

Amministrazione - Gestione

# In attesa dell'ennesima riforma i Giudici di legittimità e delle leggi salvano la dirigenza pubblica

di Paola Cosmai - Dirigente Avvocato SSN

Travagliata la riforma della dirigenza pubblica che ha subito una battuta d'arresto dopo che la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo dapprima, tra l'altro, l'art. 11, della Legge delega 7 agosto 2015, n. 124 e, successivamente, anche l'art. 2, comma 20, del D.L. 6 luglio 2012, n. 95, che aveva previsto la cessazione anticipata ed automatica degli incarichi in corso per effetto del riassetto ministeriale previsto dalla medesima disposizione per il risparmio della spesa. Pronunce che, insieme ai recenti approdi del Giudice di legittimità e contabile, costituiscono un battistrada ineludibile per la rielaborazione del decreto legislativo dedicato alla dirigenza, ritirato dal Consiglio dei Ministri all'indomani della pronuncia d'illegittimità costituzionale della relativa legge delega.

## Il progressivo ripensamento della dirigenza pubblica

Da ormai oltre un ventennio la compagine amministrativa è stata interessata da radicali riforme (1), necessarie a garantire una maggiore efficienza e trasparenza dell'*agere publicum*, riformato in sede procedimentale dalla Legge 7 agosto 1990, n. 241 e ss. mm. ed ii., anche tramite una più marcata distinzione tra i poteri di indirizzo e controllo politico e quelli più prettamente gestionali, già introdotta per gli Enti locali con la Legge 26 giugno 1990, n. 142, ed i cui principi sono stati poi traslati nell'intero apparato statale, centrale e non, con la cd. privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico di cui al D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, poi più volte modificato, fino a rifluire nel Testo Unico approvato con D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (di qui in poi anche TUPI), peraltro oggetto di un progetto di rivisitazione con la Legge delega 7 agosto 2015, n. 124, di cui in prosieguo *funditus*.

Non di meno, i recenti sviluppi politico-legislativi hanno mostrato come l'apparato amministrativo e, soprattutto, il suo vertice dirigenziale, sia ben lontano dall'auspicato assetto definitivo, risentendo più

di ogni altro delle dinamiche sociali ed economiche e dell'ormai non più latente malcontento pubblico, divenendo oggetto di frequenti ed talvolta schizofrenici correttivi, volti a disciplinarne l'ingresso, il *modus operandi*, la conservazione dello *status quo* e l'inasprimento di responsabilità e correlate sanzioni, spesso divenendo il capro espiatorio di malesseri di origine ben più lontana e di altra soluzione, nonché, probabilmente, il segno del fallimento di una privatizzazione fortemente voluta come panacea, ma rivelatasi concretamente inidonea allo scopo.

All'indomani della sistematica regolamentazione dell'azione amministrativa, la Legge 23 ottobre 1992, n. 421, recante la "Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale", con l'art. 2 affidava, difatti, all'Esecutivo la revisione delle disposizioni in materia di pubblico impiego, al fine di ricondurlo "sotto la disciplina del diritto civile" regolandolo "mediante contratti individuali e collettivi" con conseguente affidamento "delle controversie di lavoro alla giurisdizione del giudice ordinario secondo le disposizioni che regolano il processo del lavoro" (lett. a), b) e c) articolo cit.).

Pertanto, il Governo emanava il D.Lgs. n. 29 cit., di "Razionalizzazione dell'organizzazione delle am-

(1) Cosmai, "P.A.: conferimento degli incarichi dirigenziali", *Dir. Prat. Lav.* 2014, n. 8, 486.

ministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego”, che nel “contrattualizzare” il rapporto di tutti i dipendenti delle Pubbliche amministrazioni (salve talune circoscritte eccezioni dettate dall’art. 2), ne devolveva le relative controversie al Giudice ordinario del lavoro (2), ferma restando la giurisdizione di quello amministrativo per la materia dell’accesso, qualora originasse da pubblico concorso (art. 68 D.Lgs. n. 29/1993, poi confluito dapprima nell’art. 29, D.Lgs. n. 80/1998 e, successivamente, nell’art. 63 TUPI).

Come anticipato, dalla contrattualizzazione, sebbene con non poche resistenze di una parte politica e della categoria interessata, forte dell’appoggio della dottrina pan pubblicistica, non è rimasto escluso il personale dirigenziale (dapprima solo di livello non generale), per il quale l’art. 19, del D.Lgs. n. 29/1993, disponeva originariamente che per il conferimento o la destinazione ad altro incarico “... si tiene conto della natura e delle caratteristiche dei programmi da realizzare, delle attitudini e della capacità professionale del singolo dirigente, anche in relazione ai risultati conseguiti in precedenza, applicando di norma il criterio della rotazione degli incarichi. Al conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi non si applica l’articolo 2103 del codice civile. 2. Tutti gli incarichi ... sono conferiti a tempo determinato ... hanno durata non inferiore a due anni e non superiore a sette anni, con facoltà di rinnovo. Sono definiti contrattualmente, per ciascun incarico, l’oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata dell’incarico, salvi i casi di revoca di cui all’articolo 21, nonché il corrispondente trattamento economico. Quest’ultimo è regolato ai sensi dell’articolo 24 ed ha carattere omnicomprendente. ... 10. I dirigenti ai quali non sia affidata la titolarità di uffici dirigenziali svolgono, su richiesta degli organi di vertice delle amministrazioni che ne abbiano interesse, funzioni ispettive, di consulenza, di studio e ricerca o altri incarichi ...”.

### L’atto di assegnazione degli incarichi

Il menzionato articolo è poi rifluito nel TUPI con diverse modifiche volte ad enfatizzare la valutazio-

ne dell’operato del dirigente nella designazione ad un nuovo incarico, in occasione della scadenza o della revoca del precedente (3), nonché, dopo la novella della Legge 15 luglio 2002, n. 145 e della Legge 24 dicembre 2003, n. 350, l’eliminazione della durata minima e la separazione tra l’atto di assegnazione e la disciplina del rapporto, rimesso al contratto, mutuando il paradigma dei negozi di diritto pubblico, accessivi al provvedimento amministrativo.

Opzione che, tuttavia, è risultata foriera di molteplici dubbi in ordine alla relativa natura e, conseguentemente, alla giurisdizione per le eventuali controversie.

Secondo una prima teorica (4), prevalente solo in dottrina, l’atto di conferimento di incarico dirigenziale sarebbe stato di alta amministrazione, di natura provvedimentale, espressione del discrezionale potere di macro-organizzazione, a fronte del quale la posizione dell’aspirante all’incarico avrebbe avuto natura di mero interesse legittimo, permanendo la netta distinzione tra il rapporto organico (insorto con l’atto di assegnazione e da questo regolato, attributivo del potere di immedesimazione e di rappresentanza dell’Ente in relazione alla competenza assegnatagli) ed il rapporto di servizio (regolato, viceversa, da atti paritetici, “assunti coi poteri del privato datore di lavoro” e disciplinato dalla contrattazione collettiva).

Tesi pubblicistica corroborata dalla differente terminologia impiegata dal legislatore del 2002, che, nel novellare l’art. 19 del TUPI, qualificava l’atto di conferimento espressamente come “provvedimento” e gli attribuiva la funzione di individuare il tipo, la durata, gli obiettivi e la retribuzione dell’incarico dirigenziale, lasciando al contratto individuale di lavoro la disciplina degli aspetti più marginali del rapporto.

