

Il 'provvedimento' di conferimento di un incarico dirigenziale: provvedimento amministrativo o atto gestionale (privatistico) ? La tutela del dirigente e lo spazio del sindacato giurisdizionale dell'a.g.o. Sulle scelte discrezionali della P.A.

Autore:

In: Diritto amministrativo

?

1.1? Natura dell'atto di conferimento e giurisdizione del G.O.

In Dottrina e in Giurisprudenza ? assai dibattuto il problema? circa? la natura pubblica o privata dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale anche al fine di valutare il tipo di tutela da accordare e? il regime giuridico applicabile ?e? tale dibattito ? divenuto ancor pi? vivace a seguito dell'intervento legislativo di cui alla l. 145/2002 che ha modificato, integrandolo, l'art. 19 del dlgs 165/2001, laddove si fa riferimento? ad un ?provvedimento? di conferimento dell'incarico dirigenziale cui accede un ?contratto individuale di lavoro?. **La dibattuta quaestio si pone, giust'appunto, sulla natura? provvedimentoale (pubblicistica) o gestionale (privatistica) dell'atto di nomina del dirigente e sulla ricostruzione giuridica dei rapporti tra la ?nomina? ed il ?contratto?.**La questione non ? di poco conto se sol si pensa che, ad esempio, se si considera il provvedimento di conferimento quale atto (provvedimento) amministrativo, il G.O. potrebbe conoscerlo? *incidenter tantum*, esercitando il potere di ?disapplicazione? (ex art. 4 L.2248/1865 all. E) e non quello di ?annullamento?. Da tali incertezze interpretative ? sorto conseguenzialmente anche un contrasto in ordine al giudice da adire in caso di contenzioso che pone a proprio fondamento la qualificazione della posizione? soggettiva vantata? dal dirigente (da considerare di? interesse legittimo o di diritto soggettivo).

?

Una recentissima pronuncia della **Suprema Corte (sez. lav., n. 5659 del 20 marzo 2004 (Pres. Senese; rel. Picone)** ?fa chiarezza sui tali dubbi interpretativi (vedasi oltre punto 1.2).

Invero, gi? in precedenza,? la Corte di Cassazione Sezioni Unite, ord. n. 1252 del 23 gennaio 2004 (pres. Carbone;rel. Foglia), aveva affermato? che:

*<<?appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione della controversia concernente il **provvedimento di conferimento dell'incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario ex art. 15 del d.lgvo 30 dicembre 1992, n. 501, provvedimento avente natura negoziale e- in quanto tale- sindacabile dal giudice ordinario sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede nell'esercizio dei poteri privati>>.***

?

E, poi, **Corte di Cassazione Sezioni Unite, 27 gennaio 2004, n. 1478, ha ribadito che: ??<< In tema di impiego pubblico privatizzato, ai sensi dell' art. 68 d.lg. 3 febbraio 1993 n. 29 , come sostituito dall' art. 29 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80 (oggi art. 63 d.lg. 30 marzo 2001 n. 165), sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, incluse le controversie concernenti l' assunzione al lavoro e il conferimento di incarichi dirigenziali , mentre la riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa, contenuta nel comma 4 del citato art. 68 (ora art. 63), concerne esclusivamente le procedure concorsuali, strumentali alla costituzione del rapporto con la p.a.. Pertanto, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione della controversia **concernente il provvedimento di conferimento dell' incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario ex art. 15 d.lg. 30 dicembre 1992 n. 502****

dovendosi escludere che la procedura per il conferimento di detto incarico abbia natura di procedura concorsuale per il solo fatto che ad essa sono ammessi anche soggetti estranei al S.S.N., e soggetti che, seppure medici del servizio sanitario, sono legati comunque con rapporto di lavoro ad enti diversi rispetto a quello che indice la procedura.>>

?

Ed ancora, **Cassazione civile, sez. un., 24 gennaio 2003, n. 1128: <<In tema di impiego pubblico privatizzato, ai sensi dell'art. 63, comma 1, d.lg. 30 marzo 2001 n. 165, spetta al **giudice ordinario la giurisdizione relativa alla controversia promossa per il conferimento - per un periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998 - di un incarico di livello dirigenziale** presso il Ministero per l'ambiente, posto che detta normativa stabilisce - con una previsione per la quale la Corte cost. ha escluso**

profili di illegittimità in relazione agli art. 77 e 113 cost. (v. sent. n. 275 del 2001, ord. n. 140 e 165 del 2001) - la estensione della giurisdizione del giudice ordinario alle **controversie concernenti "il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali"**, nelle quali non vengono in questione né atti necessariamente inerenti a procedure concorsuali di assunzione, né provvedimenti di organizzazione degli uffici, quanto piuttosto atti che concernono il funzionamento degli apparati, appartenenti alla gestione dei rapporti di lavoro. Inoltre la materia non è incisa dalla l. 15 luglio 2002 n. 145, che non detta alcuna norma direttamente attributiva della giurisdizione sulle controversie in tema di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali>>??

?

Cassazione civile, sez. un., 27 giugno 2003, n. 10288 : <<La controversia promossa avverso l'atto con cui, in sede di riorganizzazione della struttura ospedaliera di un'azienda del S.s.n., venga **conferito un incarico dirigenziale** con revoca di quello precedentemente affidato ad altro medico, spetta - essendo in discussione un **atto paritetico** importante una vicenda modificativa di un rapporto di lavoro di diritto privato, in attuazione del più generale atto aziendale approvato al fine di dare concreta applicazione alla trasformazione della struttura sanitaria - alla cognizione del giudice ordinario, tenuto conto che l'art. 18 del d.lg. n. 387 del 1998, nel modificare l'art. 68 del d.lg. n. 29 del 1993, come sostituito dall'art. 29 del d.lg. n. 80 del 1998, ha stabilito l'estensione della **giurisdizione del giudice ordinario** alle controversie **concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali**, e che la disciplina della dirigenza sanitaria, seppure regolata da disposizioni speciali in materia (art. 26 e 27 bis del d.lg. n. 80 del 1998, come successivamente modificato ed integrato), **non contiene alcuna deroga al principio fondamentale della privatizzazione**, secondo il quale gli atti che riguardano il funzionamento degli apparati sono espressione della capacità di diritto privato e, correlativamente, i poteri di gestione del personale **rispondono ad uno schema normativamente unificato, che non è quello del potere pubblico, ma quello dei poteri privati**>>.

?

