblica n. 145/2002, la quale era giunta a sostenere che l’atto di conferimento dell’incarico avesse senz’altro natura di provvedimento amministrativo. La prassi ministeriale è stata, questa volta, singolarmente e deliberatamente ignorata, non solo

¹² Circolare 31 luglio 2002, pubblicata nella G.U. n. 182 del 5 agosto 2002, secondo la quale “nel nuovo assetto normativo della dirigenza, l’atto di conferimento dell’incarico assume connotazione provvedimentale, ponendosi come determinazione conclusiva di un apposito procedimento amministrativo, nel quale si manifesta l’interesse pubblico correlato al perseguimento degli obiettivi definiti dall’organo di indirizzo politico – amministrativo. La legge qualifica espressamente l’atto di assegnazione delle funzioni dirigenziali come provvedimento, ponendo in rilievo il carattere unilaterale della determinazione”.

dalla dottrina prevalente – con qualche autorevole eccezione, di cui si è già detto¹³ - ma anche (ciò che più conta) dalla giurisprudenza.

Se è vero, in linea generale, che le circolari interpretative non hanno alcun valore vincolante per il giudice del lavoro,¹⁴ nella specie la totale ed unanime pretermissione della posizione assunta dagli organi ministeriali ha un significato probabilmente diverso: un'eventuale prevalenza della tesi provvedimentale, infatti, avrebbe avuto una inevitabile ed eversiva ricaduta sul sistema di riparto di giurisdizione delle controversie di lavoro pubblico, come delineato nell'art. 63 del d. lgs. n. 165/2001.

Dunque la prevalente giurisprudenza, e buona parte della dottrina, sono saldamente attestate sulla natura privatistica dell'atto di conferimento dell'incarico, giungendo addirittura ad affermare che, in caso di revoca dell'incarico medesimo, sia pure in via di autotutela, “il potere autoritativo amministrativo si trasforma in potere privato”, con la conseguenza che “anche gli atti di ‘autotutela’ che l'amministrazione adotta (...) sono atti di diritto privato”.¹⁵ Ciò vale – si ritiene – anche per gli enti locali, a nulla rilevando la competenza del Sindaco (organo politico) in materia di conferimento: infatti in questo caso “il soggetto che adotta l'atto non esercita un'attività direttamente connessa alla

¹³ Cfr. C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la legge 145/2002*, cit., p. 929 ss.

¹⁴ Cfr. ad esempio, sia pure in altro contesto (ruolo e ambito della contrattazione integrativa dopo il decreto n. 150/2009), Trib. Trieste, ord. 5 ottobre 2010, in *LPA*, 2010, p. 620, con nota di A. ZILLI, *Le relazioni sindacali negli enti locali post riforma Brunetta*.

¹⁵ Cass. 17 settembre 2008, n. 2374; in senso conforme Trib. Orvieto, 27 gennaio 2011, n. 134, inedita.

funzione di amministrazione in senso tecnico, ma meramente strumentale rispetto ad essa”.¹⁶

A questa affermazione si può, tuttavia, contrapporre l’insistenza, sia prima che dopo il decreto n. 150/2009 (si v. l’art. 37), del legislatore sulla doverosa distinzione tra politica e amministrazione, al punto che rientrano tra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo (e non tra quelle di carattere gestionale) le “nomine, designazioni ed atti analoghi” attribuiti ai vertici dell’ente pubblico “da specifiche disposizioni” (art. 4, comma 1 lett. e) del d. lgs. n. 165/2001): ebbene, tra queste ultime può senz’altro ricomprendersi l’art. 50, comma 10 del d. lgs. n. 267/2000 sul conferimento degli incarichi dirigenziali da parte del Sindaco, che rientra, allora, a pieno titolo nella funzione di indirizzo politico-amministrativo.

4. *Segue*: la giurisdizione in tema di incarichi.

L’interpretazione dell’art. 19 del decreto n. 165/2001 nel senso della natura strettamente provvedimentale - amministrativa dell’atto di conferimento dell’incarico dirigenziale avrebbe dunque, come si è detto, per forza di cose sconfessato la ripartizione della giurisdizione introdotta nell’art. 63 del d.lgs. n. 165: norma, quest’ultima, che dal 1998 assegna com’è noto, al giudice ordinario la cognizione (tra l’altro) delle

¹⁶ In tal senso A. BOSCATI, *La dirigenza degli enti locali fra logica fiduciaria e logica manageriale: il rapporto con gli organi politici ed il nodo degli incarichi*, in AA.VV., *L’impiego pubblico negli enti locali*, QDLRI n. 30, Torino, 2007, p. 146.

controversie in tema di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali.¹⁷

E' altrettanto vero, però, che non è possibile trarre diverse conclusioni muovendo, a ritroso, proprio dalla norma processuale: ritenere, cioè, che l'assegnazione delle controversie in questione al giudice del lavoro consenta di dedurre la natura *sicuramente privatistica* dell'atto di conferimento (o revoca) dell'incarico. Dall'esistenza di una disciplina processuale non è dato trarre conclusioni sul piano sostanziale, e cioè, in questo caso, sulla natura giuridica dell'incarico, poiché la competenza giurisdizionale deve essere determinata sulla base della tipologia cui appartiene il diritto controverso (art. 99 c.p.c.).¹⁸

In ogni caso, a quanto consta, non vi sono pronunce dei giudici del lavoro, di merito o di legittimità, che abbiano accolto la tesi della natura provvedimentale dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale e del conseguente difetto di giurisdizione del giudice ordinario. Dal canto suo, invece, la Suprema corte ha costantemente ribadito, come si è visto, la natura "privatistica" e gestionale dell'atto di conferimento dell'incarico,¹⁹ seguita dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha sottolineato l'assenza, nelle modifiche legislative susseguitesi nel tempo (in particolare nella citata legge n. 145/2002) di qualsiasi

¹⁷ In dottrina R. TISCINI, *Sub art. 29 d. lgs. n. 80/1998*, in M. DELL'OLIO, B. SASSANI (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, Milano, 2000, p. 312..

¹⁸ Cfr., per tutti, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*¹⁷, Torino, 2005, vol. I, p. 91.

¹⁹ Cfr., oltre a Cass. 1° dicembre 2009, n. 25254, *cit.*, anche Cass. 30 dicembre 2009, n. 27888, in *LPA*, 2009, p. 1081 e ancor prima la nota Cass. 20 marzo 2004, n. 5659, in *LPA*, 2004, p. 153, con nota di A. BOSCATI, *Atto di conferimento dell'incarico dirigenziale: la Cassazione ne riafferma la natura privatistica*. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Bari, 11 gennaio.2005, a quanto consta inedita.

norma processuale che possa far propendere per la giurisdizione amministrativa in tema di incarichi.²⁰

Tuttavia, come si è anticipato, la stessa giurisprudenza di legittimità è stata costretta ad ammettere - con riferimento all'atto provvedimentale e al contratto "accessorio" - che si tratta di una "scissione ignota al diritto privato,"²¹ traendone peraltro, inopinatamente, l'importantissima conseguenza dell'esistenza di una diversa disciplina del recesso dal rapporto di lavoro dirigenziale rispetto al regime privatistico; sostenendo, cioè, una soluzione fortemente innovativa (per non dire rivoluzionaria) alla quale si è in seguito conformata la più recente contrattazione collettiva di area,²² vale a dire l'esistenza del diritto del dirigente illegittimamente licenziato alla reintegrazione nel posto di lavoro, in via (se non unica, almeno) privilegiata.

Occorre riconoscere che la devoluzione della giurisdizione in materia di incarichi dirigenziali all'autorità giudiziaria ordinaria ha sovvertito la precedente tesi che - con giusta ragione - distingueva tra *rapporto di lavoro* del dirigente (rientrante nell'ambito privatistico) e *incarico dirigenziale* (di natura e forma pubblicistica).

Quest'ultima suddivisione è (e rimane) la più coerente con la natura pubblica *del datore* di lavoro, rimasta inalterata anche dopo la privatizzazione *del rapporto* di lavoro, e viene costantemente e progressivamente ribadita dalla sempre maggiore "deriva" della

²⁰ Cons. Stato, IV, 22 marzo 2005 n. 1230, V. c. Regione Emilia Romagna; TAR Campania-Napoli, 25 gennaio 2005 n. 377, in *Foro amm*, 2005, p. 200

²¹ Cass. 1° febbraio 2007, n. 2233, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 924.