Teorica il cui corollario era, logicamente, quello di riconoscere al dirigente, aspirante al ruolo o alla sua conservazione, una posizione di interesse legittimo, tutelata mediante l’applicazione dei canoni propri dell’*agere publicum* conati dal diritto amministrativo, quali quelli della trasparenza e dell’im-

(2) Il decreto, più precisamente, prevedeva un periodo di transizione in cui perdurava la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che dall’originario triennio si è poi protratto, con il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, alla data del 30 giugno 1998, con il termine decadenziale del 15 settembre 2000 per l’esercizio dell’azione, secondo quanto disposto dall’art. 45, comma 17, D.Lgs. cit.

(3) Segnatamente, la riforma ha previsto, al comma 1, che ai fini dell’assegnazione dell’incarico debba aversi riguardo anche “ai risultati conseguiti con riferimento agli obiettivi fissati

nella direttiva annuale e negli altri atti di indirizzo del Ministro” e, al comma 10, che le attività diverse possano essere svolte presso “i collegi di revisione degli enti pubblici in rappresentanza di amministrazioni ministeriali”.

(4) Per tutti: D’Alessio, “Gli incarichi di funzioni dirigenziali”, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, 2000, t. I, 771; D’Orta, “Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato”, *ibidem*, 145. Tesi poi implicitamente condivisa dalla Funzione Pubblica con la circolare 19 dicembre 2007, n. 10.

parzialità, oltre che della partecipazione, delineate dalla legge 241.

Paradigma attraverso il quale, solo, sarebbe dato pervenire alla piena tutela della dirigenza in sede giudiziaria (ordinaria (5) o amministrativa a seconda dei diversi orientamenti) vagliando il corretto uso dello *jus eligendi* del potere politico, ergo della Pubblica Amministrazione, nelle nomine dei più alti funzionari pubblici, analogamente alla cernita del personale da reclutare o far progredire con i concorsi (6).

A ben altre conclusioni, viceversa, addiveniva l'impostazione pan-privatistica, annoverando tali tra quelli di cd. bassa o micro – organizzazione, assunti coi poteri del privato datore di lavoro, così da assegnarne la cognizione al Giudice ordinario del lavoro, con sindacato limitato ai vizi formali, precludendogli quelli afferenti all'*agere* funzionale dell'Amministrazione vagliabili dal Giudice amministrativo (7).

Approdi tra i quali è poi prevalso quest'ultimo, con l'avallo della Consulta (8) e della Suprema Corte di Cassazione che, a Sezioni Unite, ha affermato che «gli atti di conferimento o di revoca degli incarichi dirigenziali hanno natura giuridica di diritto privato o, quanto meno, di atti assunti con i poteri e la capacità del privato datore di lavoro» (9) e che essi «non concretano procedura concorsuale, ... ma sono atti interni di organizzazione, anche dopo la riforma ... che adopera sì la locuzione “provvedimento” riferita all'atto di conferimento dell'incarico, ma significativamente non aggiungendovi il predicato “amministrativo”, presente invece in tutte le norme che disciplinano gli atti di esercizio del potere pubblico” (10).

A ciò non ostando l'unilateralità dell'atto di conferimento, avendo la legge solo inteso «rafforzare la

posizione di preminenza del datore di lavoro pubblico sul piano dell'organizzazione» che, a differenza di quanto accade nell'impresa privata, “deve essere consacrata in un atto formale ... per consentire l'esecuzione dei controlli in esso previsti” (11) e rimessi al Giudice amministrativo qualora trattasi di atti che definiscano le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e dei modi di conferimento della titolarità degli stessi (12).

## Il conferimento e la revoca degli incarichi dopo la riforma Brunetta

La disciplina poc'anzi tratteggiata è stata radicalmente rivisitata, per certi versi anche in *favor laboratoris*, su delega della Legge 4 marzo 2009, n. 15, dal D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (13), meglio nota come cd. riforma Brunetta, che ha da un lato ripristinato le due fasce dirigenziali, prevedendo il concorso pubblico per il passaggio dalla prima alla seconda (artt. 28 e 28-bis TUIPI), e dall'altro lato rafforzato l'autonomia e la professionalità del vertice burocratico, attraverso una selezione più trasparente e meritocratica del conferimento delle funzioni, arginando il potere politico di deliberarle in piena libertà, senza parametri di riferimento.

Dunque, dopo la cd. riforma Brunetta e prima delle ulteriori novelle, ribadita l'inapplicabilità dell'art. 2103 c.c., i primi due commi dell'art. 19 cit. obbligano il politico, ai fini del conferimento degli incarichi, non solo alla valutazione delle attitudini e delle capacità del dirigente (anche in base ai referti dei nuclei di controllo), in relazione agli obiettivi prefissati ed alla struttura di destinazione, ma anche al rispetto di una determinata procedura, nel rispetto dei principi di trasparenza e di selettività, delineata dal comma 1 bis a mente del quale: «L'amministrazione rende conoscibili, anche me-

(5) Corte di Cassazione - Sezioni Unite Civili, ord. 22 settembre 2002, n. 13918, secondo cui il D.Lgs. n. 80/1998 “ha creato un'ipotesi di giurisdizione esclusiva ordinaria, estesa, cioè, in via principale e non *incidenter tantum*, al controllo del corretto esercizio del potere amministrativo e alla tutela di situazioni di interesse legittimo”, in termini id., 24 febbraio 2000, 41.

(6) Consiglio di Stato - Commissione Speciale Pubblico Impiego, 20 gennaio 1997, n. 369 in Cons. Stato 97, I, 1170.

(7) La citata impostazione, in particolare, è stata fatta propria dal Giudice di Legittimità che, con decisione 9 dicembre 2004, n. 22990, ha affermato che gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali concernono il funzionamento degli apparati burocratici e, dunque, ineriscono alla gestione del rapporto di lavoro e non all'assetto organizzativo dell'Amministrazione.

(8) Corte Costituzionale, 23 luglio 2001, n. 275, con cui rigettava la domanda di incostituzionalità dell'art. 68, del D.Lgs. n. 29/1993, come integrato dall'art. 18, del D.Lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, recante l'assegnazione al Giudice ordinario delle

questioni inerenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali.

(9) Corte di Cassazione - Sezioni Unite Civili, 20 marzo 2004, n. 5659, *conf. id.* 7 luglio 2005, n. 14252, 11 gennaio 2007, n. 308 e 27 febbraio 2008, n. 5078.

(10) Corte di Cassazione - Sezioni Unite Civili, 7 luglio 2008, n. 26799.

(11) Corte di Cassazione - Sezioni Unite Civili *cit.*

(12) Da ultimo: Corte di Cassazione - Sezioni Unite Civili 1 dicembre 2009, n. 25254.

(13) In dottrina, *ex multis*: Oliveri, “Attenuazione dello spoil system con la legge “Brunetta”?”, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); Bianca, “Separazione tra funzioni di indirizzo politico amministrativo e attività gestionale nella legge delega “Brunetta”. Il nodo del conferimento degli incarichi dirigenziali”, *ivi*; Apicella, “L'affidamento degli incarichi dirigenziali tra orientamenti giurisprudenziali e riforma “Brunetta””, *ibidem*; Boscati, *Legge delega n. 15/2009 e riforma della dirigenza pubblica. Prime riflessioni di sintesi*, in R.U. 2009, 5, 15.

dante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta; acquisisce le disponibilità dei dirigenti interessati e le valuta».