Con **Ordinanza 09 dicembre 2004 n. 22990 Sez. Unite** Pres. Vincenzo CARBONE; Rel. Fabrizio MIANI CANEVARI, si è ribadito che :

<<Come già ha osservato questa Corte con la citata ordinanza delle Sezioni Unite n.1128/2003 e con la sentenza 20 marzo 2004 n.5659, questo intervento legislativo non ha modificato la regola del riparto della giurisdizione posta dall'art. 63 del d.lgs. n.145/2001, mediante una norma direttamente attributiva della cognizione sulle controversie in materia di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali al giudice amministrativo; né sono state apportate modifiche al principio, enunciato nello stesso testo normativo, in base al quale tutti gli atti che attengono ai profili organizzativi e gestionali di rapporti di lavoro già costituiti (ed è il caso degli incarichi

dirigenziali) sono assunti con la capacità e i poteri del datore di lavoro (art. 5, comma secondo, norma che si riferisce a tutti gli organi competenti ad assumere determinazioni sull'organizzazione degli uffici e la gestione, che possono anche essere gli organi di governo nei casi espressamente contemplati dal decreto, secondo il disposto dell'art. 4, comma 1, lett. g). La scelta del diritto privato compiuta da tale disposizione opera quindi anche nell'attuale assetto normativo, e non incide sulla pienezza della tutela dinanzi al giudice ordinario delle situazioni soggettive connesse al rapporto di lavoro del dirigente, secondo i principi già affermati dalla citata giurisprudenza costituzionale (v. anche ord. 30 gennaio 2002 n.11)>>.

?

Da ultimo le Sezioni Unite della Cassazione, con ordinanza n.21593 dell'08/11/2005, in riferimento al conferimento dell'incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario, ai sensi dell'art. 15 ter, commi secondo e terzo, dlgs n.502 del 1992 hanno affermato che << spetta, infatti, al direttore generale attribuire l'incarico all'uno o agli altri degli idonei, con atto certamente adottato nell'esercizio delle capacità e dei poteri del privato datore di lavoro, ai sensi dell'art. 5 dlgs n.165 del 2001 (vedi Cass. s.u. n.22990 del 2004)>>

La Corte giunge ad escludere la natura concorsuale della procedura - sulla base del principio già affermato da ultimo con sent. Cass. n. 1478 del 2004 -, ma anche il carattere autoritativo del conferimento dell'incarico - - stante la presenza a monte di norme speciali (art. 3, comma primo bis e ter dlgs n.502 c e l'art. 3, comma secondo del dlgs n.517/1999) che disciplinano l'organizzazione ed il funzionamento delle unità sanitarie locali attraverso la previsione di atti di diritto privato che escludono il coinvolgimento di profili autoritativi dell'azione amministrativa?

Segnatamente, la Corte giunge a tale conclusione sulla base della seguente argomentazione: << Tuttavia, al fine di escludere l'astratta configurabilità di interessi legittimi di fronte alla decisione assunta dall'Azienda sanitaria, non è sufficiente l'accertamento che la procedura selettiva non ha natura di procedura concorsuale pubblica, restando da indagare se non abbia natura di atto con il quale si provveda a stabilire i modi di conferimento della titolarità degli uffici di maggiore rilevanza, atto che l'art. 2, comma 2, del dlgs n.165 del 2001, ascrive alla categoria degli atti amministrativi autoritativi in materia di organizzazione. Va considerata, per, la norma contenuta nell'art. 3, comma 1-bis, del dlgs 30 dicembre 1992, n. 502, nel testo attuale: *in Funzione del perseguimento dei loro fini istituzionali, le unità sanitarie locali si costituiscono in aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale; la loro organizzazione ed il funzionamento sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato nel rispetto dei principi e criteri previsti da disposizioni regionali. L'atto aziendale individua le strutture operative dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, soggette a rendicontazione analitica.*

E il comma 1 ter dello stesso articolo aggiunge, nel contesto di disposizioni coerenti, che le aziende agiscono mediante atti di diritto privato. Per le aziende ospedaliere-universitarie, analoga previsione ? contenuta nell'art. 3 comma 2, dlgs 23 dicembre 1999 n. 517 e nell'attuativa normativa regolamentare statale (art. 5, comma 2, d.P.C.M. 24 maggio 2001, in Gazz. Uff. 09 agosto , n. 184)

Il carattere speciale delle disposizioni indicate, rafforzato dall'epoca in cui sono stati introdotti i dati normativi specificati, esclude l'applicazione della normativa generale, con la conseguenza che tutti gli atti organizzativi delle aziende sanitarie locali vanno considerati di natura non autoritativi e privatistica>>. (consultabile la massima e il testo integrale? sul sito www.cortedicassazione.it)

?

Parimenti, si sono espressi i Giudici di Palazzo Spada, in **Consiglio Stato, sez. VI, 25 luglio 2003, n. 4282**

: <<Il conferimento dell'incarico dirigenziale si iscrive nell'area gestionale del personale e costituisce esercizio di un potere privato, **perch? presuppone gi? compiute dai competenti organi di indirizzo le scelte organizzative di tipo strutturale, identificative dell'ufficio alla cui copertura il conferimento stesso ? destinato**; la giurisdizione spetta pertanto al giudice ordinario>>.

?

Conformemente, da ultimo: **Consiglio di Stato, sez. V, pres. Iannotta, est. Chiarenza Cogliani, ord. 04 maggio 2004 n. 2044, che riconosce la giurisdizione del g.o. in materia di affidamento di incarico di struttura complessa nell'ambito di una ASL.**

?

Conforme, invero, ? anche l'orientamento recente dei Tribunali Amministrativi:

Cos?: **Tar Lazio, sez. distaccata di Latina, sentenza n. 227 del 26 aprile 2004-Dott. F. Bianchi ? Presidente -Dott. E. Orciuolo- relatore:**

<<Trattasi, invero, del conferimento di un **incarico** nell'ambito di sanitari dirigenti di I livello.

?????Non si ?, cio?, in presenza di una procedura concorsuale o selettiva strumentale per la costituzione,

per la prima volta, di un rapporto di lavoro, o diretta a permettere l'accesso del personale già assunto a una fascia o area funzionale superiore; casi, questi, che farebbero riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, del Dlvo 30 marzo 2001 n.165 (contenente norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche); cfr., quanto al cennato discrimine, Cass. SS.UU. 15 ottobre 2003, n.15403. Si, invece, in presenza di un atto di conferimento di **incarico**, con scelta da effettuarsi nell'ambito dello stesso livello **dirigenziale**, senza, quindi, l'accesso ad un livello superiore; **ed irrilevante si presenta la circostanza che, per addivenire a tale scelta, l'Amministrazione, come anche dalla stessa precisato (cfr.pag.2 della memoria depositata il 31 marzo 2004), abbia attivato una procedura di selezione interna.** Resta comunque fermo, infatti, che l'incarico in questione non comporta l'assegnazione a un livello superiore, ma concerne l'espletamento di un certo servizio nell'ambito del livello di appartenenza dell'interessato. Il che comporta la negazione della **giurisdizione** del giudice amministrativo, essa spettando al giudice ordinario.>>

?

