

ADL

ARGOMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO

FONDATI DA MATTIA PERSIANI

DIRETTI DA

Mattia Persiani e Franco Carinci

4-5/2014

**Il processo di “aziendalizzazione” della contrattazione collettiva
Contratto di lavoro e organizzazione al tempo del post-fordismo
Il trattamento retributivo degli avvocati dipendenti da soggetti pubblici
Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?
Prospettive di politica e diritto del lavoro: cresce la flessibilità,
ma non solo (prime riflessioni su *Jobs act* e dintorni)
Le modifiche ai contratti di solidarietà apportate dal d.l. n. 34 del 2014
Stress lavoro-correlato e responsabilità risarcitoria del datore di lavoro
Mansioni esigibili ed equivalenza professionale nel lavoro pubblico e
privato: ipotesi di “*cross fertilization*”
Politiche del lavoro del Governo Renzi. Tra art. 18
e contratto a termine “*acausale*”**

Natura delle somministrazioni per i «pensionati» e intangibilità dei diritti «quesiti» - Tutela antidiscriminatoria e affiliazione sindacale: una possibile lettura “multilivello” - Incarichi di direzione di struttura sanitaria complessa e tutela risarcitoria prima della l. n. 189 del 2012 (“ *riforma Balduzzi*”) - Licenziamento disciplinare: mancanza di contestazione, difetto di motivazione e nuovo art. 18 Stat. Lav. - Automaticità delle prestazioni e lavoro parasubordinato - Legge n. 92 del 2012 ed errore nella scelta del rito - Organizzazioni di tendenza e tutela reale - Esclusione e licenziamento del socio lavoratore di cooperativa - “Neutralità” delle mansioni superiori di fatto svolte dal pubblico dipendente ai fini del calcolo dell’indennità di buonuscita - Applicabilità ai licenziamenti collettivi del rito Fornero e delle tutele previste dall’art. 18 Stat. Lav. - Diritto alle ferie: dalla protezione della salute alla realizzazione delle esigenze della vita non lavorativa della persona

www.edicolaprofessionale.com/ADL



Wolters Kluwer
Italia

CEDAM

Cass., Sez. Lav., 26 marzo 2014, n. 7107 – Pres. Stile – Est. Balestrieri – P.G.C. c. A.U.S.L. Frosinone

Lavoro pubblico (rapporto) – Dirigenti – Sanità – Conferimento dell'incarico di secondo livello – Natura non concorsuale – Inapplicabilità della l. n. 241 del 1990 – Inosservanza delle regole di correttezza e buona fede – Tutela risarcitoria – Sussiste.

Il conferimento dell'incarico di secondo livello del ruolo sanitario, ai sensi del d.lgs. n. 502 del 1992, art. 15, comma 3, non ha carattere concorsuale, essendo demandato ad apposita commissione solo il compito di predisporre un elenco di candidati idonei da sottoporre al direttore generale, il cui atto di conferimento ha natura negoziale di diritto privato che si fonda su una scelta di carattere essenzialmente fiduciario, affidata alla sua responsabilità manageriale. Ne consegue l'inapplicabilità della l. n. 241 del 1990 e l'insussistenza di alcun obbligo motivazionale da parte del direttore generale, la cui scelta è sindacabile solo sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede che consente di valutare l'atto rispetto ai principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Le conseguenze dell'inosservanza di tali regole sono unicamente risarcitorie, in quanto, trattandosi di scelta fiduciaria e discrezionale, e non di attività vincolata, ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001, il giudice ordinario non può emettere una pronuncia costitutiva del rapporto di pubblico impiego contrattualizzato.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 6 giugno 2005, il Tribunale di Cassino respingeva la domanda avanzata da P.G.C. nei confronti dell'azienda sanitaria locale Frosinone ed U.E., compensando interamente le spese di lite.

Nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, il P. aveva prospettato: - di essere dirigente medico di secondo livello presso l'ospedale di (*Omissis*) fin dal 22 giugno 1999 con funzioni dirigenziali anche del Pronto Soccorso con annessa astanteria - osservazione breve del presidio di (*Omissis*); - di aver partecipato alla procedura selettiva indetta dalla A.S.L. di FROSINONE con avviso 20 giugno 2000 per il conferimento dell'incarico quinquennale di dirigente medico di secondo livello per il medesimo posto già ricoperto; - di essere stati individuati, a conclusione della procedura, previa valutazione dei curricula ("tenuto conto delle specificità del posto da ricoprire") e successivo svolgimento di un colloquio, tre candidati ritenuti idonei, compreso il ricorrente stesso; - di essere stato poi conferito l'incarico ad U.E. con provvedimento n. 783/03 del Direttore Generale della A.S.L. di Frosinone, nonostante che al colloquio costui avesse riportato una valutazione complessiva di discreto e non quella superiore di buono, ottenuta invece da esso ricorrente, e senza svolgere compiti connotati da autonomia gestionale o da responsabilità diretta nell'impiego delle risorse; - di doversi pertanto considerare illegittimo tale provvedimento di nomina poiché adottato in palese difformità rispetto alle ri-

sultanze e valutazioni emerse in sede di selezione e comunque senza tener conto della capacità professionale e della idoneità dirigenziale degli idonei quali il ricorrente stesso; - di doversi considerare illegittimo altresì il provvedimento di nomina, perché privo di motivazione L. n. 241 de 1990, ex art. 3, essendo rimaste ingiustificate le ragioni della scelta operata in favore dell' U., scelta peraltro deliberata in contrasto con il parere espresso dalla "Commissione Affermativa" di cui al D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15; - di essere stato comunque ingiustamente pretermesso dall'incarico con grave danno della sua stessa professionalità rispetto sia alla continuità delle funzioni fino a quel momento svolte sia al buon funzionamento della gestione e del servizio di Pronto Soccorso di (*Omissis*). Chiedeva quindi l'annullamento e/o la disapplicazione della Delib. ASL n. 783 del 2003 sopra menzionata.

Costituitisi nel giudizio di primo grado, i convenuti ASL ed U. E. avevano contestato la fondatezza della domanda sostenendo l'assoluta legittimità dell'operato della amministrazione, posto che per il D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15 (come novellato dal D.Lgs. n. 511 del 1993) la nomina del dirigente di struttura complessa avviene ad opera del Direttore Generale sulla base del parere espresso da apposita Commissione (avente il compito di stilare non una graduatoria ma un semplice elenco degli idonei previo colloquio e valutazione del *curriculum* professionale degli aspiranti stessi), e secondo un'autonoma e responsabile decisione del Direttore Generale stesso, improntata all'*intuitu personae* e quindi non soggetta all'onere di motivazione e non necessariamente frutto di una analitica e comparativa valutazione dei titoli degli aspiranti, essendo configurabile solo un onere di scelta tra gli aspiranti ritenuti idonei all'incarico da espletare.

Respinta la domanda cautelare spiegata dal ricorrente, il Tribunale di Cassino rigettava la domanda, compensando le spese.

Proponeva appello il P.; resistevano la ASL e l' U.

Con sentenza depositata il 26 febbraio 2007, la Corte d'appello di Roma respingeva il gravame compensando le spese.

Per la cassazione propone ricorso il P., affidato a tre motivi, poi illustrati con memoria.

Resiste la a.u.s.l. con controricorso, mentre l' U. è rimasto intimato.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con il primo motivo il ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15-*ter*, comma 2, e successive modificazioni ed integrazioni, anche in relazione all'art. 1175 c.c. (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3). Lamenta che la Corte territoriale ritenne che il citato art. 15-*ter*, comma 2 (secondo cui "l'attribuzione dell'incarico di direzione di struttura complessa è effettuata dal direttore generale previo avviso da pubblicare nella G.U. sulla base di una rosa di candidati idonei selezionata da apposita commissione"), attribuiva al direttore della a.s.l. un potere totalmente discrezionale, considerato il carattere fiduciario dell'incarico. Si duole che doveva invece ritenersi, sia in base ai generali principi di correttezza e buona fede cui è improntata l'esecuzione del contratto, sia in base alle valutazioni espresse dalla commissione di cui al citato art. 15-*ter* (che peraltro lo vedevano prevalere sul candidato U.), la sussistenza di un obbligo di motivare la scelta.