*Mutatis mutandis*, la riforma incide in chiave garantista anche sulla revoca dell'incarico che, secondo il successivo comma 1 ter, può essere disposta esclusivamente nei casi e con le modalità di cui all'art. 21, comma 1, secondo periodo, onerando "l'amministrazione che, in dipendenza dei processi di riorganizzazione ovvero alla scadenza, in assenza di una valutazione negativa, non intende confermare l'incarico conferito al dirigente, ... a darne idonea e motivata comunicazione al dirigente stesso con un preavviso congruo, prospettando i posti disponibili per un nuovo incarico".

Infine, modifiche sono apportate anche alla sua durata, alla stregua del comma 2 correlata agli obiettivi prefissati e comunque non inferiore a tre, né superiore a cinque anni, salvo rinnovo.

Al provvedimento di conferimento dell'incarico "accade un contratto individuale con cui è definito il corrispondente trattamento economico... E' sempre ammessa la risoluzione consensuale del rapporto. In caso di primo conferimento ad un dirigente della seconda fascia di incarichi di uffici dirigenziali generali o di funzioni equiparate, la durata dell'incarico è pari a tre anni ...".

La più penetrante ed esplicita codificazione (ora anche legislativa e non solo contrattuale) dei criteri da rispettare nell'esercizio dello *jus eligendi* dell'organo di indirizzo, ne limita le possibilità di pressione sull'operato del dirigente, prima esposto ad una mancata conferma o ad un mancato conferimento, pur avendone i requisiti professionali ed attitudinali, solo (magari) in ragione della sua minor propensione all'adattamento a scelte politiche debordanti (14), aumentandone le chance di vittoria in caso di ricorso per l'impugnazione del provvedimento di assegnazione di terzi, ritenuti meno idonei.

A rafforzare ed integrare i citati presidi, la proceduralizzazione del loro conferimento, che la legge Brunetta formalizza con l'esplicito obbligo per le Amministrazioni di rendere conoscibili, mediante pubblicazione sul sito istituzionale, il numero e la

tipologia dei posti vacanti e da ricoprire, oltre ai criteri di scelta, onde acquisire le disponibilità degli interessati.

Adempimento preliminare che, ponendosi quasi al pari di un bando pubblico di selezione, concorre a rendere scrutinabile la scelta, sotto il profilo dell'effettiva rispondenza ai parametri prefissati.

Criteri che, tanto più saranno stringenti, tanto più ridurranno il ventaglio della discrezionalità e dell'astratta fiduciarità, finora caratterizzante la fattispecie *de qua*, malgrado una circolare dell'allora Ministro della Funzione Pubblica, Nicolais, che, già con la direttiva 19 dicembre 2007, n. 10, sollecitava il rispetto di una serie di principi nel conferimento di che trattasi, poi in buona sostanza recepiti dalla riforma Brunetta.

### Iter per il conferimento degli incarichi Funzione Pubblica, 19 dicembre 2007, n. 10

individuare strumenti per realizzare un'adeguata pubblicità relativamente ai posti di funzione vacanti, dando la possibilità di candidarsi ai dirigenti che, in possesso dei requisiti necessari, ritengono di avere la professionalità idonea allo svolgimento del relativo incarico;

prevedere che l'amministrazione compia un'adeguata ponderazione per individuare il dirigente di ruolo, o, se non possibile, la persona estranea al ruolo stesso, che abbia le caratteristiche più rispondenti e la professionalità più idonee allo svolgimento dell'incarico;

agire in base ad una programmazione, evitando la creazione di vacanze e di eccedenze.

La prima tappa a garanzia della trasparenza e della scelta più vasta; la seconda per la valutazione del migliore in base a criteri ponderati; la terza a presidio dell'efficienza e della razionalizzazione delle risorse.

### Gli effetti della riforma sul contenuto e la stabilità degli incarichi

Ferma la pacifica inapplicabilità alla dirigenza delle guarantee in tema di demansionamento di cui all'art. 52 del TUPI e dell'art. 2103 c.c. (15), e ferma, altresì, l'incapacità a ricoprire comunque un determinato ruolo nell'ipotesi di cui all'art. 53, comma 1-bis, cit., in caso di mutamento dell'incarico, il segnalato iter, per certi versi analogo a quello selettivo o paraconcorsuale di norma impiegato per l'accesso o la progressione nell'organi-

(14) Esigenze che, del resto, fungono da costrutto alla teoria elaborata dalla Consulta per arginare gli effetti del cd. *spoil system*. *Ex multis*: Corte Costituzionale, 27 ottobre 2007, n. 351 e id., 28 ottobre 2010, n. 304, dove opera, però, un opportuno distinguo a seconda che il dirigente sia stato nominato *intuitu personae* ovvero abbia vinto un pubblico concorso.

(15) Corte di Appello di Bologna, 7 gennaio 2005, in *Lav. P.A.*, 2005, 3-4, 597, con richiami giurisprudenziali di legittimità e con nota di L. Sgarbi, "Le tutela civilistica delle mansioni del lavoratore e quella specifica dell'art. 52 del D.Lgs. n. 165/2001 non si applicano al dirigente sanitario".

gramma, non è di poco momento nemmeno sotto il profilo della tutela giurisdizionale, potendo aprire a nuove forme sinora denegate dalla magistratura del lavoro, quali quella del risarcimento in forma specifica, piuttosto che per equivalente, con il riconoscimento al dirigente ricorrente, pretermesso, del diritto a ricoprire proprio l'incarico aspirato e denegato dall'organo politico, in spregio ai segnali vincoli legislativi, regolamentari (16) e contrattuali (17).

Modalità da sempre respinta dal Giudice di legittimità rigido nel riconoscere solo il ristoro dei danni economici e professionali, ove dimostrati, quante volte l'Amministrazione avesse illegittimamente preferito dipendenti diversi dall'avente diritto, ritenendo non assimilabile il percorso di conferimento (come pure della revoca) dell'incarico dirigenziale a quello concorsuale, e, pertanto, non ammissibile la condanna in forma specifica basata sulla surrogazione del Giudice all'Ente nell'espressione e concretizzazione della relativa volontà di nomina.

Fermo restando, che, non potendo tale *jus eligendi* ritenersi libero, in ragione dei canoni di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., nonché dei gangli posti dalla legislazione e dalla contrattazione di comparto che vietano pratiche discriminatorie, è pur sempre ammissibile il (sinora solo) risarcimento dei danni da perdita di *chance* (18), posto che la scelta "deve essere ispirata al criterio del buon andamento della pubblica amministrazione" e che "deve rispettare i criteri del bando e quelli legali" (19).

Dopo le addende della riforma Brunetta, tuttavia, nuove e più pregnanti forme di tutela individuale possono stagliarsi, perché avendo essa codificato in maniera puntuale l'iter e i criteri di assegnazione degli incarichi dirigenziali scoperti, è possibile un capillare controllo *ex post* in sede giudizi dell'effet-

tiva rispondenza del prescelto ai parametri prefissati, con conseguente annullamento del relativo atto di assegnazione ed accertamento costitutivo del diritto dell'aspirante ingiustamente pretermesso, ove richiesto in e comprovato in sede giudiziale.

Accertamento che, ove positivo e passato in cosa giudicata innanzi al Giudice ordinario, potrebbe trovare adeguata ed effettiva soddisfazione in sede di ottemperanza innanzi al Giudice amministrativo, in caso di perdurante inerzia dell'amministrazione.