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sez. I[^] di Lecce -A.Ravalli ? Presidente G. Palatiello, relatore-? sentenza n.1700/2004 (05 febbraio 2004):

<<Ad avviso del Collegio, la **recente Legge 15 luglio 2002 n. 145**, recante disposizioni per il riordino della dirigenza statale, non ha inciso sul delineato sistema di riparto della giurisdizione tra G.A. ed A.G.O. in materia di rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. In effetti, l'art. 3, I[^] comma, lett. b?, della legge citata, nella misura in cui opera una **netta distinzione tra il provvedimento di conferimento dell'incarico ed il connesso contratto individuale** con cui è definito il corrispondente trattamento economico, sembrerebbe contraddire l'assunto secondo cui il conferimento di incarico dirigenziale, a seguito della c.d. privatizzazione dei rapporti di impiego pubblico, riveste natura di negozio di diritto privato, rientrante nell'area degli atti di gestione ex art. 5, 2[^] comma, D.Lgs. n. 165 del 2001 (cfr., ex multis, Cass., Sez. U. Civ.,? ord. 15 maggio 2003 n? 7623; ord. 15 maggio 2003 n? 7621; nonch? ord. 26 giugno 2002 n. 9332), **configurando, invece, tale conferimento come? l'oggetto di un vero e proprio provvedimento amministrativo che si colloca al di fuori del rapporto di lavoro? ed attiene esclusivamente al rapporto di ufficio, ovvero all'aspetto della titolarità degli organi e degli uffici pubblici.**

Tuttavia, tale questione non appare rilevante ai fini dell'esame della sollevata eccezione di difetto di giurisdizione, atteso che la legge sopra citata non detta alcuna norma processuale direttamente attributiva al Giudice Amministrativo della giurisdizione sulle controversie in materia di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali; ci? che, invece, sarebbe stato necessario, ove il Legislatore avesse inteso veramente modificare di nuovo il su delineato sistema di riparto, essendo difficilmente ammissibile, in linea teorica, l'abrogazione tacita (per effetto di una diversa disciplina sostanziale degli interessi di riferimento)? di una norma di legge di portata prettamente processuale ed ampiamente derogatoria

rispetto ai tradizionali criteri di distribuzione della giurisdizione in materia di pubblico impiego, quale quella di cui al disposto dell'art. 63, comma I, D.Lgs. n. 165 del 2001. ?.

Dunque,? in considerazione della genericit? del disposto di cui al su citato art. 19 (che, nella sostanza, impone una mera - e, per certi versi, ovvia - valutazione dell'idoneit? di un dato dirigente a ricoprire un determinato incarico), nonch? del carattere prettamente fiduciario degli **incarichi** conferiti, **le scelte operate** nella fattispecie dal Direttore dell'Agenzia delle Entrate di Bari **presentano i caratteri tipici, non gi? dell'attivit? amministrativa funzionalizzata**, quanto, semmai, **dell'attivit? libera, riconducibile alla capacit? di diritto privato dell'Amministrazione; e, come tutti gli atti di gestione iure privatorum che si inseriscono nell'ambito di un rapporto di lavoro contrattualizzato, sono sindacabili dal giudice del rapporto, ovvero l'A.G.O., sotto il profilo del rispetto della legge, delle norme contrattuali, e dei principi generali di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 cod. civ..** (cfr., con riferimento alle procedure selettive per il conferimento di **incarichi** nell'ambito della dirigenza sanitaria, ord. 15 maggio 2003 n? 7623; ord. 15 maggio 2003 n? 7621; Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2001, n. 1519).>>

?

1.2 Provvedimento amministrativo o atto gestionale di diritto privato. La sentenza della Cassazione n. 5659 del 20 marzo 2004.

Orbene, in tale quadro giurisprudenziale il merito ed il pregio della citata recente sentenza? della **Corte di Cassazione, sez. lav., n. 5659 del 20 marzo 2004** rispetto alle altre pronunce sopra richiamate ? quello di aver

operato,? un **escursus ed una disamina ?critica?, assai dettagliata e completa,**? delle **varie posizioni assunte dalla? Dottrina circa la natura dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale** sulla base, altres?, di una ricostruzione del complessivo dato normativo sul piano del diritto sostanziale e di un richiamo della posizione assunta dalla Corte Costituzionale,? pi? volte pronunciatasi su dubbi di legittimit? costituzionale della norma che ha devoluto al g.o. la materia degli incarichi anche quando? gli stessi involgono? ?atti amministrativi?.

Tale? disamina,? invero,? assai accurata ed efficace,?? giunge ad una? conclusione condivisibile perch? sorretta da logiche argomentazioni giuridiche:

l'intera materia degli incarichi dirigenziali ? retta dal diritto privato e?? l'atto di conferimento ? espressione del potere di organizzazione che, nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, c. 1, dlgs 165/2001,? ? conferito all'amministrazione dal diritto comune a ogni altro datore di lavoro (art. 5, c. 2, d.lgs 165/2001).

?

In sostanza, secondo la Suprema Corte, dall'insieme delle argomentazioni svolte, la **materia del conferimento degli incarichi risulta sottratta al dominio degli atti amministrativi** perché:

?

- **non compresa entro la soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici** in quanto il conferimento è atto che presuppone il disegno organizzativo degli uffici ed appartiene al settore della gestione dei rapporti di lavoro (cfr. ex plurimis, Cass. s.u., 7859, 9650, 9771/2001; 2954/2002; 1128, 7623, 10288/2003);

?

- **l'art. 19 (nuovo testo) adopera la locuzione "provvedimento"**, intendendo sicuramente riferirsi all'esercizio di un potere, ma significativamente, nel contesto del vivace dibattito in corso, **non aggiunge il predicato "amministrativo", costantemente presente, invece, nelle norme che disciplinano gli atti di esercizio del potere pubblico** (l. 241/1990, in particolare, art. 3., e, nell'ambito dello stesso d.lgs.165/2001, art. 16, lett. d, in relazione alla lett. c, art. 17, lett. b);

?

- **neppure, dunque, la riforma attuata con la l. 145/2002 ha assegnato il provvedimento di conferimento degli incarichi dirigenziali all'area dei provvedimenti amministrativi** ;

?