2. - Con il secondo motivo il ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1326 e seguenti c.c.; degli artt. 1362-1367 c.c. e dell'art. 1375 c.c., oltre ad omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo della controversia (art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5).

Lamenta di aver chiaramente lamentato, nel proprio atto di appello, l'omessa motivazione da parte del Giudice di primo grado circa un fatto decisivo ai fini del decidere, rinvenibile proprio nell'avviso pubblico del 20.6.2000, contenente gli estremi della procedura selettiva indetta dalla ASL di Frosinone ed, in particolare, l'obbligo – sussistente in capo al Direttore generale – di conferire l'incarico quinquennale a dirigente medico di secondo livello “con provvedimento motivato”. Era dunque proprio l'avviso pubblico del 20.6.2000 (già allegato al doc. n. 2 del fascicolo di primo grado ed anche in questa sede riprodotto), indipendentemente dall'interpretazione della legge, a vincolare in tal senso il Direttore generale, disponendo che “L'incarico verrà conferito dal direttore generale ai sensi delle disposizioni del D.Lgs. 19 giugno 1999, n. 229 con provvedimento motivato sulla base dell'elenco degli idonei predisposto dalla competente commissione”. Di analogo tenore era poi la Circolare del Ministero della Sanità n. 1221/96, parimenti ritualmente prodotta (doc. n. 2) che, proprio con riferimento agli incarichi di dirigente del ruolo secondario di 2° livello, da conferire D.Lgs. n. 502 del 1992, *ex art.* 15 aveva espressamente previsto che “Il direttore generale opererà la scelta del soggetto cui conferire l'incarico con provvedimento motivato”. Ne conseguiva la relativa autolimitazione dei poteri dell'amministrazione, nella specie non osservata, come stabilito dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 23549/06, Cass. n. 4462/04) e dal principio che nell'ambito di procedura concorsuale il principio di discrezionalità, discendente dalla natura fiduciaria dell'incarico da conferire, non potrebbe mai intendersi come arbitrarietà o scelta assolutamente immotivata. Lamenta che la Corte capitolina, limitandosi a richiamare talune decisioni del giudice amministrativo e la modifica dell'art. 15 ad opera del D.Lgs. n. 517 del 1993, art. 16, non aveva esaminato la documentazione rilevante nella specie (avviso pubblico del 20.6.00 e Circolare ministeriale n. 1221/96), oltre agli obblighi discendenti dai menzionati principi di correttezza e buona fede.

3. - Con il terzo motivo il ricorrente denuncia una omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo della controversia (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5).

Lamenta che dalla specifica documentazione di causa (compresi i verbali della Commissione di cui al citato art. 15-*ter*) emergeva con chiarezza l'obbligo di motivare la nomina, laddove la Corte di merito si era limitata a sostenerne la discrezionalità sulla base del D.Lgs. n. 517 del 1993 e della connessa assunzione di responsabilità da parte del direttore generale (peraltro nella specie commissario straordinario) tenuto ad esaminare gli atti della citata Commissione.

4. - I motivi, che per la loro connessione possono essere congiuntamente esaminati, sono infondati.

4.1 - Seppure possa infatti, in via generale, affermarsi che, nell'ambito di procedura concorsuale, anche laddove non esista un preciso obbligo di motivazione, per i principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), la scelta, pur rimessa alla discrezionalità dell'organo competente, debba essere motivata, si osserva che secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte il conferimento dell'incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario, ai sensi del D.Lgs. 20 dicembre 1992, n. 502, art. 15, comma 3, come modificato dal D.Lgs. n. 517 del 1993, art. 16, non ha natura concorsuale, essendo demandato ad apposita commissione solo il compito di predisporre un elenco di candidati idonei da sottoporre al direttore generale, il cui atto di conferimento ha natura negoziale di diritto privato che si fonda su una scelta di carattere essenzialmente fiduciario ad opera dell'organo preposto, affidata alla sua responsabilità manageriale, garanzia sufficiente al rispetto dei principi dell'ordinamento in materia (Cass. n. 25314 del 01.12.2009; Cass. n. 17852 del 31.07.2009; Cass. n. 11009 del 13.05.2009; Cass. sez. un. 8 novembre 2005 n. 21593). Ne consegue altresì l'inapplicabi-

lità della normativa di cui alla L. n. 241 del 1990 (nella specie pure invocata dal ricorrente) che riguarda unicamente la materia dei procedimenti amministrativi il cui atto costitutivo ha natura autoritativa, e l'insussistenza di alcun obbligo motivazionale da parte del direttore generale, la cui scelta è sindacabile solo sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede che consente di valutare l'atto rispetto ai principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 cost. (Cass. 31.7.09 n. 17852). Né può attribuirsi rilievo, ai fini del riconoscimento della natura concorsuale della procedura di cui si tratta, alla circostanza che del conferimento dell'incarico debba essere dato preventivo avviso da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, avendo detto avviso la sola funzione di ampliare il campo dei soggetti tra i quali il Direttore Sanitario o Generale deve operare la scelta (Cass. n. 23549/06).

4.2 - In base al medesimo principio questa Corte ha rilevato l'inesistenza di un dovere di motivazione comparativa tra i diversi aspiranti, e che l'eventuale inosservanza, in detta valutazione, dei doveri di correttezza e buona fede, mentre può giustificare una pretesa risarcitoria (Cass. n. 28714 del 03/12/2008) dei candidati non prescelti (anche per perdita di chances), non può giustificare l'annullamento dell'atto di conferimento dell'incarico, non esistendo un principio generale secondo il quale la violazione dei suddetti principi comporti di per sé la nullità o l'annullabilità dell'atto (Cass. n. 25314 del 01/12/2009).

4.3 - Deve tuttavia rilevarsi che, secondo i principi, anche nell'ambito del lavoro pubblico contrattualizzato, operano le ordinarie garanzie a tutela del lavoro che, tra l'altro, vietano pratiche discriminatorie, sicché il dirigente, al quale sia stato preferito altro candidato, può dolersi del carattere discriminatorio della scelta del direttore generale o, ancora più in generale, della violazione del canone di correttezza e buona fede che presidia ogni rapporto obbligatorio contrattuale *ex artt.* 1175 e 1375 cod. civ. (Cass. sez. un. n. 5457 del 06.03.2009).

A maggior ragione rileva il caso in cui, nell'ambito dei principi privatistici, l'amministrazione, in particolare attraverso l'avviso pubblico del 20.6.00 e la Circolare ministeriale n. 1221/96, si sia (o risulti) vincolata al rispetto di una determinata procedura, ed in particolare all'obbligo di motivazione della scelta. Nel caso di specie tali circostanze sono pacifiche (cfr. pag. 12 controricorso) e comunque già oggetto di verifica da parte di questa Corte in analoga controversia (Cass. 3.11.06 n. 23549).

4.4 - Le conseguenze, tuttavia, non sono quelle richieste dal P. (accertamento del proprio diritto all'incarico, cfr. conclusioni riportate dalla sentenza impugnata), bensì unicamente risarcitorie, nella specie non richieste.

Come osservato dalla menzionata Cass. 3.11.06 n. 23549, è ben vero che il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, riconosce al giudice ordinario il potere di emettere sentenze di accertamento, di condanna e costitutive nei confronti della pubblica amministrazione, ma ciò, secondo la natura dell'atto, la cui illegittimità viene sanzionata.

In sostanza il giudice ordinario può emettere una pronuncia costitutiva del rapporto di pubblico impiego contrattualizzato solo ove si tratti di attività vincolata e non discrezionale (cfr. già Cass. 14 settembre 2005 n. 18198), mentre nel caso di specie trattasi di scelta fiduciaria.