Tutela in forma specifica, che, peraltro, oltre a concretizzare il canone dell'effettività della giustizia propugnato dall'art. 24 della Costituzione, è maggiormente rispondente all'interesse pubblico a che i vertici burocratici siano adeguatamente scelti e, almeno nella rosa di quelli esistenti, i più idonei a ricoprire il ruolo.

In tale contesto, allora, centrale sarà l'impostazione corretta del ricorso e della domanda, con contestuale assolvimento dell'onere probatorio, ex art. 414 c.p.c., a cura del dirigente aspirante al riconoscimento dell'incarico denegatogli, pena l'inesorabile rigetto del *petitum* (20).

Difatti, sotto il profilo sostanziale, egli dovrà censurare la scelta dell'ente non già appellandosi apoditticamente ai ben noti principi di correttezza, imparzialità e buon andamento della P.A., ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, come nel vecchio ordinamento pubblicistico del rapporto di impiego, quanto postulando, per un verso, la specifica violazione dei precetti di correttezza e buona fede, di cui all'art. 1175 e 1375 c.c., che, quali fonti cogenti ed eteronome, integrano il contenuto di qualunque obbligazione (ivi inclusa quella derivante dall'avviso di selezione) (21) e presiedono alla sua interpretazione ed esecuzione e, per l'altro verso, lamentando in maniera altrettanto puntuale la viola-

(16) Diverse le Amministrazioni, anche centrali, che hanno disciplinato la procedura dopo la Legge n. 150/2009. Tra questi, ad esempio, il Ministero del lavoro con regolamento adottato il 26 marzo 2010 e registrato alla Corte dei conti il successivo 26 aprile, registro n. 6, fol. n. 72.

(17) Anche il Consiglio di Stato, 10 settembre 2010, n. 6539, pronunciandosi su una fattispecie relativa alla Regione Campania, ha rilevato, ancor prima della riforma che ne occupa, che l'esistenza di una preventiva fase valutativa risulta essenziale anche per assicurare il rispetto dei principi del giusto procedimento, all'esito del quale dovrà essere adottato un atto motivato che, a prescindere dalla sua natura giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato, consenta comunque un controllo giurisdizionale.

(18) Corte di Cassazione – Sezioni Unite Civili 6 marzo 2009, n. 5457, id. 5 marzo 2008, n. 5920, id. 12 novembre 2007, n. 23480, nonché id., ordd. 28 novembre 2005, n. 25047 e n. 25042, 8 novembre 2005, n. 21593 e 27 febbraio 2002, n.

2954.

(19) Corte di Cassazione – Sezione Lavoro, 30 agosto 2010, n. 18857, nonché id., 14 aprile 2008, n. 9814, secondo cui laddove l'Amministrazione non abbia fornito alcun elemento circa i criteri e le motivazioni seguiti nella revoca di precedenti incarichi dirigenziali e nella scelta dei dirigenti ritenuti maggiormente idonei agli incarichi da conferire, è configurabile un inadempimento contrattuale, suscettibile di produrre danno risarcibile.

(20) Per mancanza di prova, di recente, ha rigettato la domanda promossa da un dirigente aspirante ad un determinato incarico presso l'Amministrazione di appartenenza il Tribunale di Salerno, 22 gennaio 2013, n. 295.

(21) Si veda Corte di Cassazione – Sezioni Civili Unite, 4 gennaio 1980, n. 1, in *Giur. It.*, 1980, I, 1, 426, che ribadisce l'obbligo dell'osservanza della buona fede nell'esercizio dei poteri discrezionali privati, nella specie, in tema di svolgimento dei procedimenti di promozione di carriera.

zione dei criteri di selezione preventivamente fissati dall'amministrazione alla stregua del novellato articolo 19 del TUPI, ovvero declinati dalle diverse fonti normative e contrattuali vigenti nello specifico comparto.

Sotto il profilo strettamente processuale, inoltre, il dirigente interessato dovrà avere cura di assolvere agli specifici oneri di allegazione e prova prescritti dall'art. 414 c.p.c. per i fatti lesivi postulati, muovendosi il Giudice del lavoro sul crinale del principio dispositivo e non acquisitivo, temperato, come il Giudice amministrativo (oggi, peraltro, dopo la riforma del codice di rito approvata con la Legge 2 luglio 2010, n. 104, anch'esso mitigato).

### L'intervento della *spending review* sulla revoca degli incarichi

Sull'art. 19 cit., come modificato dal menzionato D.Lgs. n. 150/2009, ha poi negativamente inciso sia la L. 30 luglio 2010, n. 122, di conversione, con modificazioni, del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, recante le misure di contenimento della spesa pubblica anche del personale (22); sia la Legge 30 ottobre 2013, n. 125; sia, ancora, la più recente Legge 7 agosto 2015, n. 124, recante la delega parlamentare per una riforma di più ampio respiro del pubblico impiego – inclusa la dirigenza – su cui si è però abbattuta la scure della Consulta, di fatto arrendandola.

Tra le misure di rilievo di cui al D.L. n. 78/2010 convertito dalla Legge n. 122/2010 è opportuno segnalare quella riportata dall'art. 9, comma 32, a mente del quale, per un verso, gli Enti che «alla scadenza di un incarico di livello dirigenziale, anche in dipendenza di 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», non trovando applicazione, pertanto, le diverse disposizioni contrattuali e normative più favorevoli, e, per l'altro verso, abroga l'art. 19, comma 1-ter, secondo periodo, del TUPI.

Ragion per cui, in netta inversione di tendenza ed in spregio alle garanzie di trasparenza e di buon andamento, è sufficiente approntare un'artata riorganizzazione, anche minima o tarata su pochi eletti o per il perseguimento di indicibili obiettivi per nulla rispondenti all'interesse generale, che vengono meno le garanzie sinora prescritte per il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali.

Segnatamente, la *spending review* finisce con l'abolire le garanzie temporali del congruo preavviso, quelle sostanziali della motivazione e quelle procedurali del contraddittorio e della prospettazione delle possibili alternative di collocazione, introdotte poco meno di un anno or sono in *favor laboratoris* dalla riforma Brunetta (essendo questo, in sintesi, il contenuto del periodo dell'antescritto comma 1-ter abrogato).

Un'ulteriore modifica all'art. 19 cit. (23) è stata apportata dalla Legge n. 125 cit., che, stravolgendo in radice il D.L. 31 agosto 2013, n. 101, ne novella il comma 5-bis, disponendo per quanto qui in rilievo che «Ferma restando la dotazione effettiva di ciascuna amministrazione, gli incarichi di cui ai commi da 1 a 5 possono essere conferiti, da ciascuna amministrazione, anche a dirigenti non appartenenti ai ruoli di cui all'articolo 23, purché dipendenti delle Amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ovvero di organi costituzionali, previo collocamento fuori ruolo, aspettativa non retribuita, comando o analogo provvedimento secondo i rispettivi ordinamenti».

Disposizione che, in buona sostanza, amplia lo spettro di scelta e la mobilità del personale dirigenziale, enfatizzando quella caratteristica, già sottolineata dal Giudice di legittimità, per la quale il concorso per dirigente costituisce solo l'abilitazione all'esercizio della relativa funzione e lo stabile ingresso nella compagine burocratica, ma non pure il diritto all'assegnazione ad un determinato ruolo.