- **La disposizione, inoltre, si inserisce in un testo normativo, al quale non si è ritenuto di apportare modifiche, nel quale è enunciato il principio di riserva al dominio del diritto pubblico solo degli atti menzionati dall'art. 2, c. 1 dlgs 165/2001, mentre tutti quelli che attengono ai profili organizzativi e gestionali di rapporti di lavoro già costituiti (ed il caso degli incarichi dirigenziali) sono assunti con la capacità e i poteri del datore di lavoro** (art. 5, c. 2 del d.lgs 165/2001, norma che si riferisce a tutti gli organi competenti ad assumere determinazioni

sull'organizzazione degli uffici e la gestione, che possono anche essere gli organi di governo nei casi espressamente contemplati dal decreto, secondo il disposto dell'art. 4, c. 1.t lett. g);

?

- il legislatore **non ha ritenuto di modificare il testo dell'art. 63**, sebbene necessariamente consapevole del dibattito in corso sul tema della **giurisdizione**;

?

- **f) la struttura unilaterale dell'atto di conferimento**, risulta comunque perfettamente compatibile con la natura privata del potere, avendo la legge inteso soltanto rafforzare **la posizione di preminenza del datore di lavoro pubblico sul piano dell' organizzazione**;

?

- **?il disposto del c. 12-bis dell'art. 19 aggiunto dalla l. 145/2002, secondo cui: ?Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme non derogabili dai contratti o accordi collettivi?, evidenzia come? la riforma ? stata attuata modificando le disposizioni del d.lgs.165/2001, cio? lo ?statuto? ?del rapporto di lavoro dei dipendenti contrattualizzati, disposizioni che sono tutte, in linea generale, non derogabili ai sensi dell'art. 2, c. 2 (senza bisogno di clausole esplicite di inderogabilit?, che infatti non ci sono), e fatte salve anche rispetto alla legislazione del rapporto di lavoro privato, cosicch? soltanto l'effetto di escludere la validit? di interventi negoziali comportanti la rinuncia al potere e alla configurazione unilaterale dell?atto di esercizio vale a conferire una reale portata normativa alla previsione espressa di inderogabilit? ad opera della contrattazione collettiva. Se cos? ?, deve considerarsi presupposta la natura privatistica del potere e la sua inerenza ai rapporti di lavoro; altrimenti la disposizione non avrebbe senso, poich? i poteri amministrativi non sono negoziabili, se non mediante gli accordi di cui all?art. 11 l. 241/1990, ed esulano dalle materie definite dall?art. 40;**

?

- **l'ipotesi degli atti amministrativi, i quali, pur imponendo divieti e obblighi** (generalmente in

applicazione di norme e fuori perci? dall'area della discrezionalità? amministrativa in senso proprio), **ledono** (non affievoliscono) **diritti che il giudice ordinario tutela eliminando l'atto, risulta del tutto incompatibile con la fattispecie del conferimento degli incarichi. In questa, infatti, non viene certo in evidenza, e comunque non assume rilievo preminente, la prospettiva per cos? dire "difensiva" contro atti lesivi, trattandosi di tutelare adeguatamente il dirigente nei confronti delle scelte organizzative dell' amministrazione, caratterizzate da amplissima discrezionalità? e nei cui confronti la situazione giuridica del dirigente ? prevalentemente di segno "pretensivo", cui non gioverebbe la mera demolizione di atti.**

?

- **soltanto la prospettiva del potere privato e dei diritti (o, come si dice, degli interessi legittimi di diritto privato: vedi Cass., sez. un, 14625/2003) consente di tutelare la pretesa del dirigente a che l'amministrazione tenga comportamenti positivi in adempimento di obblighi formali e sostanziali, eventualmente specificati dalle clausole generali di correttezza e buona fede. La riconduzione del potere di conferimento degli incarichi nella categoria dei poteri di privati con tutto l'apparato di controllo che la giurisprudenza del lavoro ha elaborato da tempo risalente, sembra costituire il giusto punto di equilibrio tra le esigenze di flessibilità? (perseguite con la "privatizzazione") e quelle di garanzia del personale dirigenziale, con risultati conformi ai precetti costituzionali. La Corte costituzionale, infatti, ribadendo che la "privatizzazione" comporta la protezione degli interessi dei dirigenti con la consistenza del diritto soggettivo, ha pi? volte sottolineato come sia? indispensabile che il regime di diritto privato assicuri comunque tutela adeguata dei dirigenti onde garantirne l'imparzialità? (C. cost. n. 313 del 1996, 11 del 2002, 193 del 2002);**

?

- ?non sarebbe affatto condivisibile quella tesi sostenuta da parte della Dottrina (ed invero condivisa dal Consiglio di Stato in sede di formulazione dei pareri sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica proposti da lavoratori pubblici "contrattualizzati"), secondo cui non sarebbe conforme agli attuali assetti ordinamentali la netta contrapposizione dell'attività? di diritto privato a quella di diritto pubblico, dal momento che **l'amministrazione (al pari di altri, numerosi, soggetti privati) persegue finalità? di interesse pubblico** in settori sempre pi? estesi mediante attività? di diritto privato; la nuova prospettiva, sostanziale e non formale, condurrebbe, quindi, a estendere il regime proprio dell' atto amministrativo a tutti gli atti che, provenienti da una pubblica Amministrazione (o soggetto equiparato), siano direttamente e immediatamente finalizzati alla cura

di un interesse pubblico specifico. **Al di là della considerazione che tale tesi è stata già disattesa dalla giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. 7704/2003, con riguardo all'inapplicabilità delle disposizioni della l. 241/1990** agli atti emanati dall'Amministrazione in veste di datore di lavoro), ha soggiunto la Suprema Corte, in ogni caso la stessa va ulteriormente confutata con il rilievo che, contraddittoriamente rispetto alle premesse, finisce per privilegiare proprio il dato formale della natura del soggetto. Al contrario, le tendenze attuali dell'ordinamento privilegiano la sostanza a scapito della forma, consentendo di qualificare come atti (oggettivamente) amministrativi, in ragione di tratti intrinseci, anche quelli provenienti da soggetti privati; e all'opposto, di attrarre nell'orbita del diritto privato atti delle pubbliche amministrazioni (degno di nota è il fatto che il d.d.l. 1281, approvato dal Senato, intende introdurre, tra l'altro, con l'inserimento del comma 1-bis nel corpo dell'art. 1 l. 241/1990, il principio: "Salvo che la legge disponga diversamente, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo il diritto privato"). E' dunque la natura dell'atto, non quella del soggetto che ne è autore, a determinarne il regime giuridico;?????

?

- **anche escludendo che l'atto privato sia assoggettato alle regole formali dell'atto amministrativo, non si potrebbe negare, sul terreno delle regole sostanziali, Con riguardo agli atti di organizzazione e di gestione dei rapporti di lavoro, il supporto normativo viene individuato nel disposto del c. 1 dell'art. 5 che recita: "Le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione organizzativa al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui art. 2. c. 1 e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa".**

?