5. - Il ricorso va pertanto rigettato.
(*Omissis*)

MARINA NICOLOSI

Ricercatore dell'Università di Palermo

INCARICHI DI DIREZIONE DI STRUTTURA SANITARIA
COMPLESSA E TUTELA RISARCITORIA PRIMA
DELLA L. N. 189 DEL 2012 (“RIFORMA BALDUZZI”)

SOMMARIO: 1. La specialità della dirigenza sanitaria: funzioni e fonti della disciplina del rapporto di lavoro. – 2. L'atto di incarico di direzione di struttura sanitaria complessa: violazione dei criteri di attribuzione e tutela risarcitoria. – 3. Il conferimento degli incarichi dirigenziali nel d.lgs. n. 165 del 2001, dopo il d.lgs. n. 150 del 2009 (cosiddetta riforma Brunetta). – 4. Mancato rinnovo *ad nutum* e rimedi. – 5. Gli incarichi di direzione di struttura complessa nella l. n. 188 del 2012 (cosiddetta riforma Balduzzi).

1. – La questione dell'assegnazione degli incarichi dirigenziali di struttura complessa nel comparto Sanità e delle forme di tutela accordate dalla giurisprudenza ha assunto nel tempo un ruolo paradigmatico dei noti tratti di specialità che caratterizzano la dirigenza sanitaria rispetto alle “altre dirigenze”⁽¹⁾.

Le cause di tale specialità ed i tratti caratteristici della stessa sono storia nota e sono stati ampiamente indagati dalla dottrina, che li ha efficacemente sintetizzati in due ordini di ragioni, collegate, per lo più, alle “peculiarità delle funzioni svolte e della varietà delle discipline di riferimento”⁽²⁾.

Quanto al primo aspetto, l'elevata tecnicità della prestazione di lavoro richiesta al dirigente medico, rispetto a tutte le altre dirigenze, ha tradizionalmente condizionato il peculiare inquadramento giuridico della categoria medica, a cui viene richiesto un equilibrato dosaggio di prestazioni tecniche e funzioni gestionali, tipiche del manager privato, alle quali sono in-

⁽¹⁾ E.N. FRAGALE, *La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi*, in *Ist. Federalismo*, 2013, pag. 551 e segg. e P. LAMBERTUCCI, *Dirigenza sanitaria, responsabilità dirigenziale e gestione delle risorse umane: brevi appunti*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2006, pag. 826 e segg. In generale, sul pluralismo dei modelli di dirigenza delle diverse amministrazioni, G. NICOSIA, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la “buona” amministrazione*, in *http: WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” IT – 81/2008*, spec. pag. 26, ma nello stesso senso già F. CARINCI, *Il lento tramonto del modello unico ministeriale: dalla “dirigenza” alle “dirigenze”*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2004, pag. 833 e segg.; C. ZOLI, *La dirigenza pubblica tra autonomie e responsabilità: l'attribuzione degli incarichi*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2005, pag. 263 e segg., spec. pag. 286; M. RUSCIANO, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità del dirigente pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, pag. 387 e segg.

⁽²⁾ M.N. BETTINI, *Dirigenza sanitaria e disciplina di conferimento degli incarichi*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2008, pag. 555 e segg.

timamente connesse l'efficienza, la produttività e, più in generale, la *performance* dell'azienda sanitaria ⁽³⁾.

Quest'ultima assume un ruolo centrale nella ricostruzione del rapporto di lavoro della dirigenza sanitaria, che insieme ad essa è stata profondamente attraversata, nel corso degli ultimi vent'anni, da un processo di privatizzazione che si è, da un lato affiancato, dall'altro contraddistinto, rispetto al parallelo percorso di privatizzazione del lavoro pubblico, in generale ⁽⁴⁾.

La cosiddetta aziendalizzazione ⁽⁵⁾ delle strutture sanitarie, avviata con il d.lgs. n. 502 del 1992, nel tentativo di allontanare la "gestione" della sanità pubblica dalle logiche di tipo politico, ha collocato al centro dell'organizzazione del servizio pubblico l'atto aziendale ⁽⁶⁾, atto di diritto privato, prettamente imprenditoriale, nonché strumento di autogoverno adottato dal direttore generale, quale figura tecnica di vertice, cui è affidata dal-

⁽³⁾ F. LUNARDON, *La dirigenza sanitaria*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, pag. 325 e segg.; A. PIOGGIA, *Direzione e dirigenza nelle aziende sanitarie. Una analisi della distribuzione del potere decisionale alla luce degli atti aziendali*, in *San. Pubbl. Priv.*, 2008, pag. 5 e segg.; F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Milano, 2005; C. BOTTARI, P. TULLINI (a cura di), *La dirigenza sanitaria. Amministrativisti e lavoristi a confronto*, Rimini, 2004; R. BALDUZZI, G. DI GASPARE (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la Riforma del Titolo V*, Milano, 2002.

⁽⁴⁾ A. BOSCATI, *Norma transitoria. Norme per la dirigenza del Servizio sanitario nazionale*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, vol. II, in F. Carinci (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, Torino, 2004, pag. 1010; M.N. BETTINI, *Dirigenza sanitaria e disciplina di conferimento degli incarichi*, op. cit., pag. 563; O. MAZZOTTA, *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2003, pag. 471 e segg., che sottolinea come la privatizzazione del settore sanitario sia stata costantemente "onerata" del difficile compito di "mantenere in equilibrio le esigenze pubbliche, connesse alla valorizzazione e protezione del diritto alla salute, con le regole efficientistiche, che devono governare la concreta gestione del servizio sanitario".

⁽⁵⁾ Il comparto sanità è stato il primo a sperimentare il modello privatistico, attraverso la trasformazione delle Unità sanitarie locali, disciplinate dalla l. n. 833 del 1978 come strutture comunali, prive di personalità giuridica, di patrimonio e di autonomi poteri organizzativi e gestionali, in aziende con personalità giuridica di diritto pubblico, dotate di estesa autonomia imprenditoriale, sia pure nell'ambito delle funzioni di controllo e di indirizzo delle Regioni. Per l'evoluzione storica della privatizzazione della funzione sanitaria, R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007. Sul ruolo della regione nell'erogazione del servizio sanitario, dopo la riforma costituzionale del 2000, G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Rimini, 2005; C.E. GALLO, *Federalismo in materia sanitaria: i rapporti tra gli organi di vertice e la dirigenza medico-sanitaria*, in C. BOTTARI, P. TULLINI (a cura di), *La dirigenza sanitaria. Amministrativisti e lavoristi a confronto*, op. cit., pag. 37; L. ZOPPOLI, *La riforma del titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i pezzi di un difficile puzzle?*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2002, pag. 149 e segg.

⁽⁶⁾ O. MAZZOTTA, *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, op. cit., pagg. 473-484; A. PERRELLA, *Funzione ed evoluzione dell'atto aziendale di diritto privato nelle aziende sanitarie locali*, in *Organizzazione sanitaria*, 2001, pag. 42 e segg.; F.C. RAMPULLA, L.P. TRONCONI, *L'atto aziendale di organizzazione delle aziende sanitarie*, in *San. Pubbl.*, 2002, pag. 329.

l'organo politico – la regione – la complessiva gestione dell'azienda sanitaria (art. 3, d.lgs. n. 502 del 1992) ⁽⁷⁾.

È con l'atto aziendale, invero, che il direttore generale individua le articolazioni interne (dipartimenti, unità operative semplici e complesse) dell'amministrazione sanitaria, nel rispetto dei principi e dei criteri previsti dalle leggi regionali (art. 3, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 502 del 1992, dopo il d.lgs. n. 168 del 2000), attribuendone, altresì, la concreta gestione ai dirigenti del ruolo medico ⁽⁸⁾.

La centralità dell'atto aziendale come atto privatistico di carattere organizzativo della struttura aziendale incide ed influenza il secondo tratto caratterizzante la specialità della dirigenza sanitaria, quello cioè relativo al sistema delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro.