Al contempo, però, avendo cura di assicurare l'invarianza della spesa per il personale, globalmente considerato, trattandosi, appunto, di mobilità tra comparti e non di nuova assunzione (24).

(22) Corte Costituzionale, 11 ottobre 2012, n. 223. Cosmai, "Incostituzionali le ccdd. "tassa di solidarietà" ed "opera di previdenza" in danno dei soli dipendenti pubblici", in questa *Rivista*, n. 12/2012.

(23) Invero la Legge 125 cit. modifica anche il sistema di reclutamento della dirigenza, prevedendo l'obbligo di concorsi unici, salvo le deroghe espressamente accordate, su richiesta, alle singole Amministrazioni, per specifiche professionalità, dalla Funzione pubblica, ai sensi dell'art. 4, comma 3 *quinquies* e ss. della Legge n. 125/2013.

(24) L'art. 19, in pratica, sancendo che «Gli incarichi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5 possono essere conferiti entro il limite del 15 per cento della dotazione organica dei dirigenti appartenenti alla prima fascia dei ruoli di cui al medesimo articolo 23 e del 10 per cento della dotazione organica di quelli appartenenti alla seconda fascia. I suddetti limiti percentuali possono essere aumentati, rispettivamente, fino ad un massimo del 25 e del 18 per cento, con contestuale diminuzione delle corrispondenti percentuali fissate dal comma 6».

**La legge delega 7 agosto 2015, n. 124. Cambiano le modalità di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali**

L'organico riassetto della dirigenza pubblica è stato al centro, unitamente a quello più generale della Pubblica Amministrazione, della legge delega 7 agosto 2015, n. 124 (25), che, nelle intenzioni dell'Esecutivo, avrebbe dovuto consentirgli il varo di riforme capillari nei settori nevralgici nel successivo arco di 18 mesi.

Come accennato, la dirigenza è la destinataria delle principali modifiche, i cui criteri informativi partono dall'istituzione di una banca dati generale recante nominativo, profilo professionale e curriculum di ciascuno, tenuto dal Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri ed alimentato dai dati periodicamente aggiornati da tutte le Amministrazioni, strumento che, come si vedrà, è funzionale all'interscambio, oltre che all'immediata verifica del *background* del dirigente in vista dell'assegnazione degli incarichi. Affianca la predetta misura organizzativa, completandola per l'aspetto dell'omogeneità e della semplificazione, l'abbattimento dei comparti, da ridurre a 3 ruoli unici: statale, regionale e locale.

La nuova dirigenza secondo la L. n. 124/2015	
Dirigenza statale	La categoria non prevede alcuna ripartizione in fasce, ma la creazione di sezioni speciali in base alla professione con la garanzia, però, che in sede di prima applicazione sarà tenuta in considerazione la fascia dirigenziale di appartenenza anche ai fini dell'assegnazione degli incarichi e del trattamento economico
Dirigenza regionale	La categoria – previa intesa delle Regioni speciali ed autonome - includerà anche la dirigenza amministrativa, tecnica e professionale del Servizio sanitario, delle Camere di Commercio e degli enti pubblici non economici ed agenzie regionali
Dirigenza locale	Nella categoria – previa intesa in sede di Conferenza Stato-città ed autonomie locali - confluiranno i direttori generali i segretari generali di fascia A e B nonché, dopo due anni di effettivo esercizio delle funzioni, anche se nel ruolo di funzionari, i segretari di Fascia C e i vincitori di concorsi in atto.

Per tutte le categorie è prevista l'istituzione di una Commissione (una per ciascun ruolo), operante in piena autonomia e composta da membri scelti in maniera trasparente e con scadenze differite (la qual cosa è di dubbia praticabilità almeno in fase di partenza) tra soggetti di verificata onorabilità e capacità

professionale, oltre che di terzietà (e, pertanto, scevra da conflitti di interessi o da incompatibilità con cariche sindacali o politiche, aspetti che dovranno tradursi poi in appositi parametri di natura temporale, oltre che contenutistica a cura del Governo).

Ad essa è demandato il controllo oltre che del rispetto dei criteri di conferimento degli incarichi dirigenziali, anche del concreto utilizzo dei sistemi di valutazione al fine della loro assegnazione e revoca, un po' riecheggiando il Comitato dei Garanti della dirigenza (art. 22 del TUPI) di cui è infatti destinata ad assorbire le funzioni.

Quanto al reclutamento, la Legge 124 ripropone i concorsi unici, più volte previsti, ma mai indetti da alcuno, distinti in due modalità: corso - concorso e concorso, di cadenza annuale ed ancorati all'effettivo fabbisogno, col dichiarato scopo sia di rendere più omogenei i criteri selettivi e di accesso, sia di razionalizzare i nuovi ingressi.

Cambia anche la fase di primo reclutamento, affidato a contratti a termine, con obblighi formativi, per i primi tre anni con inquadramento come funzionari per poi essere inseriti nella dirigenza dalla neo-istituita Commissione, previa positiva valutazione dell'Amministrazione assegnataria (triennio soggetto a possibile riduzione in caso di pregresse esperienze lavorative all'Estero o nel settore pubblico).

Da segnalare che la legge delega esclude la sopravvivenza di liste di idonei, ma conferma tra i criteri di delega la previsione di una fase di formazione iniziale e una prima assunzione a tempo determinato, con conversione sine die dopo un positivo triennio di servizio (da poter sempre ridurre in base ai già ricordati criteri), ovvero con risoluzione del rapporto di lavoro, con eventuale inquadramento nella qualifica di funzionario, in caso di mancato superamento dell'esame di conferma.

Tralasciando gli obblighi di formazione introdotti per la dirigenza che esulano dal presente campo di interesse, il cuore del nuovo sistema si incentra sulle modalità di conferimento degli incarichi comune ai tre ruoli sopra tratteggiati.

Tra le linee guida fissate dal Parlamento, che, peraltro, in parte riecheggiano l'attuale sistema già disegnato dalla riforma Brunetta (evidentemente spesso non rispettato nella prassi concreta) e in parte ripropongono taluni dettami della giurisprudenza del lavoro della Suprema Corte cui si è accennato innanzi, ossia:

(25) Cosmai, "Pubblica Amministrazione: parte l'ennesima riforma", *Quotidiano Leggi d'Italia*, 5 agosto 2015.