- **gli obiettivi complessivi della riforma resterebbero sostanzialmente vanificati, ove il suo esito dovesse consistere nell'occupazione, da parte del giudice ordinario, degli spazi sottratti al giudice amministrativo, mediante il controllo di tutti gli atti organizzativi che l'amministrazione pone in essere con la capacità del datore di lavoro privato secondo i moduli di verifica della legittimità degli atti amministrativi, perpetuando così la separazione tra l'area del lavoro pubblico e quello del lavoro privato.**

?

- **non potendosi dubitare della scelta del diritto privato, operata dal c. 2 dell'art. 5 del dlgs 165/2001, deve operare il principio fondamentale secondo cui l'atto privato (tale proprio perché non può essere funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico (ritenere che i principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità riguardano ugualmente l'attività provvedimentale e quella da cui derivano rapporti giuridici di diritto privato, perché l'attività dell'amministrazione è sempre volta al perseguimento dell'interesse generale) senza contraddirne l'intima essenza di espressione dell'autonomia dell'autore, non avendo il legislatore derogato specificamente a tale principio. Peraltro, l'apparente contraddizione tra primo e secondo comma dell'art. 5 è tuttavia agevolmente risolvibile ove si consideri che, se gli atti sono ascritti al diritto privato, non possono che essere assoggettati ai principi fondamentali dell'autonomia privata e, in primo luogo, alla regola della normale irrilevanza dei motivi; e proprio in tal senso si esprime il comma 3 dello stesso art. 5, laddove prevede che gli organismi di controllo interno verificano periodicamente la rispondenza delle determinazioni organizzative ai principi di cui all'art. 2, c. 1, anche al fine dell'adozione di misure correttive e di sanzioni nei confronti dei responsabili della gestione. Il controllo, quindi, è disciplinato come esclusivamente interno all'organizzazione del soggetto agente; la funzionalizzazione è rilevante soltanto a questi fini, senza influenzare la disciplina dell'atto.**

?

Infine, e conclusivamente, la Suprema Corte afferma il seguente ulteriore principio di diritto: **l'amministrazione che, melius re perpensa, modifica o ritira l'incarico dirigenziale, esercita lo stesso potere organizzativo e non il potere amministrativo di autotutela, inconcepibile nei confronti di atti di diritto privato.**

Peraltro, l'emanazione dell'atto di conferimento quale elemento di una fattispecie a formazione progressiva, produce pur sempre il **legittimo affidamento** del nominato al completamento della fattispecie, cosicché, secondo i principi generali, alla delusione dell'aspettativa che non trovi una valida giustificazione è accordato il **rimedio risarcitorio**, ove il comportamento dell'amministrazione sia stato fonte di danno.

Il dirigente designato dall'atto di conferimento, nel caso di successiva modifica o ritiro, versa, dunque, rispetto all'aspirazione all'incarico e fatta salva l'aspettativa tutelata eventualmente con il rimedio risarcitorio, nella stessa situazione in cui si troverebbe se la designazione fosse mancata ab initio, ed è con riferimento a questa situazione che deve valutarsi se l'amministrazione si è resa responsabile della **violazione dei diritti (nell'accezione ampia dell'art. 2907 c.c.) del dirigente in relazione ai limiti imposti alle scelte organizzative dalle norme, dagli atti amministrativi circa i modi di conferimento degli uffici e dai contratti collettivi.**

?

2)? LA TUTELA DEL DIRIGENTE NELL'AMBITO DI UNA PROCEDURA PER IL CONFERIMENTO DI UN INCARICO DIRIGENZIALE.

LA CD. POSIZIONE DI INTERESSE LEGITTIMO DI DIRITTO PRIVATO?

LA POSIZIONE ASSUNTA DELLA CASSAZIONE A SEZIONI UNITE.

?

Escluso che in materia di conferimento di incarichi dirigenziali si possa parlare di atti di cd. macroorganizzazione, costituiti invece dall'individuazione delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici (cfr. art. 2, comma 1 dl. 29/93, oggi d.lgvo 165/2001), l'atto di conferimento di un incarico dirigenziale è qualificabile come atto di gestione individuale del rapporto di lavoro, in cui si configurano **situazioni soggettive interamente ascritte al diritto privato.**

Una volta fondato il **rapporto di lavoro su base paritetica**, ad esso, dunque, rimane estranea ogni connotazione autoritativamente discrezionale. Più precisamente, quando anche la lesione lamentata dal prestatore di lavoro derivi dall'esercizio di poteri discrezionali dell'Amministrazione datrice, la situazione soggettiva lesa dovrà qualificarsi, alla stregua delle più recenti classificazioni civilistiche, come **interesse legittimo di diritto privato**, da riportare, quanto alla tutela giudiziaria, all'ampia categoria dei "diritti" di cui all'art. 2907 c.c. (cfr. **Cass. S.U. 41/00 e, da ultimo, Cass. n. 5659 del 20 marzo 2004**).

È opportuno richiamare, in proposito, anche la recente Sentenza 01 ottobre 2003 n. 14625 delle Sez. Unite della Cassazione, nella parte che in questa sede rileva:

<<Più volte questa Corte ha definito questioni di giurisdizione in controversie aventi ad oggetto la legittimità di decisioni assunte dalla pubblica amministrazione nell'esercizio di poteri bensì discrezionali ma assunte nell'attuazione di un rapporto di diritto civile. La Corte ha distinto i casi in cui tale potere esprima una più generale potestà pubblica di autorganizzazione, incidente in via mediata sul rapporto col soggetto privato, dai casi nei quali trattisi di esercizio di attività esercitabile anche da soggetti privati nelle fasi dell'instaurazione o dell'attuazione di rapporti obbligatori. In questa seconda ipotesi alla relazione paritetica rimane estranea ogni connotazione pubblicistica (Corte cost. 16 luglio 1981 n. 268) e le posizioni autoritative e discrezionali dell'ente (futuro o attuale) datore di lavoro possono essere assimilate a quelle dell'imprenditore; correlativamente, la posizione soggettiva spettante al privato e asseritamente

lesa deve qualificarsi, alla stregua delle pi? recenti classificazioni teoriche, come interesse legittimo di diritto privato, da riportare, quanto alla tutela giudiziaria, nella pi? ampia categoria dei diritti di cui all'art. 2907 cod. civ., con la conseguente appartenenza della lite al giudice ordinario.>>

?

Dunque, **l?eventuale presenza di un interesse legittimo** (in luogo di un diritto soggettivo in senso proprio) non solo non condiziona l?individuazione della via giurisdizionale, ma neppure pu? invocarsi a limite dei poteri del giudice ordinario, posta la sua correlazione ad atti che il legislatore impone di considerare come privatistici di amministrazione del rapporto (cfr. art. 4 D.Lgs. 80/98).