La dirigenza sanitaria, infatti, soggiace ad un complesso di regole risultante dal coordinamento tra la disciplina generale contenuta nel capo del d.lgs. n. 165 del 2001 ⁽⁹⁾ e quella speciale di cui al ricordato d.lgs. n. 502 del 1992. Tale coordinamento discende dall'art. 27 d.lgs. n. 165 del 2001, che obbliga le amministrazioni pubbliche ad adeguare i propri ordinamenti ai principi di cui al capo II, ivi comprese, ai sensi dell'art. 1 del medesimo decreto, le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale; e dall'art. 15 del d.lgs. n. 502 del 1992, secondo cui “la dirigenza sanitaria è disciplinata dal d.lgs. n. 29 del 1993, e successive modificazioni, salvo quanto previsto dal presente decreto”.

In virtù del rapporto di genere a specie, tra le due discipline opera un nesso secondo il quale il capo II del d.lgs. n. 165 del 2001 funge da “cornice generale del sistema ed altresì come un ‘magazzino di principi’ cui attingere in presenza di lacune della disciplina speciale del comparto sanitario” ⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ F. LUNARDON, *La dirigenza sanitaria*, op. cit., pag. 343.

⁽⁸⁾ M.N. BETTINI, *Dirigenza sanitaria e disciplina di conferimento degli incarichi*, op. cit., pag. 566, secondo cui, in sintesi, l'atto aziendale determina, per ciascuna azienda sanitaria, le regole organizzative, il riparto delle competenze e la missione dell'azienda ed articola l'attribuzione delle responsabilità, secondo le caratteristiche di ciascuna struttura e le capacità di ciascun dirigente. Attraverso tale atto, in sostanza, la direzione aziendale fissa le funzioni di rilievo, ovvero, individua lo scopo, stabilisce la missione dell'azienda, articola le funzioni, distinguendole tra funzioni di *staff* e di *line*, dispone le dotazione organiche e patrimoniali, le strategie dell'azienda nei confronti dell'esterno (utenza, fornitori, istituzioni e parti sociali), nonché i percorsi di sperimentazione e di ricerca.

⁽⁹⁾ Su cui, in generale, tra le opere monografiche più recenti, A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli, 2000; A. BOSCATI, *Il dirigente dello Stato*, Milano, 2006; D. MEZZACAPO, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, Napoli, 2010.

⁽¹⁰⁾ O. MAZZOTTA, *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, op. cit., pag. 476; M.N. BETTINI, *Dirigenza sanitaria e disciplina di conferimento degli incarichi*, op. cit., pag. 568, che ricorda, come ulteriore collante tra le due aree legali, la direttiva della Presidenza del Consiglio

Il quadro normativo di riferimento si conclude con le regole poste dalla contrattazione collettiva, che suddivide i dirigenti del Servizio Sanitario Nazionale in due diverse aree contrattuali: l'Area III per la dirigenza dei ruoli sanitario, professionale, tecnico e amministrativo; e l'Area IV per la dirigenza medico veterinaria, che ricomprende i medici, i veterinari e gli odontoiatri ⁽¹¹⁾.

I due settori, quello generale, retto dal d.lgs. n. 165 del 2001, che disciplina la dirigenza di tutte le amministrazioni di cui all'art. 1, e quello speciale retto dal d.lgs. n. 502 del 1999, che disciplina la dirigenza sanitaria, sono sempre stati considerati molto lontani tra loro. Nel tempo però, tanto le continue riforme che hanno interessato la disciplina del rapporto di lavoro pubblico generale e, con interventi diversi, quello del comparto sanità, quanto le interpretazioni della giurisprudenza, hanno ridotto notevolmente alcune delle distanze che si erano originariamente registrate tra i due modelli di disciplina. Un apprezzabile allineamento, peraltro, risulta oggi, dopo l'ultima riforma del settore sanitario realizzata con il d.l. 13 settembre 2012, n. 158, conv. in l. 8 novembre 2012, n. 189 (cosiddetta riforma Balduzzi). La riforma sarà esaminata nell'ultimo paragrafo di questo lavoro, in quanto la sentenza in commento riguarda, invece, una questione ancora regolata dalla versione del d.lgs. n. 502 del 1992 antecedente al 2012.

dei ministri, n. 10 del 19 dicembre 2007, che contiene una "viva" raccomandazione rivolta alle amministrazioni sottoposte al d.lgs. n. 165 del 2001, affinché si tenga conto del suo contenuto nella materia dell'affidamento, mutamento e revoca degli incarichi di direzione di uffici dirigenziali. Nella giurisprudenza, la natura speciale della disciplina del comparto sanità, a cui le regole del d.lgs. n. 29 del 1993 si estendono solo compatibilmente con tale disciplina speciale, è riconosciuta da Corte cost. 30 luglio 1993, n. 359, in *Foro It.*, 1993, I, col. 3219. Optano invece per un rapporto "di genere a genere", sottolineando la profonda eterogeneità delle peculiarità che caratterizzano la disciplina della dirigenza sanitaria, L. TORCHIA, *La dirigenza del servizio sanitario nazionale*, op. cit., pag. 260; G. NICOSIA, *La dirigenza sanitaria tra regime generale e regime speciale*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2000, pag. 122; E. RAVERA, *La dirigenza medica dopo il D. lgs. 19 giugno 1999, n. 2999 (c.d. decreto Bindi)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2000, pag. 85.

⁽¹¹⁾ I relativi contratti sono stati stipulati il 3 novembre 2005, per il quadriennio 2002-2005. Per il secondo biennio economico (2004-2005) sono stati stipulati i c.c.n.l. del 5 luglio 2005. Il 17 ottobre 2008 sono stati stipulati quelli per il quadriennio 2006-2009. Il 6 maggio 2010, sono stati stipulati i c.c.n.l. per la sequenza contrattuale di cui al c.c.n.l. del 2008. Sulla contrattazione collettiva della dirigenza sanitaria, in generale, A. VALLEBONA, *La contrattazione collettiva della dirigenza medica e sanitaria*, in *Dir. Lav.*, 2003, I, pag. 61 e segg.; nonché, per l'analisi di alcuni di questi contratti, B. CIMINO, *I contratti collettivi per la dirigenza del servizio sanitario nazionale (quadriennio normativo 2002-05 e biennio economico 2002-03)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2005, pag. 948 e segg.; L. BROCCOLI, *I contratti collettivi relativi al personale del comparto sanità - Area IV della dirigenza medica e veterinaria (quadriennio normativo 2002-2005; bienni economici 2002-2003 e 2004-2005)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2007, pag. 1230 e segg.

2. – È osservazione condivisa quella secondo la quale le peculiarità del settore sanitario comportino (o discendano da) una significativa alterazione del rapporto di distinzione funzionale tra politica e amministrazione⁽¹²⁾, di cui, tradizionalmente, la disciplina del conferimento degli incarichi dirigenziali costituisce un importante banco di prova⁽¹³⁾. Nel settore sanitario, invero, l'aziendalizzazione delle Usl ed il federalismo hanno determinato un ridisegno complessivo del ruolo della dirigenza sanitaria e di quella medica, nell'ambito della prima. Le funzioni di indirizzo e controllo sono, in altri termini, riservate all'organo politico impersonato dalla regione; le funzioni di gestione sono riservate al direttore generale (art. 3, comma 1-*quater*, d.lgs. n. 502 del 1992). Questa è l'unica figura dirigenziale a contatto con l'organo politico: è nominato dalla giunta regionale attraverso un provvedimento di alta amministrazione, basato sulla valutazione discrezionale dei requisiti professionali e delle qualità tecniche tra coloro che abbiano fatto domanda⁽¹⁴⁾. Come prima ricordato, per l'organizzazione della struttura il direttore generale adotta l'atto aziendale di diritto privato, con cui definisce le strutture operative dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, qualificandole come semplici o come complesse e, conseguentemente, individua i compiti da affidare ai diversi direttori, "comprese, per i dirigenti di strutture complesse, le decisioni che impegnano l'azienda verso l'esterno, per l'attuazione degli obiettivi definiti nel piano programmatico e finanziario aziendale" (art. 15-*bis*, d.lgs. n. 502 del 1992).