²² Cfr. il CCNL per la dirigenza dell'Area II (Regioni e autonomie locali) del 22.02.2010, artt. 11-12. Per osservazioni critiche sulle più recenti disposizioni

disciplina del pubblico impiego rispetto al lavoro privato, ad onta delle riforme del settore succedutesi a partire dalla metà degli anni novanta.²³

L'attribuzione al giudice ordinario della cognizione delle controversie in tema di conferimento e revoca degli incarichi non sarebbe stata, a ben vedere, indispensabile – a differenza di quanto accade per la giurisdizione di carattere “generale” in tema di controversie di lavoro del pubblici dipendenti – nemmeno quale conseguenza della privatizzazione del rapporto di lavoro dirigenziale; infatti ben avrebbe potuto distinguersi il momento di attribuzione dell'incarico e delle funzioni da quello della regolamentazione del rapporto di lavoro, allo stesso modo in cui si distingue la fase, concorsuale, *di instaurazione* del rapporto (non a caso lasciata alla cognizione del giudice amministrativo in sede contenziosa) da quella, successiva, *di gestione* del medesimo.

Al momento, però, non si intravede la possibilità di un ritorno al passato ed alla conseguente giurisdizione amministrativa sulla materia *de qua*, tenuto conto che anche il più recente intervento legislativo (legge delega n. 15/2009 e decreto delegato n. 150/2009) non ha inteso in alcun modo intervenire sulla natura giuridica dell'incarico dirigenziale.

5. Le posizioni soggettive tutelabili e la loro natura.

La configurazione giurisprudenziale dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale è, per altro verso, strettamente legata

collettive, cfr. V.A. IANNITTI, *La giurisdizione sugli incarichi dirigenziali: la Suprema corte conferma la devoluzione al giudice ordinario*, cit., p. 1057.

all'individuazione delle posizioni soggettive tutelabili in capo al dipendente (in questo caso del dirigente) pubblico, a seguito della ormai ventennale riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

In particolare, la qualificazione in termini strettamente privatistici dell'atto di conferimento dell'incarico è stata ritenuta coerente con la sussistenza – quale conseguenza della privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico - unicamente di posizioni di interesse legittimo “di diritto privato”, in capo al dipendente della pubblica amministrazione.²⁴ Ne consegue che, anche qualora la pubblica amministrazione eserciti un potere discrezionale (come quello, che qui interessa, di conferimento dell'incarico dirigenziale), esso non potrà assumere alcuna connotazione autoritativa, e la posizione soggettiva dell'interessato “dovrà qualificarsi, alla stregua delle più recenti classificazioni civilistiche” (il riferimento è a Cass. sez. un. 22 luglio 1999, n. 500), come interesse legittimo di diritto

²³ Per eventuali approfondimenti cfr. A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 144 ss.; A. TAMPIERI, *Il lavoro pubblico dopo la legge n. 183/2010*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, p. 226.

²⁴ Cfr. la nota decisione delle sezioni unite 24 febbraio 2000, n. 41, in *LPA*, 2000, p. 301, con nota di L. DE ANGELIS, secondo la quale, “attraverso il d. lgs. n. 29 del 1993, che ha dato attuazione alla detta legge di delega, le posizioni soggettive dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni sono state modificate, nel senso che nei rapporti di lavoro non è dato di identificare interessi legittimi di diritto pubblico, ai quali si riferisce l'art. 103 Cost., come è dimostrato dall'applicazione del codice civile, sia pure nei limiti della specialità del rapporto e del perseguimento degli interessi generali (art. 2, comma 2, d. lgs. 3 febbraio 1993 n. 29); dal fatto che l'amministrazione opera coi “poteri del privato datore di lavoro”, adottando tutte le misure inerenti al l'organizzazione ed alla gestione dei rapporti (art. 4, comma 2, d. lgs. ult.cit.); nonché dall'art. 68, comma 2, d. lgs. n. 80 del 1998, che parla espressamente di “diritti” dell'impiegato, coi connesso potere del giudice ordinario di emettere nei confronti delle pubbliche amministrazioni tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna

privato da riportare, quanto alla tutela giudiziaria, all'ampia categoria dei "diritti" di cui all'art. 2907 cod. civ."²⁵

Questa posizione, di per sé ineccepibile (almeno all'epoca delle pronunce in questione), non tiene conto tuttavia che i più recenti sviluppi della legislazione in materia di lavoro – e specialmente i d. lgs. n. 276/2003, n. 150/2009 e la legge n. 183/2010 – hanno rimarcato le differenze di regolamentazione tra lavoro pubblico e privato al punto tale che sono ormai consistenti i settori della legislazione del lavoro "riservati" al lavoro nell'impresa (si v. l'art. 1, comma 2 del d. lgs. n. 276/2003) ovvero, per contro, al lavoro pubblico (in tal senso i titoli II e III del d. lgs. n. 150/2009).

Dunque non potrebbe escludersi la presenza (o la reviviscenza), nel contesto dell'attuale configurazione del lavoro pubblico, di posizioni di interesse legittimo "tradizionale" a fronte di un potere discrezionale dell'amministrazione, sia pure "procedimentalizzato",

La Suprema corte ha tuttavia ribadito, anche di recente, che "in tema di impiego pubblico privatizzato, in relazione all'acquisto della qualifica dirigenziale, che si consegue *soltanto mediante contratto individuale di lavoro* [corsivo mio], sono tuttavia configurabili, con riferimento ad *atti preliminari*, come ad esempio l'esito di procedure concorsuali, l'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale ed ogni altro atto che preceda la stipulazione del contratto, posizioni di interesse legittimo *di diritto privato*, ascrivibili alla categoria dei diritti soggettivi, suscettibili di tutela giurisdizionale anche in forma risarcitoria".

²⁵ In tal senso cfr. ancora Cass. sez. un. n. 41/2000, *cit.*

Tale orientamento conferma che la scomparsa, nel contesto del lavoro pubblico contrattualizzato, degli interessi legittimi di tipo “pubblicistico”, vale anche per la posizione del dirigente interessato al conferimento dell’incarico dirigenziale.

Incidentalmente, però, appare significativo che in questo stesso contesto la Corte, riferendosi all’incarico, lo qualifichi come “atto precedente” la stipulazione del contratto, accomunandolo così in qualche modo alle procedure concorsuali e perpetuando i dubbi sulla reale natura giuridica del conferimento (v. *supra*); infatti, nei confronti del potere pubblicistico di conferimento dell’incarico, l’interessato non ha che un mero interesse legittimo, sulla cui assimilabilità al diritto soggettivo è lecito nutrire più di un dubbio.

L’eventuale risarcimento, in caso di violazione di questi interessi legittimi “privatistici” – prosegue la Corte - “postula l’allegazione e la prova a carico del lavoratore circa la lesione dell’interesse legittimo suddetto, nonché del danno subito ... in dipendenza dell’inadempimento di obblighi gravanti sull’amministrazione, senza che la pretesa risarcitoria possa essere fondata sulla lesione del diritto al conferimento dell’incarico dirigenziale”.²⁶

Si introduce, in tal modo, una sottile distinzione tra (risarcimento per violazione del) diritto al conferimento di un *determinato* incarico, ritenuto non sussistente, e risarcimento del danno per violazione, da parte dell’amministrazione, dei canoni (negoziali) di buona fede e correttezza al momento della scelta del “contraente” cui affidare l’incarico; canoni ai

²⁶ Così Cass. 23 febbraio 2007, n. 4275, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 2265; Trib. Bolzano, 29 settembre 2006, a quanto consta inedita.

quali l'amministrazione deve attenersi (v. più ampiamente *infra*, par. seguente).

Se ci si limita alla fase del conferimento, la posizione della Suprema corte può anche essere considerata coerente con il presupposto "privatistico" dal quale essa stessa muove. Tuttavia le prime conseguenze problematiche di una siffatta ricostruzione emergono con tutta evidenza, allorché si deve riconoscere (come fa la Corte) che eventuali modifiche al contenuto del contratto, che "accede" all'incarico, possano avvenire soltanto consensualmente.²⁷

Ebbene, se così davvero fosse, poiché il contratto individuale "accessorio" ha quale unica e residuale funzione quella di determinare il trattamento economico correlato all'incarico dirigenziale, occorrerebbe ammettere che la legge stessa non lasci spazio alla contrattazione individuale oltre la determinazione degli elementi di carattere economico. E ciò deporrebbe ancora una volta – sia pure ragionando *a contrario* - per la natura sostanzialmente pubblicistica del contenuto dell'incarico e del relativo atto di assegnazione.

Anche in dottrina, come si è detto, nonostante alcune eccezioni²⁸ è da tempo predominante la tesi che considera il conferimento

²⁷ Trib. Pavia, 26 aprile 2008, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, p. 750, con riferimento alla sostituzione dell'incarico di dirigente della Polizia locale con quello di "studio e stesura di progetti relativi alla educazione, legalità e sicurezza".