Il controllo giurisdizionale dell?attivit? interna alla gestione del rapporto, pertanto, spetta al giudice ordinario, non in ragione ?della configurabilit? in via esclusiva di diritti soggettivi (e non di interessi legittimi), n? in virt? della natura pubblica o privata dei soggetti coinvolti, ma, piuttosto solo in quanto l?area interna della gestione del rapporto conosce ora non pi? atti autoritativi bens? solo atti paritetici. Il che trova conferma testuale nell?art. 63, comma 2, D.Lgs. 165/01 che fa dipendere i poteri del giudice ordinario soltanto "*dalla natura dei diritti tutelati*".

L?interesse legittimo di diritto privato ?, quindi,? una situazione giuridica inattiva ad esito (soddisfacimento) non garantito, consistente nella pretesa ad una adeguata considerazione, ad opera del titolare di un potere discrezionale, dell?interesse del sottoposto al potere stesso. Nella fattispecie relativa al conferimento di un incarico dirigenziale, l?interesse che deve ricevere adeguata considerazione consiste nell?ottenere che il datore di lavoro, nell?effettuare la scelta dei Dirigenti da designare per l?incarico de quo, prenda in considerazione in modo adeguato la posizione di ciascun aspirante, tenendo conto del requisito fissato dalla norma (pattizia, legislativa, regolamentare: esperienza, capacit? necessarie, attitudine, risultati conseguiti).

Dunque, nella fattispecie di conferimento di un incarico dirigenziale, l?interesse legittimo di diritto privato, in capo a ciascun aspirante, consiste nella pretesa a che la scelta del datore avvenga valutando in modo adeguato le posizioni dei singoli aspiranti ed in particolare sulla scorta del criterio delle capacit? necessarie per lo svolgimento dei compiti connessi al servizio.

Va, poi, precisato che ? da escludersi la necessit? di una vera e propria graduatoria, essendo necessario e sufficiente che il datore prescelga i dipendenti ? effettuando, quindi, una comparazione ? secondo correttezza e buona fede ed avendo riguardo al criterio della capacit? richiesta per i compiti dell?incarico.

? Non essendo, poi, previsto dalla norma un obbligo motivazionale specifico ? non potendo

trovare applicazione l'art. 3 della l. n. 241/90 -? ? invece ravvisabile, nella fattispecie in esame, un onere di motivazione in senso ?improprio?, ossia come onere ? operante solo sul piano processual-probatorio ? di dimostrazione dei presupposti che hanno portato all'adozione della scelta contestata. Onere, questo, che discende, come suo corollario o proiezione processual-probatoria, dalla sussistenza di un ?interesse legittimo di diritto privato?.

Se a fronte dell'interesse legittimo di diritto privato sta l'obbligo (rectius: onere) in capo al titolare del potere discrezionale di procedere, nell'esercizio del potere, ad un'adeguata considerazione dell'interesse del sottoposto, spetta, secondo le regole generali, al titolare del potere provare l'adempimento dell'onere.

???

Di recente: **Tribunale di Agrigento, 5 maggio 2004 (giudice Gatto)**

*<<Nel conferimento di incarichi dirigenziali la pubblica amministrazione gode di ampia discrezionalità, per cui gli aspiranti, pur non vantando un diritto soggettivo al posto, **vantano il diritto soggettivo al compimento delle procedure selettive nel rispetto delle disposizioni di legge, contrattuali e regolamentari**; di talché, al giudice ordinario cui spetta, ai sensi dell'art. 63 d. lgs. n. 165/01, la giurisdizione in merito alle relative controversie, ? consentito censurare l'arbitrarietà della scelta o la sua manifesta irragionevolezza.*

*L'obbligo di motivare il provvedimento di conferimento dell'incarico, a seguito della contrattualizzazione del pubblico impiego, non ? pi? un limite interno del potere coesenziale all'esercizio dello stesso, non essendo pi? operativo il principio della funzionalizzazione dell'atto che ne imponeva la rispondenza all'interesse pubblico; pertanto, **l'obbligo di motivazione nelle determinazioni organizzative riguardanti la gestione del personale pu? soltanto derivare dall'esigenza di tutelare gli interessi fondamentali di altri soggetti e il suo adempimento da parte della pubblica amministrazione pu? essere differito al momento del controllo giudiziale di legittimit? dell'atto**>>*

?

3) LA DELIBERAZIONE DI CONFERIMENTO DI UN? INCARICO DIRIGENZIALE: IL cd. PROVVEDIMENTO DI CONFERIMENTO DELL'INCARICO dirigenziale

Lo spazio del sindacato giurisdizionale dell'a.g.o. sulle scelte discrezionali della p.a. in contrasto con leggi, regolamenti, contratti collettivi e con i parametri logico giuridici della ragionevolezza e della buona fede (art. 1175 c.c.).?

?Anche nell'ipotesi in cui il dirigente si dolga **dell'illegittimit? del conferimento dell'incarico ad un terzo e non chieda al giudice il riconoscimento del suo "diritto" all'incarico medesimo**, sussiste, in ogni caso e comunque, un diritto alla tutela giurisdizionale.

Premesso che il conferimento dell'incarico dirigenziale determina la conoscibilit? della controversia da parte della giurisdizione ordinaria **anche non invocare un provvedimento che gli consenta di ottenere l'incarico citato non gli esclude la garanzia della tutela giurisdizionale**. Ed infatti, in tutte le ipotesi in cui il dirigente miri ad incidere nella sfera giuridica altrui (ad esempio, mediante la richiesta di caducazione di un atto ampliativo), il limite alla tutela giurisdizionale ? dato dalla **concreta utilit?** che il soggetto pu? ricavare dall'accoglimento della domanda.

Il Dirigente, in tale ipotesi, deve dunque provare la sussistenza di una specifica lesione causata dal mantenimento dell'atto impugnato.

La garanzia della tutela giurisdizionale va negata solo nel caso in cui venga prospettato un interesse di mero fatto, quale quello di natura emulativa volto ad impedire puramente e semplicemente l'accrescimento dell'altrui sfera giuridica e non gi? il depauperamento della propria. La tutela non va, dunque, disattesa nell'ipotesi in cui, in assenza di un interesse al conseguimento di un bene della vita, venga prospettata un'utilit? derivante dalla mera reiterazione della vicenda e dalla sottoposizione della stessa per il futuro alla regola posta dalla sentenza.