L'atto aziendale, sotto il profilo che rileva in questa sede, assume così una posizione centrale, punto di snodo tra i diversi livelli di regolazione delle prestazioni sanitarie: esso si colloca "a valle dell'indicazione statutaria che fissa i livelli essenziali delle prestazioni del servizio sanitario, ai sensi

⁽¹²⁾ G. NICOSIA, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la "buona" amministrazione*, op. cit., pag. 27, che ritiene che i dubbi sulla stessa configurabilità fisiologica del principio di separazione tra indirizzo politico e gestione amministrativa, possano essere superati, collocando la sede delle scelte politiche nella regione. Sul punto, anche A. PIOGGIA, *Direzione e dirigenza nelle aziende sanitarie. Una analisi della distribuzione del potere decisionale alla luce degli atti aziendali*, in *Sanità Pubbl. Priv.*, pag. 5.

⁽¹³⁾ A. GARILLI, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, pag. 101 e segg., spec. pag. 116.

⁽¹⁴⁾ F. LUNARDON, *La dirigenza sanitaria*, op. cit., pag. 343; F. MARINELLI, L. SCARBI, *Dirigenza aree III e IV*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2005, pag. 579; M. SCROI, *La dirigenza del Servizio Sanitario Nazionale*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, op. cit., pag. 1011; L. TORCHIA, *La dirigenza del servizio sanitario nazionale*, in *Sanità Pubbl.*, 1997, pag. 261; R. FERRARA, *Organizzazione e principio di aziendalizzazione nel Servizio Sanitario Nazionale: spunti problematici*, in C. BOTTARI, P. TULLINI (a cura di), *La dirigenza sanitaria. Amministratori e lavoratori a confronto*, op. cit., pag. 67. Nella nota giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di *spoils system*, Corte cost. 16 giugno 2006, n. 233, in *Giur. Cost.*, 2006, pag. 7 e Corte cost. 23 marzo 2007, n. 104, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2007, pag. 496.

dell'art. 117 Cost.” e, all'interno di questi, “dell'attività di indirizzo svolta dalla legislazione regionale”; nonché “a monte dei poteri e delle attribuzioni della dirigenza sanitaria che vengono assegnati dal direttore generale”⁽¹⁵⁾.

La particolare posizione di quest'atto, che ha natura di atto di autonomia privata, libero, *ex art.* 41, comma 1, Cost., di definire tutti gli schemi organizzativi della struttura, ivi compresi i poteri e le attribuzioni della dirigenza, condiziona una prima differenza tra la dirigenza sanitaria e le dirigenze delle altre amministrazioni, nelle quali, di norma, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, l'individuazione degli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento dei relativi incarichi sono definiti attraverso atti organizzativi di natura pubblicistica che, pertanto, sono sottoposti al controllo del giudice amministrativo⁽¹⁶⁾. Il che determina tutta una serie di effetti a cascata sulla natura, sulle caratteristiche e sui rimedi contro l'illegittimità degli incarichi dirigenziali nella sanità. All'interno del settore sanitario, invero, il rapporto politica-amministrazione si risolve e si svolge in un unico momento che, secondo alcuni, si esaurisce nel rapporto tra la regione e il direttore generale, secondo altri, nel rapporto tra il direttore generale e la dirigenza sanitaria⁽¹⁷⁾. Per gli altri dirigenti (diversi cioè dalla dirigenza apicale), invece, il contatto con l'organizzazione assume carattere per così dire indiretto, e per altri versi recessivo rispetto agli aspetti professionali e tecnici dell'attività e della qualifica dirigenziale non apicale. Ciò spiega come mai, tradizionalmente, la qualifica dirigenziale al personale medico sia stata attribuita più per meccanismi emulativi degli inquadramenti dei ruoli delle altre amministrazioni che per le effettive caratteristiche delle mansioni e del rapporto di lavoro con l'amministrazione⁽¹⁸⁾.

Nel contesto appena tracciato si inserisce la figura del dirigente del ruolo medico con incarico direttivo, al quale è affidata la concreta gestione delle strutture e delle risorse, attraverso l'adozione dei singoli atti, nell'am-

⁽¹⁵⁾ F. LUNARDON, *La dirigenza sanitaria*, op. cit., pag. 343.

⁽¹⁶⁾ F. MARINELLI, L. SCARBI, *Dirigenza aree III e IV*, op. cit., pag. 568.

⁽¹⁷⁾ M. SCROI, *La dirigenza del Servizio Sanitario Nazionale*, op. cit., pag. 1011; *contra* O. MAZZOTTA, *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, op. cit., pag. 483, che esclude che fra i vari livelli della dirigenza sanitaria, a causa dell'autonomia che la legge conferisce alle singole posizioni dirigenziali (art. 15-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 502 del 1992), possa ipotizzarsi una sorta di supremazia gerarchica: per il settore sanitario, infatti, le prerogative manageriali sono affidate al direttore generale, mentre l'attività del dirigente medico si muove “nell'ambito, cioè, all'interno di tali prerogative”. Così ID., *Sui poteri del dirigente sanitario*, in *Ragiusan*, 2003, pag. 340.

⁽¹⁸⁾ M. SCROI, *La dirigenza del Servizio Sanitario Nazionale*, op. cit., pag. 1011; A. PIZZOFERRATO, *Inquadramento professionale e retribuzione dei dirigenti sanitari*, in C. BOTTARI, P. TULLINI (a cura di), *La dirigenza sanitaria*, op. cit., pag. 204, con riferimento anche a Corte cost. 6 febbraio 2002, n. 22, in *Giur. Cost.*, 2002, pag. 163 che sembrerebbe implicitamente ammettere la natura formale e convenzionale della qualifica dei dirigenti medici.

bito delle linee generali delineate dall'organo di vertice e, cioè, all'interno della cornice delle prerogative imprenditoriali del direttore generale. Per tale personale, infatti, si pone una delle questioni più dibattute in giurisprudenza, quella dell'attribuzione dell'incarico di struttura complessa, che costituisce una tra le tipologie di incarico alla quale accede la dirigenza medica una volta che, superato il concorso di assunzione (art. 15, comma 7, d.lgs. n. 502 del 1992), essa venga incardinata nel ruolo unico dell'amministrazione di appartenenza⁽¹⁹⁾.

Anche per questa tipologia di incarico, in linea di massima, possono essere richiamate le riflessioni della dottrina in materia di conferimento di incarico dirigenziale di cui al d.lgs. n. 165 del 2001. Come si accennava, infatti, tale affidamento, unitamente alla procedura da seguire ed ai criteri da osservare, rappresenta uno dei momenti più delicati del rapporto di lavoro della dirigenza, in quanto è in questa fase che massimamente entrano in tensione i due profili della professionalità e della fiducia. È noto infatti che nella disciplina della scelta del dirigente, "l'elemento della professionalità dovrebbe svolgere il ruolo di fattore di condizionamento di un potere pur fondamentalmente libero"⁽²⁰⁾. Invero, secondo l'opinione dominante, almeno con riferimento alla dirigenza apicale, la distinzione funzionale tra politica ed amministrazione, introdotta dalla privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, contempla significativi profili di collegamento tra i due poli. Poiché, per la tesi prevalente, l'equilibrio per cui alla politica spetta il compito di indirizzare e di controllare l'attività di amministrazione concreta che viene affidata alla dirigenza in autonomia trova una sorta di momento di compensazione per via dell'influenza che la politica mantiene in ordine alla scelta e alla nomina degli alti dirigenti. In questo assetto, invero, la dottrina ha configurato tra i vertici politici e il dirigente, sul piano strutturale, "un rapporto di contiguità ed un legame *lato sensu* fiduciario"⁽²¹⁾. Un rapporto di contiguità che si ripresenta, sia pure in termini mediati, per la nomina della dirigenza di base, considerato che la sostan-

⁽¹⁹⁾ Secondo la contrattazione collettiva gli incarichi affidabili alla dirigenza medica e veterinaria appartengono a quattro diverse tipologie: incarichi di direzione di struttura complessa; incarichi di direzione di struttura semplice; incarichi di natura professionale anche di alta specializzazione, di consulenza, di studio, di ricerca, ispettivi, di verifica e di controllo; incarichi di natura professionale. Fino al d.lgs. n. 150 del 2009, che ha espropriato la contrattazione collettiva della competenza in materia di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali, alla contrattazione collettiva del comparto sanità erano demandati anche questi ulteriori ambiti di disciplina del rapporto di lavoro della dirigenza medica.