²⁸ Cfr. C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, ne *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario diretto da F. CARINCI e M. D'ANTONA, Milano, 2000, p. 146; ID, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la legge 145/2002*, cit. In giurisprudenza cfr. C. Conti, 3 giugno 1999, n. 39, in *LPA*, 1999, n. 5, p. 927.

dell'incarico come atto privatistico di gestione del rapporto di lavoro e non come provvedimento amministrativo.²⁹

Volendo, allora, adeguarsi alla prospettiva strettamente privatistica (o per meglio dire giuslavoristica) al momento prevalente, potrà aggiungersi che il provvedimento (in senso lato) di attribuzione dell'incarico è riconducibile all'assegnazione delle mansioni al dirigente, sia che si tratti della prima attribuzione di funzioni dopo la selezione, che di una nuova assegnazione a seguito della scadenza del precedente incarico. Mentre l'instaurazione del rapporto d'impiego attribuisce al dirigente la titolarità dell'ufficio (in termini pubblicistici), il conferimento delle effettive mansioni di direzione e coordinamento (in termini privatistici) è conseguenza (e contenuto) del conferimento dell'incarico. Invece la definizione del trattamento economico (sempre in termini privatistici) avviene con il contratto "accessorio".

²⁹ Si v. in tal senso F. CARINCI, *Regola maggioritaria, alternanza e bulimia riformatrice*, cit., p. 844; G. NICOSIA, *L'incerto confine tra la macro e la micro organizzazione del datore di lavoro pubblico nell'incarico di funzione dirigenziale*, in *LPA*, 2005, p. 341; G. D'ALESSIO (a cura di) *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, Bologna, 2008. Di opinione contraria (e cioè nel senso della natura tuttora pubblica dell'atto di conferimento), si v., per la dottrina pubblicistica, S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, Padova, 2000, p. 660, il quale distingue nettamente tra provvedimento amministrativo, legato al rapporto di ufficio, e atto negoziale connesso al rapporto di servizio di natura dirigenziale; e ancora ID., voce *Dirigenza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, vol. III, 2006, p. 1864. Cfr. inoltre, in forma dubitativa, A. ZOPPOLI, voce *Dirigenza statale*, in *DDP Sez. Comm.*, aggiornamento (vol. V), Torino, 2009, p. 273, secondo il quale "dinanzi alle novità introdotte dalla legge n. 145, si potrebbe ritenere che l'atto pubblicistico si estenda a tutti gli incarichi, in ragione dello svolgimento di funzioni dirigenziali di natura propriamente pubblicistica".

Per la manualistica più recente, in argomento, si vedano L. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*⁴, Torino, 2011, p. 130, e A. TROJSI, *Il rapporto di lavoro del dirigente pubblico*, in U. CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*², Bari, 2010, p. 129.

In questo senso è orientata una ricorrente giurisprudenza, che verrà richiamata anche più avanti, con riferimento al diritto del dirigente all'incarico: secondo la Suprema corte, “nel nuovo sistema del lavoro c.d. “privatizzato” (...) alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, la qualifica dirigenziale 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 dipendente, che tale qualifica ha conseguito mediante il contratto di lavoro stipulato all'esito della prevista procedura concorsuale”.³⁰

Ne deriva, allora, secondo un'efficace sintesi giurisprudenziale, che “il dirigente svolge le funzioni inerenti alla qualifica solo per effetto del conferimento, a termine, di un incarico dirigenziale attraverso un provvedimento al quale accede un contratto individuale abilitato a definire il corrispondente trattamento economico, il tutto in vista di determinati obiettivi”.³¹

Dunque, a quanto pare di capire, almeno per la dirigenza di ruolo, il contratto di lavoro “base” ha un'importanza predominante, mentre l'incarico ha la finalità di definire le funzioni dirigenziali concretamente assegnate al dirigente “professionalmente idoneo”. L'altro contratto – quello destinato unicamente alla specificazione delle condizioni economiche – viene relegato in una posizione meramente secondaria ed accessoria.

Per la verità, nella pratica quotidiana, il contenzioso si concentra sulla fase del rinnovo, e cioè allorché si tratta di decidere se (e quando)

³⁰ Cass. 30 dicembre 2009, n. 27888, in *LPA*, 2009, p. 1081.

³¹ In questo senso Cass. 20 febbraio 2007, n. 3929, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1716

mutare le mansioni affidate al dirigente, alla *naturale scadenza* dell'incarico dirigenziale (ipotesi ben diversa, sebbene talora indebitamente confusa con la precedente, dalla revoca anticipata dell'incarico). La qualificazione "privatistica" del provvedimento di conferimento, e la sua connotazione quale atto attributivo di mansioni al lavoratore – dirigente, porterebbe, logicamente, all'applicazione della disciplina codicistica sul mutamento di mansioni (art. 2103 cod. civ.): disciplina che, tuttavia, è stata espressamente derogata dall'art. 19, comma 1 del d. lgs. n. 165/2001, anche dopo l'avvento del d. lgs. n. 150/2009.

Non a caso, su questo punto specifico esiste da tempo, come detto, un articolato contenzioso giurisdizionale, vivo ed attuale, che non di rado si conclude – spesso *contra legem* – nel senso del riconoscimento al dirigente "demansionato" di una tutela risarcitoria e, in qualche ipotesi, addirittura ripristinatoria.³²

Non è questa la sede per approfondire il complesso tema del diritto (o meno) al rinnovo dell'incarico e degli eventuali rimedi risarcitori o ripristinatori a favore del dirigente. Va tuttavia almeno ricordato, in tema di rinnovo dell'incarico, che il d.l. n. 78/2010 (convertito nella legge n. 122/2010), all'art. 9, comma 32, ha abrogato il comma 1-ter dell'art. 19 d. lgs. n. 165/2001, il quale prevedeva l'obbligo, per l'amministrazione, di motivare le ragioni di un eventuale mancato rinnovo dell'incarico alla scadenza o in conseguenza di eventuali

³² Sul punto sia consentito rinviare ad A. TAMPIERI, *Carenza di motivazione nell'atto collettivo di assegnazione in staff di dirigenti*, in LPA, 2005, p. 187.

“processi di riorganizzazione” e di “prospettare” al dirigente interessato i posti disponibili.

A seguito di questa modifica legislativa,³³ la posizione soggettiva del dirigente risulta ulteriormente affievolita,³⁴ anche se la recente modifica ribadisce espressamente che l'amministrazione *deve* conferire al dirigente un altro incarico di livello confacente al suo incarico, sebbene – in ipotesi - diverso dal precedente e anche di valore economico inferiore.³⁵

6. *Segue*: il diritto del dirigente all'incarico.

Un dato (almeno in apparenza) acquisito da tempo, anche per gli enti locali, concerne l'esistenza di un diritto del dirigente al conferimento

³³ Il testo del citato art. 9, comma 32 del d.l. n. 78/2010 afferma che, a decorrere dall'entrata in vigore della norma, “le pubbliche amministrazioni che, alla scadenza di un incarico di livello dirigenziale, anche in dipendenza dei processi di riorganizzazione, non intendono, anche in assenza di una valutazione negativa, confermare l'incarico conferito al dirigente, conferiscono al medesimo dirigente un altro incarico, anche di valore economico inferiore”.

³⁴ Cfr. G. D'ALESSIO, *Incarichi dirigenziali: Tremonti “corregge” Brunetta*, in www.astrid.eu, 2 giugno 2010, il quale nota come, per effetto della modifica, a prescindere da considerazioni di carattere giuslavoristico in merito all'operatività della deroga all'art. 2103 cod. civ., il dirigente potrà trovarsi a dover accettare un incarico di valore economico inferiore (e anche funzionalmente tale) pur avendo, in ipotesi, ottenuto una valutazione di eccellenza; con tutto ciò che una simile considerazione comporta in termini di “svuotamento” del significato e della portata del d. lgs. n. 150/2009, almeno per quanto riguarda la valutazione dirigenziale.

³⁵ Resta valida, anche dopo la modifica legislativa del 2010, l'osservazione, formulata in relazione al testo (abrogato) dell'art. 19, comma 1-ter, da A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico. cit.*, p. 155, il quale osservava che il riferimento ai “processi di riorganizzazione” (contenuto nel comma 1-ter e riproposto dal decreto n. 78/2010) dà “veste legale a un giustificato motivo oggettivo di cessazione dell'incarico”.

di un incarico dirigenziale, vale a dire adeguato e confacente al suo livello di inquadramento.³⁶

Tale diritto è stato ribadito da tempo dai contratti collettivi di area: ad esempio, per la dirigenza degli enti locali, l'art. 22, comma 1 del CCNL area II del 10 aprile 1996, come modificato dall'art. 10 del CCNL 22 febbraio 2006, afferma che le amministrazioni assegnano ad ogni dirigente uno degli incarichi istituiti “secondo la disciplina dell'ordinamento vigente”, fatto salvo il caso di sospensione dall'incarico quale misura “sanzionatoria” nell'ambito della responsabilità dirigenziale (art. 23 *bis*, comma 1 lett. c) del medesimo CCNL). La norma non è stata modificata dalle ultime tornate contrattuali, pur notevolmente innovative per altri versi (si pensi alla recente introduzione del diritto alla reintegrazione del dirigente nel posto di lavoro, sia pure con la possibile alternativa costituita dall'indennità supplementare: artt. 11 e 12 Area II CCNL area II del 22 febbraio 2010).