- la definizione, per ciascun incarico dirigenziale, dei requisiti necessari;
- il conferimento tramite procedura comparativa, con avviso pubblico e sulla base di requisiti e criteri pre-definiti dall'Amministrazione in base ai criteri generali definiti dalle neo-istituite Commissioni;
- la preselezione, ai fini della scelta per l'assegnazione del nuovo incarico, di un numero circoscritto di candidati;
- l'obbligo di acquisire il parere, non vincolante, delle commissioni in parola sulla decadenza dagli incarichi in caso di riorganizzazione dell'amministrazione da rendere entro un termine certo, decorso il quale lo si intende acquisito;
- l'obbligo di pubblicizzare in tempi anteriori congrui il numero dei posti dirigenziali vacanti e ridefinizione della disciplina degli incarichi fiduciari ferma la percentuale già fissata dall'art. 19, comma 6, del TUPI;
- l'obbligo di fissare la durata degli incarichi in un periodo non superiore a 4 anni, con possibilità di rinnovo per una sola volta e per non più di due anni senza indire nuove procedure selettive, previa motivazione e solo se il dirigente interessato abbia riportato una valutazione positiva;
- la definizione di presupposti oggettivi per la revoca, anche in relazione al mancato raggiungimento degli obiettivi, e della relativa procedura;
- l'obbligo del rispetto dell'equilibrio di genere; con riferimento ai dirigenti privi di incarico, la conservazione del trattamento economico, fondamentale e fisso, in godimento prima della data di entrata in vigore dei decreti legislativi e il loro collocamento in disponibilità, prevedendone la decadenza dopo un determinato periodo di collocamento in disponibilità se successivo a valutazione negativa;
- il diritto all'aspettativa senza assegni per assumere incarichi in altri enti;
- la possibilità di destinare i dirigenti privi di incarico ad attività di supporto presso le amministrazioni ovvero di consentire loro di fare istanza di ricollocazione come funzionari, in deroga all'art. 2103 Cod. civ.;
- con riferimento alla valutazione dei risultati: rilievo dei suoi esiti per il conferimento dei successivi incarichi dirigenziali; costruzione del percorso di carriera in funzione degli esiti della valutazione;
- riforma della responsabilità dirigenziale, amministrativo-contabile e disciplinare, con particolare riguardo alla esclusiva imputabilità ai dirigenti della responsabilità per l'attività gestionale, con limita-

zione della responsabilità dirigenziale alle ipotesi di cui all'art. 21 del TUPI, ed ai comportamenti effettivamente loro imputabili;

- riassetto del trattamento retributivo, da rendere omogeneo per ciascun ruolo, per le voci fondamentali ed accessorie nell'ambito di ciascun ruolo unico, e nei limiti delle risorse complessivamente destinate e con l'obiettivo di far confluire la retribuzione di posizione fissa nel trattamento economico fondamentale, di definirla in relazione all'incarico con criteri obiettivi e rimodulare l'incidenza della retribuzione di risultato ancorandola a criteri fissi e omogenei di valutazione con la possibilità di ciascun dirigente di attribuire un premio monetario annuale a non più di un decimo dei dirigenti suoi subordinati e a non più di un decimo dei suoi dipendenti;
- obbligo di pubblicazione nel sito istituzionale dell'identità dei destinatari dei suddetti premi;
- definizione di criteri omogenei per la disciplina dei fondi per la retribuzione accessoria delle diverse amministrazioni.

Prevista, naturalmente, una disciplina transitoria per portare a naturale scadenza gli incarichi in essere.

### **La dichiarazione di incostituzionalità della Legge n. 124/2015 ...**

Sulla riforma della dirigenza e, in particolare, sulla disciplina del conferimento e della revoca degli incarichi, hanno avuto di recente un ruolo fondamentale due pronunce di incostituzionalità della Consulta, la prima della quali ha investito la stessa legge 124, di fatto arenandone il riassetto, mentre la seconda ha riguardato l'art. 2, comma 20, del decreto 95 cit., ribadendo l'illegittimità dello *spoils system* anche se occulto e dettato dalla legge.

Pronunce entrambe foriere di importanti conseguenze sul programma innovativo del Governo che, non a caso, dopo aver approvato la riforma della dirigenza malgrado i numerosi rilievi del Consiglio di Stato in sede consultiva, ha ritirato il decreto legislativo per effetto della sentenza della Corte costituzionale, all'evidente scopo di uniformarsi ai suoi dettami evitando un'ulteriore *débâcle*. Il Veneto, l'unica Regione ad aver sollevato questione di legittimità costituzionale della legge 124 cit., ha appuntato in particolare le sue doglianze sulla violazione degli artt. 3, 81, 97, 117, secondo, terzo e quarto comma, 118 e 119 della Costituzione, nonché al principio di leale collaborazione di cui agli artt. 5 e 120 della medesima Carta, di di-

verse disposizioni della legge delega, tra cui proprio quelle dedicate alla dirigenza, nella parte in cui per i decreti attuativi reputa sufficiente l'acquisizione del mero parere della Conferenza Unificata in luogo dell'intesa, autorizzando il Governo all'adozione unilaterale dei decreti legislativi decorsi 45 giorni dalla seduta anche in assenza di parere favorevole, così travalicando la competenza legislativa esclusiva dello Stato ed esautorando le Regioni dall'esercizio del potere legislativo concorrente.

Malgrado la difesa erariale avesse opposto l'assenza nella *sedes materiae* di una legislazione concorrente, la Consulta accoglie in buona parte le censure di merito sollevate cassando il cuore stesso della cd. riforma Renzi - Madia.

Il Giudice delle leggi (26) muove dalla disamina della *ratio* che sottende la legge volta, evidentemente, a una riforma complessiva dell'amministrazione, sia sotto il profilo organizzativo e burocratico, sia sotto il profilo funzionale, attraverso una serie di decreti legislativi attuativi destinati ad influire su molteplici sfere di competenza legislativa anche regionale, ragion per cui è necessario verificarne l'eventuale compressione in base alla specifica materia, che potrebbe essere esclusiva, concorrente o sussidiaria, così necessitando il rispetto del principio della cd. leale cooperazione finalizzato al coinvolgimento adeguato delle Regioni.

Coinvolgimento che, secondo la Consulta, rinviene la sua naturale sede nella Conferenza unificata per sfociare o in un parere ovvero in un'intesa, quest'ultima necessaria allorché il Governo attraverso decreti legislativi delegati, *ex art.* 76 della Costituzione, intenda riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse.

Passando allo scrutinio delle singole disposizioni censurate e restringendo il campo di interesse al solo art. 11 dedicato alla dirigenza, il Giudice delle leggi accoglie le doglianze nella parte in cui prevedendone la riforma anche di quella regionale, non richiedendo l'intesa, intaccano la competenza legislativa regionale residuale in materia di ordinamento e di organizzazione.

La legge delega, infatti, mira a creare un regime unitario per il miglioramento della macchina am-

ministrativa e la *performance* dei dirigenti pubblici, incidendo sulle modalità di reclutamento e di conferimento e revoca degli incarichi, nonché sulle loro sorti in caso di mancata assegnazione di incarico, ricadendo: in parte nell'ambito delle competenze esclusive del legislatore statale in materia di "ordinamento civile", per i profili inerenti al trattamento economico, al regime di responsabilità ed al rapporto di lavoro privatizzato; in parte in quelle concorrenti, per i profili inerenti alla disciplina della dirigenza sanitaria, costituita dalla determinazione dei principi fondamentali in materia di tutela della salute; ed in parte in quelle di competenza regionale residuale in materia di ordinamento e organizzazione amministrativa regionale, per i profili inerenti alle procedure concorsuali pubblicistiche per l'accesso al ruolo, al conferimento degli incarichi ed alla loro durata.

Pertanto, l'inestricabile connessione delle competenze, nessuna delle quali si rivela prevalente, ma ciascuna delle quali concorre alla realizzazione dell'ampio disegno di riforma della dirigenza pubblica, rendono necessaria la leale collaborazione tra Stato e Regioni nella forma dell'acquisizione della previa intesa, piuttosto che del mero parere così come statuito dalla Legge delega n. 124/2015.

Modulo richiesto solo per l'istituzione del ruolo unico della dirigenza, ma non per gli altri aspetti della riforma pur trasversali, come l'individuazione specifica dei requisiti di accesso al ruolo; il reclutamento; il conferimento, la durata e la revoca degli incarichi, anch'essi riconducibili alla materia dell'organizzazione amministrativa regionale (27).