Qui l'interesse a contestare l'atto ? costituito non dall'utilit? finale e concreta conseguente all'annullamento di un provvedimento (ad esempio, interesse oppositivo), ma dalla semplice utilit? strumentale alla **rinnovazione di un determinato procedimento** in quanto consenta di rimetterne in discussione l'esito del rapporto controverso per effetto della rimozione dell'atto lesivo con la conseguenza che, in astratto, la ripetizione delle illegittime operazioni potrebbe anche solo astrattamente concludersi favorevolmente per l'aspirante (cfr. **Trib. di Cassino, sez. lavoro, est. Lisi,? sent. n. 572 del 07 giugno 2002; Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, sez. lavoro, est. Amendola, ord. 10 ottobre 2000;?? Tar Calabria, 11 febbraio 1999 n. 143; Cons. Stato, sez VI 3 marzo 1999 n. 257; Tar Sicilia, sez I Catania, 3 febbraio 1998 n. 115; Trib. Isernia, sez. lavoro, ord. 20 gennaio 1999).**

Dalla **natura negoziale dell'atto di conferimento** dell'incarico dirigenziale consegue che il sindacato del giudice ordinario deve essere operato non alla stregua dei parametri di legittimit? (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere) ma alla luce dei vizi propri della

patologia negoziale (**nullità, annullabilità, inesistenza, risolubilità**) derivante dalla violazione delle norme di legge e delle clausole contrattuali che regolano l'azione privatistica della p.a. datrice di lavoro, ovvero alla luce della violazione del principio di correttezza, buona fede e parità di trattamento.

Al riguardo, è stato osservato [in, Il rapporto di lavoro privatizzato dei dirigenti pubblici. **Corte costituzionale 30 gennaio 2002, n. 11 (ord.)** - Pres. Ruperto - Red. Bile- **Il commento di Francesco Buffa (consultabile in <http://lalegge.ipsoa.it/NEWS>)**]:

«Le amministrazioni peraltro spesso richiamano in giudizio **l'intuitus personae** che caratterizzerebbe la posizione del dirigente, e che impedisce comunque la sostituzione del giudice al datore di lavoro nella scelte che comunque richiedono la fiducia tra le parti. Al riguardo, però, va rilevato che nella stessa giurisprudenza amministrativa si era consolidato il principio in base al quale il potere di nomina dei dirigenti non costituisce esplicazione di scelte del tutto libere, dovendo comunque scaturire dalla valutazione obiettiva dei requisiti professionali e delle capacità dei soggetti interessati in relazione allo specifico incarico, onde, se deve escludersi che il conferimento dell'incarico debba scaturire da valutazioni comparative di tipo concorsuale tra i candidati (che il sistema non prevede), tuttavia nulla autorizza a ritenere che la nomina possa discendere da una scelta essenzialmente fiduciaria che non richiede di essere giustificata in quanto insindacabile: in altri termini, l'elemento fiduciario non è di per sé idoneo a qualificare in maniera radicalmente difforme il rapporto dirigenziale, in quanto comune, seppure in misura diversa, a tutte le categorie professionali; in tal senso, richiamarsi al profilo della fiducia vale ad estendere l'area della prestazione richiesta al dirigente e correlativamente dilatarne l'inadempimento, ma non si può attraverso questo elemento sorreggere autonomamente con la sola affermazione che la fiducia è venuta meno - il recesso ovvero il rifiuto di proroga o di rinnovo dell'incarico, e così negare la pratica attuazione del diritto all'incarico (Ferrante, Alcune questioni in materia di concorsi e di conferimento di incarichi dirigenziali e para-dirigenziali negli enti locali, in www.unicz.it/lavoro/FERRANTE.htm).»

«La dottrina (D'Alessio, Gli incarichi di funzioni dirigenziali, in Carinci-D'Antona (a cura di), Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, cit., 749), del resto, ha osservato che **fiducia, in ordine alla selezione di alti dirigenti, non va intesa come affinità di idee personali o politiche, o generica compatibilità o simpatia, ma deve consistere nella ricerca di dati obiettivi, con riferimento alla possibilità di svolgimento ottimale di mansioni pubbliche**, e si configura quindi come fiducia nel miglior svolgimento delle funzioni pubbliche, da rilevare però in relazione a parametri oggettivi (v. pure Cons. Stato 393/93, in www.giustizia-amministrativa.it).»

«Nelle controversie relative agli incarichi dei dirigenti dunque, il giudizio del giudice ordinario non comporta alcuna interferenza in prerogative esclusive della pubblica amministrazione, ma solo la sostituzione al datore di lavoro **inadempiente ad obblighi privatistici**.

Quanto ai poteri del giudice ordinario, a norma dell'art. 68 del d.lgs. 29/93, come successivamente modificato, il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati, e le sentenze con le quali riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro.>>

È opportuno rilevare che nella subjecta materia le determinazioni del pubblico datore di lavoro debbano essere comunque rispettose dei principi cardine dell'ordinamento pubblicistico e, cioè, di quei principi generali (anche di rango costituzionale) di buon andamento, di imparzialità della p.a., di legalità, di trasparenza e di obbligo di motivazione che da sempre hanno costituito parametri di riferimento della condotta della amministrazione e che consentono di trovare un equilibrio tra esigenze di autorganizzazione di quest'ultima e necessità di garantire la posizione giuridica soggettiva del dirigente dal passaggio arbitrario da un incarico all'altro.

In sostanza, se è vero che ai conferimenti di incarichi dirigenziali non si applica l'art. 2103 c.c., è altresì vero che i provvedimenti in materia di incarichi dirigenziali non possono essere arbitrari; in tale ottica deve riconoscersi al giudice ordinario il potere di sindacare la scelta della p.a. alla luce dei principi generali dell'ordinamento e alla luce dei criteri previsti dall'art. 19 cit.

Per consentire tale, sia pur prudente, sindacato del giudice il provvedimento deve necessariamente essere motivato in modo chiaro e adeguato in relazione ai criteri oggettivi e in quanto attinenti alla fisionomia dell'ufficio ed alle caratteristiche qualitative dell'incarico da assegnare- e soggettivi e riguardanti i requisiti attitudinali, le qualità professionali e l'esperienza del dirigente in comparazione, se del caso, con le caratteristiche soggettive di altri dirigenti-; detti criteri, insomma, devono indirizzare le scelte dei soggetti responsabili dell'affidamento dell'incarico, circoscrivendo il loro spazio decisionale in ambiti di legalità, coerenza, trasparenza, buon andamento e imparzialità.