Ancor più esplicito è l'art. 20, comma 1 del CCNL area I del 21 aprile 2006, secondo il quale “tutti i dirigenti, appartenenti al ruolo dell'amministrazione e a tempo indeterminato, hanno diritto ad un incarico”.

Si tratta di un'affermazione di principio che è difficile contestare, a maggior ragione in una prospettiva “privatistica” di qualificazione dell'incarico – che come si è visto è attualmente prevalente – posto che, in sostanza, l'atto di conferimento si traduce nell'attribuire al dirigente le mansioni per le quali è stato assunto (art. 2103 cod. civ.). Su questo piano

³⁶ *Contra*, per quanto riguarda l'incarico di preside (ora dirigente scolastico), Cons. Stato, VI, 25 maggio 2010, n. 3286, in *Foro amm.*, 2010, p. 1088, che pone quale

– e cioè in termini di demansionamento o “svuotamento” di funzioni del dirigente privo di incarico – è azionabile in giudizio la previsione del contratto collettivo di area.

Naturalmente si deve presupporre – ma la tesi sembra plausibile - che la deroga all’art. 2103 cod. civ., contenuta nell’art. 19, comma 1 del d. lgs. n. 165/2001, riguardi soltanto il “momento genetico” del conferimento dell’incarico,³⁷ e non il mutamento di funzioni *alla scadenza*: quest’ultima ipotesi - attribuzione di un incarico (in astratto) non equivalente - non può mai costituire demansionamento del dirigente,³⁸ mentre sarebbe illegittimo il contegno dell’amministrazione che non conferisse *alcun incarico* al dirigente, in assenza – s’intende – di ipotesi di responsabilità dirigenziale (art. 21 d. lgs. n. 165/2001).

Tornando al diritto del dirigente all’incarico, una precisazione tuttavia si impone. In ambito giurisprudenziale, l’opinione prevalente distingue (anche se non sempre nettamente) tra il diritto del dirigente a ricevere un incarico di livello dirigenziale e il diritto *ad uno specifico* incarico, magari gradito al dirigente medesimo o da lui richiesto, ovvero

condizione per il conferimento dell’incarico la disponibilità del relativo posto.

³⁷ In questo senso Trib. Ariano Irpino, 15 ottobre 2002. Tuttavia la Suprema corte ha affermato che “il sistema normativo del lavoro pubblico dirigenziale negli enti locali (...) non consente - anche in difetto della espressa previsione di cui al d. lgs. n. 165 del 2001, art. 19, stabilita per le amministrazioni statali - di ritenere applicabile l’art. 2103 c.c., risultando la regola del rispetto di determinate specifiche professionalità acquisite non compatibile con lo statuto del dirigente pubblico locale” (Cass. 15 febbraio 2010, n. 3451), dando l’impressione di ritenere che, l’art. 2103 cod. civ. non trovi mai applicazione per il dirigente dell’ente locale, in qualunque vicenda concernente l’incarico.

³⁸ Cfr. ancora S. BATTINI, voce *Dirigenza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., p. 1864, il quale afferma – coerentemente con la distinzione tra rapporto di ufficio (pubblicistico) e rapporto di servizio (privatistico) - che, sebbene stabile *nell’impiego*, il dirigente non può tuttavia ritenersi stabile *nell’incarico* (p. 1864).

comunque ad una sede precisa di servizio. Quest'ultimo diritto, a differenza del precedente, non esiste, stante il principio generale (per la verità riferito alla dirigenza di ruolo) per cui "il superamento del concorso pubblico attribuisce esclusivamente il diritto all'acquisizione della qualifica dirigenziale", e non il diritto ad un preciso incarico nel contesto dell'ente di appartenenza.³⁹

Ma l'acquisizione della qualifica dirigenziale si ha – appunto – tramite e per effetto dell'ottenimento di un incarico: è pur vero che la Suprema corte ha sostenuto che la qualifica dirigenziale si acquisisce non a seguito dell'espletamento, con esito favorevole, della procedura concorsuale (di natura pubblicistica), né per effetto dell'emanazione dell'atto unilaterale (e privatistico) di conferimento dell'incarico, bensì soltanto a seguito della stipulazione del contratto individuale di lavoro con l'amministrazione,⁴⁰ però è altrettanto incontestato che, nel sistema dell'art. 19 del d. lgs. n. 165/2001, incarico e contratto sono (come si è visto) inscindibilmente legati, sia pure con la precisazione dell'accessorietà dell'atto negoziale.

Ancora più articolata è la posizione assunta dalla giurisprudenza amministrativa, secondo la quale "il superamento di un concorso come dirigente non è fattispecie costitutiva di un diritto soggettivo, resistente alle spinte evolutive dell'organizzazione amministrativa, ma elemento generatore, in capo al titolare, di una posizione di interesse legittimo alla

³⁹ In tal senso cfr. Trib. Cosenza, 25 febbraio 2002, in *LPA*, 2002, p. 1128, secondo la quale la riforma del lavoro pubblico ha determinato una "netta separazione" tra il momento dell'acquisizione dello "status" dirigenziale e la fase di conferimento delle funzioni. Per altre e numerose citazioni di giurisprudenza di merito, cfr. E. APICELLA, F. CURCURUTO, P. SORTI, V. TENORE, *Il pubblico impiego "privatizzato" nella giurisprudenza*, Milano, 2005, p. 475 ss.

contestazione dell'atto organizzativo presupposto”; a maggior ragione ciò è vero allorché il dirigente possa “vantare una peculiare professionalità e titoli di particolare rilievo, ai fini del conferimento della posizione di dirigente del settore ambito, suscettibili di ricevere specifica considerazione”.⁴¹

Anche in questo caso, tuttavia, la questione sollevata riguarda l'eventuale pretesa al conferimento di *un determinato incarico*, insussistente, come si è detto, a fronte del potere di auto-organizzazione dell'amministrazione, e non già il diritto, di carattere più ampio, a ricevere un incarico di livello dirigenziale.

Se possibile, ancor più dettagliata e sottile, ma – a quanto pare – sempre nel medesimo solco, è la posizione della sezione lavoro della Suprema corte, condensata in una massima ormai ricorrente ed in parte già richiamata: “il sistema normativo del lavoro pubblico dirigenziale negli enti locali (...), nell'escludere la configurabilità di un diritto soggettivo *a conservare in ogni caso* [corsivo mio] determinate tipologie di incarico dirigenziale, ancorché corrispondenti all'incarico assunto a seguito di concorso specificatamente indetto per determinati posti di lavoro (...), conferma peraltro il principio generale che, nel lavoro pubblico, alla qualifica dirigenziale corrisponde l'attitudine professionale all'assunzione di incarichi dirigenziali *di qualunque tipo*”.⁴²

Ciò implica, ancora una volta, che non sussiste alcun diritto all'attribuzione e soprattutto (in virtù della richiamata deroga all'art.

⁴⁰ In tal senso Cass. 12 febbraio 2007, n. 3003, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 634.

⁴¹ TAR Campania – Salerno, 18 gennaio 2011, n. 76, in *Foro amm.*, 2011, p. 228

⁴² Cass. 15 febbraio 2010, n. 3451, in *LPA*, 2010, p. 156

2103 cod. civ.) al mantenimento di uno specifico incarico dirigenziale,⁴³ sebbene vi sia il diritto del dirigente all'attribuzione di un incarico confacente, appunto "di qualunque tipo";⁴⁴ e ancora che, comunque, il contratto di lavoro, a dispetto della "accessorietà" riservatagli dall'art. 19 del d. lgs. n. 165/2001, mantiene un ruolo centrale nell'attribuzione della qualifica dirigenziale.

Poiché dunque, "nel pubblico impiego privatizzato, in materia di conferimento di incarichi dirigenziali, il contenuto del diritto soggettivo del dirigente è limitato alla pretesa ad una corretta valutazione della sua posizione ai fini del conferimento dell'incarico", ne consegue che "il giudice, una volta ritenuta sussistente la lesione di questa situazione di vantaggio, deve pronunciare sentenza di condanna all'adempimento dell'obbligo". Ma su questo punto, che riguarda le conseguenze di un eventuale inadempimento dell'amministrazione, si tornerà in seguito.

L'assetto normativo delineato con l'entrata in vigore della riforma del pubblico impiego e, da ultimo, confermato dal decreto n. 150/2009, attribuisce, in sintesi, al dirigente la sola idoneità a "concorrere" con altre professionalità per la titolarità di un *determinato* incarico, nel contesto di una procedimentalizzazione del potere di conferimento da parte dell'amministrazione.