⁽²⁰⁾ A. CARILLI, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, op. cit., pag. 119.

⁽²¹⁾ Così S. BATTINI, voce *Dirigenza pubblica*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario diritto pubblico*, Milano, 2006, pag. 1859 e segg.

ziale riproposizione del medesimo meccanismo di assegnazione degli incarichi dirigenziali affidati dalla dirigenza apicale a quella di base, ha consentito agli organi politici di mantenere un controllo sulla nomina di tutti i dirigenti.

Nonostante le problematiche siano sostanzialmente analoghe, è vero che il settore sanitario, sul punto, ha tradizionalmente adottato una disciplina per il conferimento dell'incarico di direzione di struttura complessa peculiare. Nel tempo, tale disciplina ha progressivamente amplificato la fiduciarità della nomina, al fine di valorizzarne il legame con la responsabilità manageriale del direttore generale ⁽²²⁾. L'ampliamento della fiduciarità, però, si è tradotto in una frequente compressione della professionalità del dirigente aspirante all'incarico e ciò spiega il copioso contenzioso in materia.

Nella sua versione originaria, l'art. 15, comma 3, d.lgs. n. 502 del 1992 aveva previsto per i dirigenti di secondo livello ⁽²³⁾ un procedimento selettivo che contemplava la pubblicazione dell'avviso nella Gazzetta Ufficiale, la designazione di una commissione di esperti, la formazione di una graduatoria di merito, cui sarebbe seguita la designazione da parte del direttore generale.

Nella logica della valorizzazione e del potenziamento dell'ottica manageriale che aveva ispirato il d.lgs. n. 502 del 1992, con il d.lgs. n. 517 del 1993 (art. 16) il testo dell'art. 15 venne modificato, assumendo la versione che è rimasta in vigore per oltre vent'anni: la commissione non avrebbe più formato una graduatoria, ma sarebbe stata chiamata a valutare l'idoneità dei candidati allo svolgimento dell'incarico, fornendo una rosa da cui il direttore generale avrebbe attinto il nome del prescelto, con un potere essenzialmente discrezionale ed in virtù di una scelta esclusivamente fiduciaria.

La natura fiduciaria dell'incarico è stata ulteriormente rafforzata con la cosiddetta terza riforma del servizio sanitario (d.lgs. n. 229 del 1999), at-

⁽²²⁾ Nella versione del d.lgs. n. 502 del 1992, antecedente alla "riforma Balduzzi" ed al d.lgs. n. 150 del 2009, i criteri e le procedure per l'affidamento la conferma e la revoca degli incarichi dirigenziali erano stabiliti dalla contrattazione collettiva (art. 15, comma 1, d.lgs. n. 502 del 1992) che aveva introdotto sul punto un vero e proprio obbligo di concertazione (art. 28, comma 8, c.c.n.l. 1998-2001). Sicché l'attribuzione di incarico di direzione complessa era disciplinata dall'art. 15-*ter*; d.lgs. n. 502 del 1992, dall'art. 29, comma 1, del c.c.n.l. 1998-2001, che richiamava, altresì il D.P.R. n. 484 del 1997, che regola la composizione della commissione e la procedura di accertamento dell'idoneità.

⁽²³⁾ Con la riforma di cui al d.lgs. n. 229 del 1999, la distinzione interna al ruolo della dirigenza medica in due livelli è stata superata ed oggi l'art. 15, comma 1, stabilisce che, "fermo restando il principio dell'invarianza della spesa, la dirigenza sanitaria è collocata in un unico ruolo, distinto per profili professionali, ed in un unico livello, articolato in relazione alle diverse responsabilità professionali e gestionali".

traverso la modifica della composizione della commissione di esperti, che ha ampliato la componente direttamente designata dal direttore generale (art. 13, d.lgs. n. 229 del 1999 che è intervenuto direttamente nel d.lgs. n. 502 del 1992, modificando l'art. 15 e introducendo l'art. 15-ter).

L'impianto fiduciario e discrezionale dell'incarico è stato immediatamente avallato dalla primissima giurisprudenza espressasi sul punto, che ne ha giustificato la coerenza con la logica imprenditoriale e manageriale che aveva animato l'originaria versione del d.lgs. n. 502 del 1992⁽²⁴⁾. Tale logica non ha mai smesso di giustificare, anche nella giurisprudenza ordinaria, la natura fiduciaria e negoziale, cioè non provvedimentale, dell'incarico di direzione di struttura complessa⁽²⁵⁾. Da tale presupposto sono scaturiti nell'orientamento giurisprudenziale prevalente⁽²⁶⁾: la mancanza dell'obbligo di valutazione comparativa⁽²⁷⁾; l'inapplicabilità della l. n. 241 del

⁽²⁴⁾ Cons. Stato, Sez. VI, 10 giugno 2002, n. 3199, in *Foro Amm. CDS*, 2002, pag. 1454.

⁽²⁵⁾ Cass., Sez. Un., 11 giugno 2001, n. 7859, in *Foro It.*, 2002, I, col. 2968; Cass. 20 marzo 2004, n. 5659, in *Foro It.*, 2005, I, col. 1530; Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2002, n. 2954, in *Giur. It.*, I, pag. 1942; Cass., Sez. Un., 27 giugno 2003, n. 10288, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2003, pag. 1175, che sottrae l'incarico alla disciplina degli atti amministrativi, in quanto non compreso nella configurazione strutturale degli uffici pubblici, ma contemplato, piuttosto, nel piano di funzionamento degli apparati, e, quindi, nell'area delle capacità del diritto privato. L'incarico conferito, infatti, presuppone il disegno organizzativo degli uffici (definito nell'atto aziendale) ed appartiene al settore della gestione dei rapporti di lavoro. In dottrina, M.N. BERTINI, *Dirigenza sanitaria e disciplina di conferimento degli incarichi*, op. cit., pag. 581, per cui la scelta sottesa al conferimento dell'incarico in questione esula dai poteri di alta amministrazione, in quanto rispetto al dirigente medico non è ravvisabile lo stesso rapporto di immedesimazione organica nell'ufficio pubblico tipico delle posizioni dirigenziali, quale quella che, nella sanità, riveste il direttore generale, effettivamente onerato dall'espletamento di vere e proprie funzioni pubbliche.

⁽²⁶⁾ G. D'ALESSIO, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2001, pag. 57.