La motivazione del provvedimento acquista in tale ottica primaria importanza per comprendere la logica che ha determinato la volontà della p.a. e per consentire al giudice di valutare l'osservanza e la legittimità dei criteri innanzi evidenziati; va da sé che tale esternazione non deve essere genericamente dedotta attraverso il richiamo puro e semplice alle esigenze organizzative, ma deve essere riferita in modo specifico agli aspetti concreti della singola situazione soggettiva che si va a modificare, e cioè anche

al fine di consentire all'interessato di esercitare il proprio diritto di difesa alla luce dell'art.113 Cost., secondo cui la tutela giurisdizionale contro gli atti della p.a. non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

L'orientamento emergente, pur non disconoscendo, in capo al datore di lavoro pubblico, la discrezionalità nella scelta del dirigente destinatario dell'incarico, impone, per, il rispetto dei criteri previsti dall'art. 19 d.leg. 29/93, oggi d.lgvo 165/2001. Con ciò, tale orientamento si colloca nel solco tracciato dalla precedente giurisprudenza amministrativa, che, già, richiedeva, ai fini dell'affidamento dell'incarico, la valutazione ponderata della natura e delle caratteristiche dei programmi da realizzare, delle attitudini e delle capacità professionali del dirigente, in relazione ai risultati conseguiti in precedenza (così, Tribunale di Bari, sezione del lavoro, 8.1.2004, Collegio est. Dott.ssa Manuela Saracino, Pres. Dott. Gianfranco Castellaneta, consultabile su www.unicz.it/lavoro/documentazione).

A ciò aggiungasi che è ormai consolidato l'indirizzo formulato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con ordinanza 30 marzo 2000 n. 1, secondo cui i principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità costituiscono valori essenziali di riferimento di ogni comportamento della pubblica amministrazione, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica del quadro formale in cui il comportamento deve essere svolto, e quindi *riguardano allo stesso modo l'attività volta all'emanazione di provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato*; cosicché va sempre finalizzata al perseguimento dell'interesse collettivo *ogni attività dell'amministrazione senza alcuna eccezione* (in tal senso anche, Consiglio di Stato, sent. n. 2938/2003).

Quindi, la P.A., anche quando agisce con i poteri del privato datore di lavoro, è tenuta a rispettare i canoni costituzionali ed i principi generali dell'ordinamento.

La disciplina attinente alla fattispecie in esame, che si impernia sull'art. 19 del decreto 165, nonché sulle norme del contratto collettivo di riferimento, effettivamente lascia ampia discrezionalità alla P.A. datrice di lavoro ai fini del conferimento degli incarichi dirigenziali. Una discrezionalità, tuttavia, che non può sconfinare nell'assoluto arbitrio, per cui già la disciplina legale si è preoccupata di collegare la scelta del dirigente al programma da realizzare e alle attitudini e capacità professionali del singolo dirigente, prefigurando pertanto implicitamente un vero e proprio concorso interno, nel caso in cui vi siano più candidati che esprimano disponibilità alla copertura dell'incarico di funzione dirigenziale in concreto da

assegnare (cos? Trib. Bari cit).

In ogni caso, ? bene precisare che la discrezionalit? valutativa che contrassegna le operazioni di scelta non ? riferibile all'esercizio di una potest? pubblica di autorganizzazione, ma configura esercizio di attivit? imprenditoriale privatistica, ovvero si caratterizza come prestazione procedimentale dovuta dall'imprenditore nell'ambito del rapporto obbligatorio, sindacabile dal giudice ordinario tanto sotto il profilo dell'osservanza delle norme regolamentari e dei patti della contrattazione collettiva, quanto sotto il profilo dell'osservanza del principio generale della correttezza, di cui all'art. 1175 C.C. (S.U. Sent. nn. 1/1981, 2722/1985, 1538/1989, 2845/1989 e, da ultimo, Cass. Sez. Un., 3 dicembre 1996, n. 10796).

Il datore di lavoro, sebbene esprima un giudizio che investe aspetti di discrezionalit? ?, tuttavia, soggetto ad alcuni limiti.

Tali sono quelli posti da eventuali criteri obiettivi previsti dal contratto collettivo, gli obblighi di correttezza e buona fede di cui agli artt 1175 e 1375 c.c., il divieto di perseguire con gli atti in questione intenti discriminatori o di ritorsione, nonch? motivi illeciti od irragionevoli, quali quelli non inerenti al dipendente nella sua specifica qualit? di lavoratore.

Censurabile in sede giudiziaria non ? il merito della valutazione espressa, bens? l'osservanza da parte del datore di lavoro dei predetti limiti, quindi, oltre alla mancanza di motivi illeciti, **la ragionevolezza e non contraddittoriet? dei giudizi.**

Pur non essendo consentito al Giudice sostituirsi nell'attivit? valutativa, e specificamente nell'esercizio dei poteri discrezionali, perch? ci? si tradurrebbe in una lesione della libert? di autorganizzazione, l'intervento giudiziario potrebbe legittimamente spiegarsi allorquando l'esercizio del potere di scelta appaia affetto da manifesta inadeguatezza o irragionevolezza (cfr. cos?: Cass. 15 marzo 1996 n. 2167 e da ultimo 11522/1997), quando, cio?, il giudizio del datore di lavoro pi? che discrezionale si manifesti come arbitrario.

La esistenza di un potere datoriale squisitamente discrezionale nella misura in? cui si affida ad una valutazione generica ed adattabile indistintamente a qualsiasi fattispecie, ?? insuscettibile di verifica e

controllo e presenta dunque ?profili di illegittimit?.

N? potrebbe ritenersi l?idoneit? a soddisfare l?onere motivazionale il generico a mere formule di stile? che, in quanto tali sono? insuscettibili di fondare legittimamente il potere esercitato: **la ?genericit? del riferimento ? tale da eludere l?onere anzidetto, s? da sottrarre la valutazione datoriale al sindacato giurisdizionale.**

Nell?ambito della valutazione dei "candidati"? ? obbligatoria la considerazione di elementi di carattere obiettivo - quali la natura e caratteristiche dei programmi da realizzare - e di carattere soggettivo - quali le attitudini e le capacit? professionali.

Si tratta di criteri legali che limitano la "scelta pura" del datore di lavoro ed agiscono come altrettanti vincoli all'esercizio del potere di autorganizzazione dell'amministrazione-datore di lavoro .

In tale ottica, pertanto, l?onere di motivazione pu? ritenersi assolto solo allorch?, indipendentemente dalla estensione della formula adoperata (che pu? essere anche estremamente sintetica), **la stessa consenta, sia pure in via sommaria, di risalire agli aspetti salienti della prova che hanno determinato il giudizio espresso ci? per garantire la possibilit? di un sindacato della ragionevolezza, della coerenza e della logicit? delle stesse valutazioni selettive**

?

Risulta, dunque, un generale obbligo di esternazione degli elementi che giustificano le scelte effettuate, che, tuttavia, esula dal generale obbligo di motivazione ex legge n.241 del 1990, non vertendosi - come ampiamente evidenziato ? nell?ambito di provvedimenti amministrativi, ma di atti di natura privatistica (sul punto vedi: Orsi Battaglini e Corpaci, , sub art.2, in Corpaci Rusciano e Zoppoli, (a cura di), La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche, in Le nuove leggi civili commentate, n.5-6, del 1999).