⁴³ Cfr. Cass. 30 agosto 2010, n. 18857, in *LPA*, 2010, p. 943, con nota di C. DI NARDO, *La tutela del dirigente nel procedimento di conferimento degli incarichi dirigenziali dopo la riforma Brunetta*; Cass. 30 dicembre 2009, n. 27888, *cit.*

⁴⁴ Si è già visto che questa affermazione è suffragata, da ultimo, dall'art. 9, comma 32 del d.l. n. 78/2010, il quale, abrogando il comma 1-ter dell'art. 19 d. lgs. n. 165/2001, ha tuttavia ribadito che l'amministrazione *deve* conferire all'interessato, alla scadenza, un (altro) incarico di livello dirigenziale: in argomento cfr. C. DI NARDO, *ibidem*.

7. Il diritto del dirigente al rispetto dei criteri prefissati e l'onere di motivazione dell'amministrazione.

L'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2009 ha tracciato i limiti procedurali entro i quali l'amministrazione è tenuta a muoversi in sede di conferimento dell'incarico. Come si dirà meglio oltre, al dirigente va riconosciuto un interesse qualificato a che l'amministrazione, in sede di conferimento, osservi le regole di trasparenza e imparzialità che le competono e rispetti i criteri prefissati a livello regolamentare. Sia l'art. 19, comma 1 del d. lgs. n. 165/2001 che - per gli enti locali - gli artt. 109 e 110 TUEL nonché i contratti collettivi delle aree dirigenziali, impongono infatti all'amministrazione di predeterminare i criteri di attribuzione degli incarichi.⁴⁵

A tale adempimento deve far seguito, al momento dell'assegnazione, un comportamento coerente da parte dell'amministrazione, consistente nell'obbligo (di fonte contrattuale prima ancora che pubblicistica) di motivare le ragioni dell'affidamento, in relazione, appunto, ai criteri predeterminati.

Il fondamento negoziale di tale obbligo, che discende dalla contrattualizzazione *del rapporto* individuale di lavoro – e non, come già detto, dalla privatizzazione del *datore di lavoro*, che non è stata attuata con la riforma del settore - è ben chiarito dalla giurisprudenza, secondo la quale, “anche se dalla scissione tra instaurazione del rapporto di lavoro dirigenziale e conferimento dell'incarico deriva l'insussistenza di un

diritto soggettivo del dirigente pubblico al conferimento di un incarico dirigenziale” – e cioè al conferimento di un *determinato* incarico – “trovano applicazione i principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di limiti interni all’esercizio dei poteri discrezionali attribuiti al datore di lavoro”.

Ne consegue che “l’amministrazione è tenuta al rispetto dei criteri di massima indicati dalla legge, che, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede, «procedimentalizzano» l’esercizio del potere di conferimento degli incarichi, obbligando a valutazioni anche comparative, a consentire forme adeguate di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte”.⁴⁶

Dunque la vera novità del decreto n. 150/2009, con riferimento al conferimento dell’incarico, consiste nell’introduzione (o comunque nel perfezionamento) della procedimentalizzazione del potere datoriale.⁴⁷ Meccanismo, quest’ultimo, com’è noto ampiamente utilizzato nel lavoro privato, pur se con fondamento e finalità parzialmente diverse rispetto all’ipotesi in esame: nella fattispecie, infatti, la procedimentalizzazione non è soltanto rivolta alla tutela dei lavoratori, singolarmente e collettivamente intesi, ma anche (trattandosi di pubblica

⁴⁵ Cfr. A. BOSCATI, S. MAINARDI, V. TALAMO, *Conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali. Spoil system*, in *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. CARINCI e S. MAINARDI, Milano, 2005, t. I, p. 148.

⁴⁶ Cass. 26 novembre 2008, n. 28274, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2850.

⁴⁷ Sottolinea A. BOSCATI (*Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell’attività amministrativa*, in *LPA*, 2009, p. 30), sia pure con riferimento alla legge delega n. 15/2009, l’ambiguità della scelta legislativa di rafforzare la fiduciarietà per gli incarichi apicali e procedimentalizzare il conferimento degli altri incarichi.

amministrazione) mira a garantire il rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento.

Anzi, a quanto par di capire dalla giurisprudenza di legittimità, proprio dall'applicabilità dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 cost. deriva l'applicabilità delle regole di correttezza e buona fede negoziale "all'attività di diritto privato" dell'amministrazione.⁴⁸

Isolata ed estrema - anche se, indubbiamente, non priva di suggestione - è rimasta un'affermazione della giurisprudenza di merito, secondo la quale la natura privatistica dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale comporterebbe il "totale esonero dall'obbligo di motivazione in virtù del principio di irrilevanza dei motivi del negozio giuridico".⁴⁹

Ora, se è indubbio che lo sviluppo coerente della tesi "privatistica" della natura dell'incarico comporterebbe la svalutazione, se non addirittura l'accantonamento dell'obbligo di motivazione - ribadito invece con forza in tutte le sedi (giurisprudenziale, dottrinale, contrattuale collettiva) - occorre arrendersi all'evidenza, in base alla quale il datore di lavoro pubblico ha mantenuto inalterata tutta la sua peculiarità, e in certo senso la sua unilateralità, passando attraverso tutte le diverse fasi della privatizzazione del rapporto.

E dunque l'amministrazione, in quanto ente pubblico, è tenuta a dar conto non solo all'interessato, ma anche, sia pure di riflesso, alla

⁴⁸ In tal senso Cass. 30 settembre 2009, n. 20979, in *LPA*, 2009, p. 893; Cass. 30 dicembre 2009, n. 27888, *cit.*

comunità dei dipendenti ed anche agli utenti esterni del servizio – in ultima analisi al giudice, in caso di contenzioso - della scelta effettuata al momento di assegnare l’incarico dirigenziale.

In conclusione, tra le prerogative del dirigente “rientra certamente la pretesa a che le decisioni in ordine alle modalità di utilizzazione della propria professionalità (...) siano assunte alla luce e nel rispetto dei criteri e parametri stabiliti dalla legge e dalla contrattazione collettiva, ovvero non siano il frutto di (...) scelte inutilmente penalizzanti o peggio discriminatorie”.⁵⁰ Ma affermare ciò non significa altro che applicare i principi di buona fede negoziale, rafforzati ed accompagnati peraltro dai canoni pubblicistici di fonte e origine costituzionale.

8. Le conseguenze dell’eventuale carenza di motivazione.

Il tema della *motivazione* del provvedimento di conferimento dell’incarico dirigenziale merita qualche ulteriore precisazione, a seguito del recente intervento del decreto legislativo n. 150/2009.

Per quanto riguarda, in particolare, le amministrazioni locali, da tempo l’art. 109 TUEL prevede che gli incarichi dirigenziali siano “conferiti *con provvedimento motivato* e con le modalità fissate dal

⁴⁹ Si tratta dell’affermazione contenuta nella decisione del Trib. Enna, 16 agosto 2004, in *LPA*, 2004, p. 942, con nota di M.G. MILITELLO, *Il diritto all’incarico dirigenziale e le posizioni giuridiche tutelabili*.

⁵⁰ Cfr. Trib. Belluno, 22 maggio 2002, in *LPA*, 2002, p. 1196, che ha concluso nel senso dell’illegittimità del comportamento dell’amministrazione che non abbia “provveduto a rinnovare l’incarico dirigenziale, qualora il mancato rinnovo è stato adottato per una situazione di incompatibilità aziendale, da rinvenirsi nel contrasto sorto tra il dirigente ed il personale in servizio all’interno all’ufficio”, e qualora non sia stato “garantito al dirigente stesso il diritto alla partecipazione al procedimento ed alla esplicitazione piena ed effettiva del contraddittorio”.

regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi", nonché "secondo criteri di competenza professionale".

In senso analogo è orientato, con portata più ampia, l'art. 19, comma 1, d. lgs. 165/2001, il quale, come modificato dal decreto n. 150/2009, dispone che "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". Pur mancando il rinvio alla regolamentazione di ente, tipico dell'amministrazione locale, viene qui ripreso il criterio generale della professionalità del candidato, quale utile e prioritario parametro da utilizzare per l'affidamento dell'incarico.

Il dovere, per l'amministrazione, di tener conto delle attitudini e delle capacità del singolo dirigente, all'atto del conferimento ed anche – sebbene questo secondo aspetto sia più delicato – nel caso di passaggio a funzioni dirigenziali diverse, è dunque di carattere generale. Esso viene ribadito non solo per le amministrazioni statali e locali, ma anche, in alcuni casi, dalla legislazione regionale in materia di dirigenza,⁵¹ e infine dai contratti collettivi di area.

⁵¹ Cfr. ad esempio, tra le più recenti, la legge regionale del Piemonte 28 luglio 2008, n. 23 (non modificata, sul punto, dalla legge regionale 29 aprile 2011, n. 7 di adeguamento alle previsioni del decreto n. 150/2009), la quale, all'art. 22 (sul conferimento di incarichi) dispone che "gli incarichi dirigenziali sono attribuiti tenendo conto dell'attitudine, della professionalità e dell'esperienza delle persone da incaricare, anche secondo quanto verificato nello svolgimento di precedenti incarichi, in relazione al contenuto degli obiettivi risultanti dagli indirizzi individuati dagli organi di direzione politico-amministrativa per l'incarico da attribuire" (comma 3).