## ... e dell'art. 2, comma 20, del D.L. n. 95/2012 sul malcelato spoil system

A distanza di pochi mesi la Consulta (28) ha cassato un'altra disposizione riguardante la dirigenza pubblica dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 20, del D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della Legge 7 agosto 2012, n. 135, nella parte in cui prevede che, all'esito del processo di riassetto di cui al primo periodo del medesimo comma 20, e comunque non oltre il 1° novembre 2012, cessano tutti gli incarichi in corso a quella data, di

(26) Corte costituzionale, 25 novembre 2016, n. 251, Cosmai, "Incostituzionale la legge delega per la riforma della P.A., ma non i decreti attuativi", *Quotidiano Leggi d'Italia*, 29 novembre 2016.

(27) Tuttavia, pur cassando le predette disposizioni, la Consulta fa espressamente salve le disposizioni attuative, statuendo che "nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà

accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione".

(28) Corte costituzionale, 24 gennaio 2017, n. 15, Cosmai, "Incarichi dirigenziali: illegittima la cessazione automatica, anticipata", *Quotidiano Leggi d'Italia*, 27 gennaio 2017.

prima e seconda fascia conferiti ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del TUPI.

La questione era stata sollevata dal Tribunale capitolino (29) nel corso del giudizio promosso da un dirigente ministeriale che aveva impugnato la comunicazione della Presidenza del Consiglio di cessazione anticipata dell'incarico al 1 novembre 2012 per effetto dell'art. 9 cit. Disposizione che riteneva anticostituzionale perché assimilabile al cd. *spoils system*, tradizionalmente ritenuto illegittimo dalla Consulta collidendo per un verso con l'art. 3 della Carta fondamentale ossia col principio di eguaglianza e di affidamento del lavoratore e, per altro verso, con gli artt. 97 e 98 della Costituzione, ed incrinando i principi fondamentali dell'azione amministrativa, del buon andamento e della continuità, in nome dei quali, dunque, "essi possono legittimamente essere revocati, solo mediante forme procedurali atte all'accertamento dei risultati conseguiti, che si concludano con un provvedimento motivato, suscettibile di vaglio giurisdizionale".

Ragioni che non retrocedono, secondo il Tribunale territoriale, nemmeno a fronte delle esigenze di contenimento della spesa pubblica e di riduzione degli organici sottesa al decreto 95 cit., traducendosi in un'elusione del controllo giurisdizionale sulla rispondenza della cessazione dello specifico incarico alle esigenze di buon andamento ed imparzialità della Pubblica Amministrazione.

Nonostante la difesa erariale avesse sottolineato come la novella avesse introdotto un'ipotesi di risoluzione degli incarichi dirigenziali per nulla collegata al mutamento degli organi politici, ma per perseguire - in linea con l'art. 81 della Costituzione - la riduzione delle spese per il personale (anche) attraverso l'eliminazione delle posizioni dirigenziali con una previsione anche temporalmente limitata nel tempo, la Consulta conferma il suo consolidato orientamento in materia sottolineando come, in buona sostanza, il decreto censurato si traduca in una ipotesi di cessazione automatica degli incarichi dirigenziali e la risoluzione anticipata dei corrispondenti contratti di lavoro a termine, quantunque volga ad un risparmio di spesa piuttosto che a sostituire gli organi di vertice in occasione del ricambio politico di maggioranza.

A tal proposito, infatti, il Giudice delle leggi evidenzia come abbia più volte chiarito (30) che, salvo non si tratti di dirigenti addetti agli uffici di diretta collaborazione con gli organi di governo o di dirigenti apicali, in cui prevale la natura fiduciaria *intuitu personae* dell'investitura, la decadenza automatica degli incarichi dirigenziali per motivi che esulino dalla valutazione negativa dell'operato o dalle vicende proprie del rapporto di ufficio non possa trovare spazio nel nostro ordinamento, dovendo sempre garantirsi "la presenza di un momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti, nell'ambito del quale, da un lato, l'amministrazione esterni le ragioni - connesse alle pregresse modalità di svolgimento del rapporto anche in relazione agli obiettivi programmati dalla nuova compagine governativa - per le quali ritenga di non consentirne la prosecuzione sino alla scadenza contrattualmente prevista; dall'altro, al dirigente sia assicurata la possibilità di far valere il diritto di difesa, prospettando i risultati delle proprie prestazioni e delle competenze organizzative esercitate per il raggiungimento degli obiettivi posti dall'organo politico e individuati, appunto, nel contratto a suo tempo stipulato".

Garanzie procedurali, momento valutativo e motivazione del provvedimento espulsivo che, stigmatizza la Consulta, difettano anche nell'analoga disposizione contenuta nell'art. 9 cit., soprattutto considerando che, a fronte del dichiarato intento di ridurre gli incarichi dirigenziali recato dall'art. 2, comma 20, del D.L. n. 95/2012 (secondo cui "fino al suddetto termine - del 1° novembre 2012 - non possono essere conferiti o rinnovati incarichi di cui alla citata normativa"), è prevista in ogni caso la possibilità di procedere alla sostituzione del personale dirigenziale in questione, sia pure dopo il 1° novembre 2012, senza che possa assicurarsi, quindi, alcun risparmio di spesa (effetto peraltro espressamente escluso finanche dalla relazione tecnica al maxi-emendamento del Governo in cui si precisa che, trattandosi di una disposizione di carattere ordinamentale, non si determinano effetti finanziari).

### La recente conferma della Cassazione

Intervenuta di recente (31) sulla questione della revoca automatica degli incarichi dirigenziali api-

(29) Tribunale di Roma - Sezione Lavoro, ordinanza 30 ottobre 2015, n. 56.

(30) Corte costituzionale, 16 giugno 2006, n. 233; id., 21 giugno 2010, n. 224; id., 25 febbraio 2014, n. 27.

(31) Corte di Cassazione - Sezione Lavoro, 31 gennaio 2017, n. 2510 che ha confermato la sentenza gravata resa dalla Corte d'Appello di Catanzaro Sezione Lavoro, 29 novembre 2010, n. 1344.

cali di diretta emanazione fiduciaria dell'organo politico (cd. *spoils system*), la Corte di Cassazione ha ribadito i principi già affermati dalla Consulta, confermando anche il suo precedente orientamento (32).

Infatti anche per il Giudice di legittimità i predetti sistemi di *spoils system*, in ragione dei quali il rinnovo del vertice politico dell'Amministrazione determina automaticamente la cessazione degli incarichi dirigenziali in essere, non possono trovare spazio nel nostro ordinamento perché lesivi dei principi costituzionali di imparzialità e di continuità dell'azione amministrativa nonché del giusto procedimento, salvo che non si tratti di posizioni apicali in cui assume rilievo esclusivo o prevalente il criterio della personale adesione del nominato agli orientamenti politici del titolare dell'organo che nomina.

Del resto, ribadisce la Cassazione in linea con la Consulta, la risoluzione anticipata dell'incarico collide anche con il principio del giusto procedimento e del contraddittorio, atteso che "è necessario garantire la presenza di un momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti, nell'ambito del quale, da un lato, l'amministrazione esterni le ragioni – connesse altre pregresse modalità di svolgimento del rapporto anche in relazione agli obiettivi programmati dalla nuova compagine governativa – per le quali ritenga di non consentirne la prosecuzione sino alla scadenza contrattualmente prevista; dall'altro, al dirigente sia assicurata la possibilità di far valere il diritto di difesa, prospettando i risultati delle proprie prestazioni e delle competenze organizzative esercitate per il raggiungimento degli obiettivi posti dall'organo politico e individuati, appunto, nel contratto a suo tempo stipulato" (33).