⁽²⁷⁾ Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2002, n. 2954, in *Giur. It., Mass.*, 2002; Trib. Benevento 31 gennaio 2003, in *Dir. Lav.*, 2004, pag. 162, con nota di G. TUSSINO, *Sulla natura dell'atto di conferimento di funzioni dirigenziali nella sanità pubblica*. Quest'ultima sentenza precisa – ma l'osservazione è dominante nella giurisprudenza – che, a mente dell'art. 8 del D.P.R. n. 484 del 1997, la Commissione esaminatrice non stila una graduatoria, e non attribuisce punteggi, ma si limita a verificare i presupposti necessari a valutare l'idoneità dei candidati, considerata *condicio sine qua non* per la futura nomina. Essa, semplicemente, predispone un elenco di candidati tutti idonei, perché in possesso dei requisiti di professionalità previsti dalla legge e delle capacità manageriali richieste dalla natura dell'incarico da conferire. Il parere, anche solo sulla idoneità dei candidati, della commissione, comunque, non è vincolante, in quanto il potere di nomina è esclusivamente del direttore generale, che è abilitato a discostarsi dalle risultanze della fase affidata alla commissione, sia pure nell'ambito della rosa di nomi che la commissione gli propone. Così anche Cass. 3 novembre 2006, n. 23549, in *Giust. Civ.*, 2007, pag. 2266; che esclude, altresì, che la natura concorsuale della selezione possa ricavarsi dalla necessaria pubblicazione del relativo avviso nella Gazzetta Ufficiale, "avendo detto avviso la sola funzione di ampliare il campo dei soggetti tra cui operare la scelta". Sulla natura non concorsuale della selezione *ex art. 15-ter*, d.lgs. n. 502 del 1992, anche Cass., Sez. Un., 8 novembre 2005, n. 21593, in *Giust. Civ., Mass.*, 2005, pag. 11; Cass. 13 maggio 2009, n. 11009, in

1990 e dunque l'assenza dell'obbligo di motivare il provvedimento; la giurisdizione del giudice ordinario⁽²⁸⁾, in quanto rimasta minoritaria la tesi che riconduceva l'attribuzione di incarico di direzione di struttura complessa nell'alveo delle procedure selettive finalizzate all'assunzione⁽²⁹⁾; l'obbligo, per l'amministrazione, di rispettare correttezza e buona fede nell'attribuzione dell'incarico⁽³⁰⁾, e di astenersi da pratiche discriminatorie⁽³¹⁾; il diritto per il candidato pretermesso, in caso di violazione dei predetti canoni di correttezza e buona fede, ad ottenere il risarcimento del danno, consistente anche nel danno da perdita di *chance*⁽³²⁾.

La situazione non sarebbe stata diversa qualora si fosse trattato, non di conferimento di primo incarico di direzione di struttura complessa, ma di mancato rinnovo di incarico naturalmente scaduto, in quanto sul punto, l'art. 15-ter, comma 2, d.lgs. n. 502 del 1992 si limitava a prevedere una mera facoltà di rinnovo, senza alcuna prescrizione procedurale.

La sentenza in epigrafe si colloca lungo il solco tracciato dalla giurisprudenza prevalente e riassume in maniera conforme i principi prima illustrati.

Si tratta di un caso classico di pretermissione di un dirigente medico di II livello da incarico quinquennale di direzione di struttura complessa. Lo stesso incarico, peraltro, era già stato ricoperto ed era scaduto naturalmente.

Sotto quest'ultimo profilo, quindi, la sentenza coniuga la tematica delle specificità del conferimento di incarico direttivo nella sanità con quella, ancora più complessa, del mancato rinnovo *ad nutum* di incarico dirigenziale già svolto.

La procedura selettiva in questione era stata indetta con avviso pubblico. Dopo il colloquio, preceduto dalla valutazione dei *curricula*, erano risultati tre idonei. All'esito della procedura, il direttore generale aveva conferito l'incarico ad uno degli idonei, senza motivare la scelta, in contrasto con il parere espresso dalla Commissione affermativa di cui all'art. 15 del d.lgs.

Giust. Civ., Mass., 2009, pag. 763; Cass. 31 luglio 2009, n. 17852, in *Giust. Civ., Mass.*, 2009, pag. 1247.

⁽²⁸⁾ Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2002, n. 2954, cit.; Trib. Benevento 31 gennaio 2003, cit.

⁽²⁹⁾ T.A.R. Trieste Friuli Venezia Giulia 10 maggio 1999, n. 601, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2002, pag. 1146; T.A.R. Toscana, sez. II, 27 settembre 2002, n. 6675, in *Foro Amm. TAR*, 2002, pag. 2858; T.A.R. Lazio 17 dicembre 2001, n. 11405, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, pag. 710 con nota di E.M. BARBIERI, *Le controversie sulla nomina dei dirigenti sanitari di secondo livello: un problema di giurisdizione*.

⁽³⁰⁾ Cass., Sez. Un., 11 giugno 2001, n. 7859, cit.

⁽³¹⁾ Cass., Sez. Un., 6 marzo 2009, n. 5457, in *Lav. Giur.*, 2009, pag. 709.

⁽³²⁾ Cass. 4 marzo 2004, n. 4462, in *Dir. Giust.*, 2004, 16, pag. 40; Cass. 1 dicembre 2009, n. 25314, in *Giust. Civ.*, 2010, pag. 1657.

n. 502 del 1992: il “perdente posto”, infatti, aveva riportato un giudizio superiore rispetto a quello del collega risultato vincitore. Il dirigente pretermesso e non confermato ricorreva quindi al Tribunale di Cassino, chiedendo di dichiararsi l’illegittimità del provvedimento di nomina, poiché adottato in difformità rispetto alle risultanze e valutazioni emerse in sede di selezione e, comunque, privo di motivazione, *ex art. 3, l. n. 241 del 1990*, e di disporre l’annullamento e/o la disapplicazione. Il Tribunale respingeva il ricorso, al pari della Corte d’appello di Roma.

In Cassazione la sentenza d’appello veniva impugnata per diversi motivi, essenzialmente riconducibili alla violazione dell’obbligo di motivazione del provvedimento di conferimento dell’incarico ⁽³³⁾.

La Corte riassume tutti i motivi e li ritiene infondati, ribadendo che il conferimento dell’incarico di dirigente di II livello del ruolo sanitario non ha natura concorsuale. All’apposita commissione *ex art. 15, comma 3, d.lgs. n. 502 del 1992*, è demandato solo il compito di predisporre un elenco di candidati idonei da sottoporre al direttore generale. L’atto di conferimento dell’incarico, di competenza di quest’ultimo, è atto di natura negoziale di diritto privato che si fonda su una scelta di carattere essenzialmente fiduciario, affidata alla sua responsabilità manageriale. Ne consegue l’inapplicabilità della l. n. 241 del 1990, che riguarda unicamente gli atti amministrativi, nonché l’insussistenza di un obbligo motivazionale del direttore generale, la cui scelta è sindacabile solo sotto il profilo della violazione delle regole della correttezza e della buona fede, che consentono di potere valutare l’atto di conferimento rispetto ai principi di imparzialità e di buon andamento *ex art. 97 Cost.* Detta inosservanza può al massimo giustificare una pretesa risarcitoria dei candidati non prescelti (anche per perdita di *chance*), ma giammai l’annullamento dell’atto di conferimento dell’incarico. La violazione di tali principi, infatti, non comporta di per sé la nullità o l’annullabilità dell’atto. Quest’ultimo, invero, può risultare sindacabile solo per il carattere discriminatorio della scelta, ovvero per violazione dei suddetti canoni di correttezza e buona fede, che presidiano ogni rapporto obbligatorio contrattuale *ex artt. 1175 e 1375 Cod. Civ.*

Ed è solo attraverso i canoni civilistici della correttezza e della buona

⁽³³⁾ Segnatamente, il ricorso denunciava la violazione dell’art. 15-*ter* comma 2, d.lgs. n. 502 del 1992, per avere la Corte d’appello ritenuto che tale articolo assegnasse un potere totalmente discrezionale al direttore della a.s.l., invece di ritenere che, in base alla correttezza ed alla buona fede, il provvedimento di nomina avrebbe dovuto essere motivato; la violazione degli artt. 1362-1367 e 1375 Cod. Civ., per non avere la Corte d’appello considerato che, tanto l’avviso pubblico, quanto la circolare del Ministero della Sanità n. 1221 del 1996, avevano limitato la discrezionalità dell’atto di nomina, vincolando il direttore generale a conferire l’incarico con provvedimento motivato.

fedele che, qualora l'amministrazione scelga di autovincolarsi, prevedendo obblighi procedurali ulteriori rispetto a quelli legali, la loro inosservanza può essere valutata in sede giurisdizionale. Si tratta dell'aspetto più interessante della sentenza, che si esprime così sull'operatività di fonti diverse dalla legge con le quali l'amministrazione adotti vincoli procedurali ulteriori rispetto a quelli legali. Nel caso di specie, tanto l'avviso pubblico, quanto la circolare del Ministero della Sanità del 10 maggio 1996, n. 1221 avevano, in effetti, introdotto un obbligo di motivazione della scelta del candidato, ma l'amministrazione non lo aveva osservato, e non aveva dunque motivato il provvedimento di affidamento dell'incarico.