Infine, anche la giurisprudenza ha costantemente sostenuto che l'attribuzione d'incarichi dirigenziali deve essere adeguatamente motivata dall'ente conferente. L'amministrazione ha in particolare – secondo quest'opinione – l'onere di motivare il provvedimento di conferimento dell'incarico sia con riferimento ai c.d. *requisiti oggettivi* (nesso funzionale con gli obiettivi da realizzare) sia per quanto riguarda i *requisiti soggettivi* (idoneità attitudinale e professionale dell'interessato).⁵² Tale comportamento risponde – in una prospettiva, evidentemente, di carattere pubblicistico, ad “elementari ragioni di trasparenza amministrativa”,⁵³ ma anche, naturalmente, al rispetto dei canoni di buona fede oggettiva, sul piano negoziale e privatistico.

Non meno interessante è il tema delle conseguenze sanzionatorie (in senso lato) per il caso di violazione dell'obbligo di motivazione.

In passato la giurisprudenza ha sostenuto che l'amministrazione inadempiente – che, cioè, non abbia motivato le ragioni del mancato accoglimento della richiesta di uno specifico incarico, avanzata dal dirigente – potrebbe essere condannata dal giudice, ai sensi dell'art. 63 d. lgs. n. 165/2001, a formulare al dirigente una *proposta irrevocabile* di attribuzione di funzioni dirigenziali, recante una motivazione adeguata circa le ragioni oggettive e soggettive che precludono l'accoglimento

⁵² Ove un incarico dirigenziale sia stato conferito dal sindaco “fino a nuova disposizione”, la sua cessazione dev'essere disposta con un atto che indichi i motivi per i quali l'incarico non viene confermato o viene revocato e, in ogni caso, è necessario che tale atto sia adottato in esito al procedimento valutativo previsto dalla legge per il personale con incarico dirigenziale (Trib. Lecce, 26 gennaio 2009, in *Foro it.*, 2009, II, p. 3230)

⁵³ Come ha affermato Trib. Napoli, 10 dicembre 1999, in *LPA*, 2001, p. 254

delle eventuali richieste difformi avanzate dall'interessato.⁵⁴ Si tratterebbe dunque di una sorta di ripristino per equivalente, e non già di un ristoro puramente risarcitorio.

Questa tesi si fondava sul convincimento che, dopo l'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 19 del d. lgs. n. 165/2001 e sulla base dell'art. 63 del d. lgs. n. 165/2001, anche nel lavoro pubblico come in quello privato, l'amministrazione potesse essere destinataria di un ordine giudiziale avente ad oggetto un *facere* (vale a dire, ad esempio, la ripetizione della procedura selettiva di conferimento dell'incarico).

Tuttavia, se è vero - come pare - che all'autorità giudiziaria "non è consentito ingerirsi nella scelta dei criteri di selezione per evitare lesioni della libertà di iniziativa economica" (in questo caso, si potrebbe dire, del potere di autoorganizzazione dell'ente), come del resto vale nel diritto del lavoro privato (v. ad esempio l'art. 27, comma 3 del d. lgs. n. 276/2003), è altrettanto vero che tale possibilità sussiste qualora "l'esercizio di tale potere non sia rispettoso dei canoni legali di correttezza e buona fede, o sia affetto da manifesta inadeguatezza o irragionevolezza, quando cioè il comportamento del datore di lavoro sia manifestamente arbitrario".⁵⁵

In quest'ultimo caso, che ricorre quando la motivazione dell'atto di conferimento (ma non solo) sia insufficiente o incongrua, si potrebbe

⁵⁴ Così Trib. Trento, 11 maggio 2001, e Trib. Trento, 8 giugno 2001, in *LPA*, 2001, p. 875, con nota di A. TAMPIERI, *Sul (controverso) diritto del dirigente pubblico ad ottenere una specifica sede di servizio*. Nella specie il Tribunale, in sede di reclamo, aveva condiviso la tesi dell'amministrazione (nella specie, delle Finanze), la quale non aveva accolto la richiesta di un dirigente - vincitore di concorso - di ottenere, per ragioni familiari e di salute, una sede di servizio nella sua Regione di residenza.

⁵⁵ Cfr. Cass. 1° marzo 2000, n. 2280, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 37, con nota di G. ZILIO GRANDI, *Le selezioni a quiz per assunzioni e progressioni in carriera*.

ravvisare, secondo un orientamento giurisprudenziale, il vizio di eccesso di potere, rilevante non solo come vizio dell'atto amministrativo bensì anche nel rapporto di lavoro pubblico "privatizzato".⁵⁶

Inoltre, il comportamento dell'amministrazione può esser fonte di responsabilità risarcitoria a carico dell'amministrazione: responsabilità da intendersi di natura contrattuale, per il danno subito dai dirigenti ingiustamente esclusi dal conferimento dell'incarico.

La peculiarità, semmai, sta nel fatto, sopra accennato, che l'onere di motivazione ha, al contempo, origine negoziale e fondamento pubblicistico, posto che si resta pur sempre nell'ambito di operatività di una pubblica amministrazione, tenuta a osservare le regole costituzionali di trasparenza e imparzialità. Nella specie, ciò si traduce appunto nell'onere di osservare una procedura precisa, prevista dalla legge, e di motivare adeguatamente la scelta (o il rifiuto di accogliere eventuali istanze provenienti dagli interessati).

Emergono tuttavia, ancora una volta, da questa ricostruzione, le forzature della scelta legislativa di riconduzione nell'ambito privatistico dell'atto (in realtà intrinsecamente provvedimento, e quindi pubblicistico) di conferimento dell'incarico al dirigente. E' quantomeno contraddittorio ritenere che un atto di gestione del rapporto di lavoro, per definizione libero da vincoli motivazionali (anche se non da quelli procedurali) se posto in essere da un datore di lavoro privato, rimanga assoggettato all'onere di motivazione per il solo fatto di essere adottato

⁵⁶ Pret. Genova, 22 marzo 1999, in *LPA*, 2000, p. 155; *contra* tuttavia Trib. Modena, 21 marzo 2005, n. 85, in *D&G*, 23/2005, p. 40; Cass. 28 luglio 2003, n. 11589, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 273, le quali negano ingresso alla categoria dell'eccesso di potere sulla

da una pubblica amministrazione: a meno che non si ammetta che la *ratio* di una simile disparità risiede (come in effetti avviene) nella natura (tuttora) pubblica del datore di lavoro.

Ma se il datore di lavoro rimane pubblico, nulla impedisce che esso possa adottare atti amministrativi, almeno in una prima fase – quella di instaurazione del rapporto organico con il conferimento dell’incarico – per poi passare ad una gestione del rapporto di lavoro (o di servizio) “con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro (art. 5, comma 2, d. lgs. n. 165/2001).⁵⁷

9. La fiduciarietà dell’incarico.

L’altro aspetto da esaminare, connesso e complementare all’onere di motivazione del provvedimento di conferimento dell’incarico (sebbene diverso sul piano strettamente teorico-giuridico) riguarda la *fiduciarietà* dell’incarico medesimo e cioè la natura del rapporto tra dirigente “incaricato” ed ente conferente. Infatti l’onere di motivazione è, almeno in teoria, inversamente proporzionale al *quantum* di fiduciarietà e discrezionalità nella scelta del dirigente di cui può beneficiare l’amministrazione.

E’ tuttavia possibile ed anzi doveroso, come si dirà, trovare un punto di equilibrio tra le due esigenze.

base della natura (sempre) privatistica degli atti di gestione del rapporto di lavoro pubblico “privatizzato”.

⁵⁷ In argomento cfr., di recente, L. TAMASSIA, *Organizzazione, programmazione dei fabbisogni e mobilità* (artt. 34-35), in M. TIRABOSCHI, F. VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico. Commento alla legge 4 marzo 2009, n. 15 e al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, Milano, 2010, p. 347.