Tuttavia, con successivi interventi la Consulta (34) ha anche chiarito che resta una prerogativa dell'organo politico conferire incarichi dirigenziali cosiddetti "apicali" a soggetti individuati *intuitu personae*, sia tra il personale organico, che estraneo allo stesso, onde assicurare quel necessario continuum con l'apparato burocratico, rispetto ai quali è anche abilitato a farli cessare in occasione del cambio elettorale.

I predetti orientamenti sono poi stati recepiti dal legislatore che, nel riscrivere l'art. 19 del TUPI, ha

previsto che la cessazione del rapporto di ufficio in corso di svolgimento può essere conseguenza soltanto di accertata responsabilità dirigenziale, in tal guisa escludendo dal sistema di regolazione della dirigenza tutte le fattispecie di *spoils system*, con la sola eccezione, ammessa sul piano costituzionale, degli incarichi di vertice (segretario generale dei ministeri, incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente, comma 3 dell'art. 19 cit.) i quali «cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo» (art. 19, comma 8, cit.).

Lo *spoils system*, in conclusione, è legittimo solo in relazione ai cd. incarichi dirigenziali «apicali», che non attengono a una semplice attività di gestione sicché il legislatore riformista dovrà avere cura di espungere ogni riferimento all'istituto dal riassetto della dirigenza di cui alla Legge 124 cit. che le cronache riferiscono in corso di elaborazione al momento della stesura del presente contributo.

## ... e della Corte dei conti sui risvolti di responsabilità erariale

Peraltro, non può sottacersi, a completamento della presente ricostruzione dell'evoluzione del quadro normativo e degli arresti giurisprudenziali in materia, che l'indebita revoca degli incarichi *de quibus* è foriera anche di responsabilità erariale, come affermato dal Giudice contabile in alcuni recenti interventi.

A tal proposito, infatti, il Tutore dell'erario (35) ha sostenuto che in presenza di un incarico dirigenziale non apicale non può trovare applicazione la disciplina dello "spoils system" sia pur prevista dalla legge (in specie regionale), riguardando questa esclusivamente gli organi di vertice le cui nomine sono caratterizzate dall'*intuitus personae*, fondandosi su valutazioni personali coerenti con l'indirizzo politico regionale. Disciplina derogatoria di quella generale, nazionale che non è applicabile a tutti i dirigenti e in maniera indistinta senza, appunto, distinguere le figure apicali e quelle ad esse subordinate. Diversamente opinando, invero, tale azione permetterebbe alla nuova compagine politica di rinnovare, a proprio insindacabile giudizio (*rectius*: arbitrio) tutto il settore dirigenziale (a tempo determinato o indeterminato) con aperta

(32) Corte di Cassazione – Sezione Lavoro, 10 giugno 2014, n. 13064; id., ord. 10 giugno 2014, n. 13064.

(33) Corte costituzionale, 27 marzo 2007, n. 103, id., 20 maggio 2008, n. 161.

(34) Corte costituzionale, 23 marzo 2007, n. 104 e id., 28 ottobre 2010, n. 304.

(35) Corte dei conti - Sezione Giurisdizionale Regione Abruzzo, 20 dicembre 2011, n. 438.

violazione del principio di separazione tra direzione politica e organi di gestione, i quali ultimi, ove non costituiscano una "cerniera" tra il primo ed il secondo settore, devono operare all'esclusivo servizio dell'ente e non essere sottoposti alla decadenza automatica. Pertanto, secondo il Giudice contabile, sussiste il danno erariale e la colpa grave dell'organo politico in caso di illegittima revoca del con-

tratto di dirigente non apicale attraverso il richiamato *spoils system*, specialmente quando il profilo psicologico della colpa grave non discende dal fatto che i responsabili non abbiano assunto il comportamento "migliore" ma, al contrario, tra tutte le condotte possibili da tenere hanno consapevolmente posto in essere l'unica sicuramente foriera di danno economico per l'ente pubblico.

LIBRI

Disponibile in E-BOOK



Wolters Kluwer,  
novembre 2016  
pagg. 634, Euro 18  
Codice e-book: 00201603  
ISBN (ebook):  
978-88-217-5720-4

**Per informazioni e acquisti**  
• On line [www.shopwki.it](http://www.shopwki.it)  
• Servizio Informazioni Commerciali  
(tel. 02.82476794  
fax 02.82476403)  
• Agente di zona  
• Librerie professionali

**COLLANA:** Pubblica amministrazione ed Enti locali

## LO SPORTELLO UNICO PER LE ATTIVITÀ PRODUTTIVE

Gestione del procedimento con la nuova conferenza di servizi e con la nuova Scia - Progettazione del servizio e Controllo di gestione

di Claudio Facchini

Il volume sviluppa, approfondendolo, il tema dello **Sportello unico per le attività produttive - SUAP**, quale strumento di semplificazione amministrativa delle **politiche di sviluppo locale - procedimento unico**, nonché occasione per consolidare il **ruolo del comune**, soggetto attivo nella regia dello sviluppo economico locale. Il contesto è quello dell'economia globale, nel quale anche amministratori e funzionari dei comuni devono assumere questa dimensione come punto di riferimento della loro azione, con la finalità di portare a sistema una serie di interventi che, fino ad oggi, sono stati realizzati in modo frammentato e che invece vanno organicamente collocati all'interno di **politiche economiche locali strutturate**. L'analisi della disciplina del **SUAP** fornisce un valido supporto per fronteggiare nuove sfide, come l'**autogoverno competitivo dei sistemi locali, tanto da trasformare, attraverso il processo di semplificazione, la P.A. da vincolo a fattore di promozione**.

**Offre** al contempo una serie di **spunti operativi sulle modalità attraverso le quali guidare la trasformazione, sulla possibilità da parte dei comuni di affermare una propria identità con le mode- ste risorse a disposizione, sulla forma-**

**zione delle nuove professionalità capaci di guardare e guidare il sistema nel suo insieme e sul come investire sulle risorse immateriali:** formazione, creazione di infrastrutture, gestione dell'immigrazione. Gli operatori dei comuni e delle pubbliche amministrazioni coinvolte nel procedimento unico potranno, in sintesi, trovare **strumenti operativi di lavoro efficaci e flessibili**, quali l'elenco dei **procedimenti rivolti alle imprese** di competenza dei comuni, da pubblicarsi sul **sito web**; le informazioni che il **SUAP deve fornire agli utenti**; l'analisi e le indicazioni fondamentali fornite dalla **giurisprudenza**; **l'evoluzione della disciplina dello Sportello unico** e le **normative regionali**; lo **Sportello unico telematico**; le **metodologie di controllo della gestione e modelli organizzativi**; la **misurazione degli oneri amministrativi** che gravano sulle imprese e gli **strumenti per la riduzione della burocrazia**.

In evidenza, inoltre, tematiche contigue quali la **Scia**, la **conferenza di servizi**, la **Direttiva servizi**, l'**autorizzazione paesaggistica**.

La **riflessione teorica** è accompagnata dall'esposizione di **numeroso esperienze pratiche** che forniscono interessanti spunti applicativi.