Occorre muovere dalla considerazione che il grado di discrezionalità dell'amministrazione è legato alla concezione "manageriale" della dirigenza pubblica riformata e al grado di indipendenza dall'organo di vertice o "politico". Nello Stato e (forse ancor più) negli enti locali, quest'ultimo problema ha portato ad imporre limiti (come si è visto parlando della motivazione) alla discrezionalità nella scelta del dirigente cui affidare l'incarico, ma anche all'applicazione (distorta) del c.d. *spoils system*, come ben emerge dalla più recente giurisprudenza costituzionale.⁵⁸

Un primo, e ormai risalente, orientamento giurisprudenziale giustificava, sulla scorta della "prima privatizzazione" del rapporto di lavoro pubblico, un consistente margine di discrezionalità dell'amministrazione in sede di conferimento dell'incarico, appunto facendo riferimento al *rapporto fiduciario* che deve intercorrere tra l'amministrazione stessa, quale datore di lavoro, e il dirigente.⁵⁹

Quest'opinione, ritornata all'attenzione del legislatore con il decreto legislativo n. 150/2009 e la rivalutazione e potenziamento del ruolo della dirigenza, è stata però temperata mediante la riformulazione dell'art. 19 del decreto n. 165/2001, che come si è visto impone all'ente pubblico la massima coerenza tra la predeterminazione dei criteri di

⁵⁸ Cfr. da ultimo Corte cost. 13 aprile 2011, n. 124, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 8, d. lgs. n. 165/2001, nella parte in cui dispone che gli incarichi di funzione dirigenziale generale di cui al comma 5-bis, limitatamente al personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 165 del 2001, cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo. In precedenza, con riferimento alla legge della regione Calabria n. 12/2005, cfr. Corte cost. 5 febbraio 2010, n. 34, in *LPA*, 2010, p. 144; con riferimento alla legge della regione Lazio n. 8/2007, Corte cost. 24 ottobre 2008 n. 351, *ivi*, 2009, p. 109.

⁵⁹ Cfr. ad esempio TAR Sicilia, sez. I, 18 marzo 1991, n. 173, in *Foro amm.*, 1991, p. 2704, con riferimento agli incarichi conferiti nell'ambito dell'Avvocatura dello Stato.

conferimento e la procedimentalizzazione del potere di scelta, sotto forma di valutazione comparativa delle competenze e delle professionalità specifiche degli aspiranti all'incarico.

Ora, non è certamente possibile sostenere che il riferimento, nella legge, alle “specifiche competenze professionali” del dirigente da scegliere, sia un indice della possibilità di individuare totalmente, o prevalentemente, in via fiduciaria il dirigente cui affidare l'incarico. E' vero, piuttosto, che si è in presenza di una fiduciarità attenuata dall'onere di motivazione e dal principio di imparzialità, a sua volta derivanti, come detto, sia dalla natura pubblica del datore di lavoro che dagli obblighi privatistici di buona fede negoziale.

In questa prospettiva si spiega l'affermarsi di una certa giurisprudenza, più moderata, secondo la quale la valutazione discrezionale del datore di lavoro “trova giustificazione nella necessità di dotare gli uffici dirigenziali di quelle risorse umane che appaiono maggiormente idonee allo svolgimento di un'attività destinata a essere successivamente valutata, non solo in base ai parametri dell'interesse pubblico, ma anche in base ai criteri di efficienza”.⁶⁰ Dunque la valutazione (successiva) delle *performance* del personale (e anche della qualità dei servizi offerti) giustifica la discrezionalità nella scelta del dirigente cui affidare l'incarico.

Resta peraltro indiscutibile (anche, se nella pratica, non del tutto scontato) che, nei limiti entro cui sussiste, la fiducia tra ente e dirigente

⁶⁰ In tal senso Trib. Forlì, 15 ottobre 2004, in *LPA*, 2004, p. 1171, con nota di A. TAMPIERI, *Incarico dirigenziale illegittimo e diritto al risarcimento del danno per perdita di chances*. E' inutile dire che l'importanza della valutazione dell'operato del

“non va intesa” - si potrebbe aggiungere “soltanto” - “come affinità di idee personali e politiche, bensì come positivo apprezzamento delle capacità tecnico-professionali, in ordine al raggiungimento di specifici obiettivi”.⁶¹

Dunque, in sintesi, “pur riconoscendo i profili di fiduciarietà e discrezionalità che contraddistinguono il conferimento di incarichi (...) la scelta dell’amministrazione, pur discrezionale, non [deve essere] manifestamente irragionevole o arbitraria”.⁶² In questo difficile bilanciamento, che corrisponde all’applicazione corretta dei parametri civilistici della buona fede negoziale, e di quelli pubblicistici dell’imparzialità e del buon andamento, si può e anzi si deve muovere – qualora si arrivi in sede contenziosa - il giudice del lavoro.

La fiduciarietà al “massimo grado” è invece stata confinata, dalla già richiamata giurisprudenza costituzionale sullo *spoils system* – alle posizioni dirigenziali direttamente a contatto (o in *staff*) con l’organo politico.⁶³

Tutto ciò premesso, è ovvio che debba sussistere una certa affinità d’intenti tra il dirigente e l’amministrazione. Non a caso, l’art. 110 TUEL collega la durata dell’incarico dirigenziale nell’ente locale al mandato amministrativo degli organi di vertice. E anche i criteri di assegnazione

dirigente – sottolineata dal Tribunale per giustificare il margine di discrezionalità nella scelta del dirigente – è stata accresciuta dall’entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2009.

⁶¹ Così M. LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Torino, 2003, p. 74; P. MATTEINI, *Commento agli artt. 13-29, in Diritto del lavoro, vol. III - Il lavoro pubblico*, a cura di L. Fiorillo, Milano 2004, p. 198

⁶² TAR Trentino – Alto Adige, sez. I, 11 marzo 2010, n. 83, in *Foro amm.*, n. 3/2010, p. 791; in precedenza Trib. Parma, 14 aprile 2006, n. 135, in *Lav. giur.*, 2007, p. 71.

⁶³ Cfr. S. BATTINI, *L’autonomia della dirigenza pubblica e la “riforma Brunetta”: verso un equilibrio tra distinzione e fiducia ?*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2010, p. 39.

degli incarichi devono essere necessariamente generali, per lasciare all'amministrazione un sufficiente ambito di azione.

Un margine di discrezionalità deve essere riconosciuto all'amministrazione, non già per scegliere (almeno in teoria) il dirigente più gradito o politicamente affine, bensì in una prospettiva che consenta il perseguimento dell'efficienza dell'azione amministrativa, nel rispetto della correttezza sul piano negoziale. Mentre quest'ultima, come si è detto, è valutabile dal giudice, l'efficienza deve formare oggetto di valutazione a posteriori, a cura degli organismi di controllo e valutazione istituiti dal decreto n. 150/2009,⁶⁴ e dunque secondo parametri tipicamente pubblicistici (non a caso la parte del d. lgs. n. 150/2009 dedicato alla valutazione della *performance* è ben distinta da quella che reca modifiche al decreto n. 165/2001).

Se i limiti alla libertà di scelta del dirigente sono giustificati, è pur vero che, anche e soprattutto dopo l'entrata in vigore del decreto n. 150/2009, l'eccessiva compressione della fiduciarità, e la sua riduzione a una sorta di discrezionalità "tecnica", producono – come è stato notato in dottrina - l'effetto pernicioso (e contrario alla logica della privatizzazione) di allontanare sempre più la posizione dell'amministrazione datrice di lavoro da quella dell'imprenditore privato, secondo un *trend* in costante rafforzamento.⁶⁵

⁶⁴ Cfr. V. TALAMO, *Ancora sul rapporto fra politica e amministrazione nella riforma della dirigenza statale: qualche osservazione di contesto*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 416.

⁶⁵ Si v. sul punto le osservazioni di L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in ID. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, p. 30; A. TAMPIERI, *Il lavoro pubblico dopo la legge n. 183/2010*, cit., p. 226.

10. Il modello procedimentale. Osservazioni conclusive.

Da quanto detto sinora appare evidente come la discrezionalità dell'ente pubblico in sede di conferimento dell'incarico dirigenziale sia assoggettata a limiti sia da un punto di vista sostanziale, e cioè del contenuto dell'atto (o della motivazione), sia anche sotto l'aspetto procedimentale.

In questa seconda prospettiva, ancora una volta gli aspetti pubblicistici del conferimento dell'incarico emergono in tutta la loro evidenza, stante l'importanza, per l'ente pubblico datore di lavoro, del rispetto del procedimento amministrativo; nondimeno, la procedimentalizzazione del potere datoriale di conferimento dell'incarico sottolinea le affinità con quanto accade nel lavoro privato. Del resto, anche al di fuori della materia degli incarichi dirigenziali, la sottoposizione del potere datoriale della pubblica amministrazione, da parte della legge, a precise direttive procedimentali, non è affatto sconosciuto.⁶⁶

In realtà, a ben vedere, nemmeno dopo le modifiche legislative del 2009 la legge richiede che la nomina del dirigente sia preceduta da una vera e propria valutazione comparativa tra più candidati. L'attuale art. 19 del decreto n. 165/2001 prevede un procedimento, poco più che embrionale, di pubblicità e di scelta del dirigente "contraente", finalizzato più al rispetto della trasparenza che alla realizzazione

⁶⁶ Si pensi alla procedura da osservare in caso di eccedenza di personale (art. 33 d. lgs. n. 165/2001) ovvero al procedimento disciplinare, comune (anche con alcune sensibili differenze) al lavoro pubblico e a quello privato.

dell'efficienza amministrativa (cfr. l'art. 19, comma 1-*bis*, d. lgs. n. 165/2001).

Ai sensi dell'art. 19, comma 1-*bis*, l'amministrazione è tenuta (solamente) ad acquisire le disponibilità dei dirigenti in servizio e a valutarle adeguatamente; ed è questa un'applicazione del parametro di correttezza e buona fede oggettiva, di origine e natura negoziale, trattandosi di controparti – i dirigenti in servizio – già legati all'amministrazione da un vincolo contrattuale.

In definitiva il legislatore, anche dopo le più recenti modifiche, non ha stabilito, per il conferimento degli incarichi dirigenziali a personale interno, un modello di selezione “tipico”, lasciando libere le amministrazioni di utilizzare la forma più idonea (senza escludere la selezione comparativa) al raggiungimento dello scopo istituzionale.

Una parte minoritaria della giurisprudenza ha tuttavia, almeno in passato, ritenuto fondamentale lo svolgimento di una procedura selettiva, se non addirittura concorsuale in senso proprio, in sede di conferimento dell'incarico dirigenziale.⁶⁷ Tale posizione è stata ripresa, anche di recente, in sede di giurisprudenza di merito, per quanto riguarda gli enti locali: “stante l'esistenza nel nostro ordinamento del generale principio concorsuale per l'accesso ai pubblici impieghi, anche l'affidamento di incarichi dirigenziali e di alta specializzazione con contratti a tempo determinato ai sensi dell'art. 110, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, deve

⁶⁷ Come avvenuto, ad esempio, nel caso esaminato dal TAR Lazio, sez. III, 18 aprile 2005 n. 2800, in *Foro amm.*, 2005, p. 1094, relativo al conferimento di incarichi dirigenziali nell'ambito dell'INPS e su base regionale. In dottrina cfr. M. NAVILLI, *La dirigenza pubblica nella giurisprudenza (1999-2004)*, in F. CARINCI – S. MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2005, t. I, p. 747.

essere preceduto da una procedura selettiva adeguatamente pubblicizzata”.⁶⁸

Viceversa, secondo altre decisioni, non è “richiesto che la nomina del dirigente sia preceduta da una valutazione comparativa delle capacità del prescelto rispetto agli altri candidati (...); in quanto atto a carattere fiduciario, essa deve soltanto rendere conto dell’iter seguito e della sussistenza dei requisiti”.⁶⁹

Più di recente, la Suprema corte, muovendo dal presupposto per cui “in tema di impiego pubblico privatizzato (...) anche gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali rivestono la natura di determinazioni negoziali assunte dall’amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro”, ha concluso nel senso che “le norme contenute nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (...) obbligano la P.A. a valutazioni anche comparative, all’adozione di adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte”; e ciò “alla luce delle clausole generali di correttezza e buona fede nonché dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all’art. 97 cost.”⁷⁰

Da questa varietà di sfumature giurisprudenziali si può desumere, riassuntivamente, che nel contesto legislativo attuale la valutazione di tipo comparativo non è che una tra le diverse possibilità, che concorre

⁶⁸ TAR Toscana, 11 novembre 2010, n. 6578, in *Foro amm.*, 2010, p. 3493.

⁶⁹ TAR Lazio, sez. I, 21 dicembre 2001, n. 12054, in *LPA*, 2002, p. 1048.

⁷⁰ In tal senso Cass. 12 ottobre 2010, n. 21088 (in *LPA*, 2010, p. 955), con riferimento alla regione Sicilia; v. inoltre, nel medesimo senso, Cass., 14 aprile 2008, n. 9814, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 3046; Cass. 26 novembre 2008, n. 28274, in *Guida dir.*, n. 1/2009, p. 86; Cass. 30 settembre 2009, n. 20979, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2350.

con altre forme di selezione, purché rispettose dei canoni di buona fede, imparzialità e pubblicità della scelta.

Equilibrata è infatti la posizione di quella giurisprudenza che, di recente, ha compendiato in qualche modo le precedenti posizioni, chiarendo che “la procedura selettiva in questione, a differenza del concorso riservato alla giurisdizione del giudice amministrativo, non è caratterizzata da valutazione comparativa dei candidati, dall’attribuzione di un punteggio e dalla formazione di una graduatoria di merito, bensì solo dal riscontro di competenze ed esperienze dei singoli candidati”: lo scopo è quello di “fornire all’amministrazione, cui compete la scelta del soggetto al quale conferire l’incarico dirigenziale, una rosa di candidati qualificati in possesso di caratteristiche professionali corrispondenti ai criteri predeterminati ed idonei a ricoprire tale incarico e rispetto ai quali la p.a. è chiamata ad effettuare una scelta”.⁷¹

Questa posizione, che riassume e razionalizza le precedenti affermazioni giurisprudenziali, è in linea con la formulazione del nuovo testo dell’art. 19 del decreto n. 165/2001: occorre che l’ente dia atto (quantomeno) della congruità degli incarichi con l’esperienza professionale maturata del dirigente - sia nell’ambito dell’amministrazione interessata che sulla base della precedente attività prestata dal medesimo - e che alla scelta (nonché, ancor prima, alla disponibilità degli incarichi) venga data adeguata pubblicità.

Una questione finale, ma collegata al discorso sinora svolto, riguarda l’applicazione della legge n. 241/1990, sul procedimento

⁷¹ Cfr. Cass. 14 aprile 2008, n. 9818, in *ARAN Newsletter*, n. 2/2008, p. 46.

amministrativo, ai procedimenti di conferimento (e revoca) dell'incarico dirigenziale.

In generale, si è sostenuto che la legge del 1990 non debba applicarsi ai provvedimenti di gestione del rapporto di lavoro pubblico⁷² e quindi nemmeno al (procedimento di) attribuzione degli incarichi. Questa posizione, direttamente derivata dalla natura presuntivamente "privatistica" del conferimento dell'incarico, non toglie comunque la necessità di idonea motivazione (nel senso più volte detto) e ovviamente la possibilità del sindacato giurisdizionale sull'operato della pubblica amministrazione.

Anzi, come è stato osservato in dottrina, vi è un accenno esplicito, nella giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze n. 103 e 104 del 2007⁷³) alla necessità che gli incarichi dirigenziali siano assoggettati al "giusto procedimento", oltre ad un esplicito richiamo alla legge n. 241/1990: ma questa posizione è "in parte fuorviante" (ovviamente nella prospettiva della natura privatistica dell'incarico), perché in grado di "instillare il dubbio che il potere impiegato sia quello pubblico".⁷⁴

⁷² Cfr. in dottrina M. G. MILITELLO, *op. cit.*, p. 948; in giurisprudenza, Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 4 luglio 2007, n. 558, in *Giur. it.*, 2007, I, p. 2972, che precisa tuttavia come l'esclusione non riguardi le norme sul diritto di accesso (art. 22 ss. della legge n. 241/1990), che continuano a trovare applicazione; in senso conforme TAR Puglia, sez. II, 11 gennaio 2005, n. 53, in *Foro amm.*, 2005, p. 237.

⁷³ Corte cost. 23 marzo 2007, n. 103 e n. 104, in *LPA*, 2007, p. 151 (ove è pubblicata per esteso la sentenza n. 103) e *ivi*, 2007, p. 495 (in massima) con nota di G. NICOSIA, *Le opinioni della Corte costituzionale su spoils system, fiducia e imparzialità negli incarichi di funzione dirigenziale: il "caso speciale" è davvero speciale?*

⁷⁴ In questo senso G. D'ALESSIO, A. FERRANTE, A. PIOGGIA, *La disciplina degli incarichi della dirigenza professionale*, in G. D'ALESSIO (a cura di) *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, cit., p. 132.

Eppure, da ultimo, anche la giurisprudenza contabile, appoggiandosi con un chiaro richiamo all'art. 3 della legge n. 241 del 1990, ha sottolineato come “i provvedimenti di nomina o revoca di incarichi dirigenziali presso le amministrazioni pubbliche sono soggetti al regime giuridico proprio di tutti gli atti amministrativi e necessitano, quindi, di idonea e non contraddittoria motivazione”.⁷⁵

In questa prospettiva - e per concludere – riprende dunque, ancora una volta, significato e valore un possibile (ma improbabile) ritorno alla primitiva e logica suddivisione tra il provvedimento di conferimento dell'incarico, a dimensione tipicamente pubblicistica, e il contratto di lavoro dirigenziale, che riguarda la sfera, prettamente privatistica, di gestione del rapporto di lavoro. Ciò consentirebbe di risolvere diverse incongruenze e indebite sovrapposizioni tra istituti e principi “privatistici” e soluzioni di tipo “pubblicistico” rese inevitabili dalla (perdurante) natura pubblica dell'ente datore di lavoro.

Come si è detto, però, la distinzione proposta fa parte di una scelta di politica legislativa abbandonata ormai da tempo, che, almeno per il momento, il legislatore non sembra avere alcuna intenzione di ripercorrere.

⁷⁵ Corte dei conti, 15 maggio 2007, n. 6, in *Riv. Corte conti*, n. 3/2007, p. 2.