Anche sotto questo profilo, la Corte si allinea alla tesi giurisprudenziale già espressa secondo cui, a causa della natura privatistica dell'incarico ed in assenza di una norma legale che ne prescriva la motivazione, "il sindacato giurisdizionale sulla scelta è limitato al controllo di legittimità sull'osservanza delle procedure previste: e cioè che vi sia stata previa pubblicità del posto da ricoprire, che la commissione sia correttamente composta, che vi sia stata la valutazione di idoneità della commissione e che la scelta sia avvenuta nell'ambito della rosa proposta". Qualora l'amministrazione si sia autolimitata imponendosi anche un obbligo di motivazione, "in tal caso, il sindacato giurisdizionale sarà esteso anche alla motivazione, ma limitatamente all'osservanza dei criteri di correttezza e buona fede". E, qualora la scelta sia immotivata, "contrariamente all'obbligo autoassuntosi", il provvedimento sarà illegittimo, ma le conseguenze di tale illegittimità non possono essere contenute in una sentenza costitutiva del rapporto di pubblico impiego privatizzato, trattandosi di scelta fiduciaria: esse, pertanto, possono essere solo risarcitorie ⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ Così anche Cass. 3 novembre 2006, n. 23549, cit., che realizza un parallelismo tra la dirigenza pubblica e quella privata. Anche nel settore privato, da cui esula l'obbligo di motivazione (a meno che esso non sia previsto dalla legge, come in alcuni casi nominati), può ben accadere che il datore di lavoro si autoimponga un obbligo di motivazione. In tal caso il sindacato giurisdizionale si estende alla motivazione, ma limitatamente all'osservanza dei criteri della correttezza e della buona fede e da questa violazione possono derivare solo conseguenze risarcitorie. Per una fattispecie diversa dagli incarichi dirigenziali in sanità, sulla possibilità che l'amministrazione possa autovincolarsi con ulteriori oneri previsti da fonti alternative alla legge (ad esempio contemplando un punteggio fisso che poi nei fatti non ha applicato) e che la violazione di tali oneri, se essi si traducono in un'attività vincolata e non discrezionale (come appunto l'attribuzione di un punteggio fisso), abiliti il controllo ed intervento giudiziario ad estendersi alla verifica della corretta applicazione della procedura, fino all'attribuzione del punteggio, Cass. 14 settembre 2005, n. 18198, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2006, pag. 1182, con nota di S. MENTO, *Bandi di concorso a punteggio vincolato, discrezionalità della commissione di esame e sindacato del giudice*. In tal caso, se da tale operazione consegue l'attribuzione della promozione, il giudice stesso, nell'accogliere la domanda di adempimento in forma specifica, deve provvedere anche all'assegnazione del posto in concorso.

Tanto con riferimento alla procedura di conferimento degli incarichi dirigenziali ed alle connesse tutele, quanto con riferimento alla questione del mancato rinnovo dell'incarico scaduto, le divergenze tra la disciplina generale della dirigenza e quella speciale della dirigenza sanitaria sono meno incisive di quanto si immagini e, comunque, esse sono destinate ad essere ridimensionate.

3. – Dopo il d.lgs. n. 150 del 2009, la disciplina generale del conferimento degli incarichi dirigenziali per le amministrazioni diverse dal Servizio Sanitario Nazionale, contenuta nel d.lgs. n. 165 del 2001 (sostanzialmente tarata sul modello della dirigenza ministeriale), risulta profondamente modificata. Secondo l'opinione dominante, rispetto al quadro legale sopra definito, a seguito degli interventi della “terza riforma del lavoro pubblico”⁽³⁵⁾, i due sistemi – il modello generale delle altre amministrazioni e quello speciale della dirigenza sanitaria – “sono andati divaricandosi nel diritto vivente a tal punto da condurre col tempo ad esiti interpretativi del tutto antitetici”⁽³⁶⁾.

Com'è noto, la direttiva dettata dalla legge delega n. 15 del 2009, in tema di dirigenza, richiedeva che il legislatore delegato assumesse una posizione sull'assetto delle relazioni tra politica ed amministrazione⁽³⁷⁾ (art. 6, comma 1, l. n. 15 del 2009), con l'obiettivo di “rafforzare il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza, nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia, regolando il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico degli organi di governo in ambito amministrativo”⁽³⁸⁾. In particolare, il Governo avrebbe dovuto “ridefinire i criteri di conferimento, mutamento o revoca degli incarichi dirigenziali adeguando la relativa disciplina ai principi di trasparenza e pubblicità ed ai principi desumibili anche dalla giurisprudenza costituzionale e delle giurisdizioni superiori”, segnatamente “escludendo la conferma dell'incarico dirigenziale ricoperto in caso di mancato

⁽³⁵⁾ A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013.

⁽³⁶⁾ E.N. FRAGALE, *La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi*, op. cit., pag. 557.

⁽³⁷⁾ Su cui, in generale, C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione?*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1994, pag. 151 e segg.

⁽³⁸⁾ Sul ruolo che tanto la delega quanto il d.lgs. n. 150 del 2009 attribuiscono alla giurisprudenza costituzionale, come criterio guida della legislazione, S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la « riforma Brunetta »: verso un equilibrio fra distinzione e fiducia?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, pag. 39.

raggiungimento dei risultati valutati sulla base dei criteri e degli obiettivi indicati al momento del conferimento dell'incarico, secondo i sistemi di valutazione adottati dall'amministrazione" (art. 6, comma 2, lett. h). Il decreto delegato interviene tanto sui criteri⁽³⁹⁾, quanto sulla procedura.

Con riferimento a quest'ultima, l'art. 40, d.lgs. n. 150 del 2009 ha introdotto due nuovi commi dell'art. 19, d.lgs. n. 165 del 2001, contrassegnati dai numeri 1-*bis* e 1-*ter*.

Il comma 1-*bis* disciplina, quindi per la prima volta, la procedura per il conferimento degli incarichi: le amministrazioni devono, in primo luogo, rendere conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione dirigenziale che si rendono disponibili. Inoltre, esse sono tenute a indicare "i criteri di scelta" cui si atterranno nella valutazione delle disponibilità manifestate dai dirigenti.

La disposizione ha presentato diversi punti critici, il primo dei quali riguarda il rispetto della delega. Si è ricordato sopra che la l. n. 15 del 2009 aveva imposto al Governo che la ridefinizione dei criteri di conferimento, mutamento o revoca degli incarichi dirigenziali, consentisse l'adeguamento della relativa disciplina ai principi di trasparenza e pubblicità ed ai "principi desumibili anche dalla giurisprudenza costituzionale e delle giurisdizioni superiori". Se il primo parametro di adeguamento appare rispettato, in quanto la preventiva comunicazione del numero e della tipologia dei posti che si rendono disponibili, unitamente al meccanismo di pubblicazione sul sito istituzionale, costituiscono strumenti adeguati a garantire sia la trasparenza del conferimento sia la sua pubblicità⁽⁴⁰⁾, la conformità della disposizione al secondo parametro suscita alcune perplessità. Non è stato tenuto in considerazione, infatti, l'orientamento della Corte di Cassazione che dall'applicazione delle clausole di buona fede e correttezza ha dedotto la necessità di una procedimentalizzazione dell'esercizio del potere di conferimento dell'incarico, che contempra l'obbligo di procedere a va-

⁽³⁹⁾ Ai sensi dell'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001, oggi sono presupposti oggettivi: la natura e le caratteristiche degli obiettivi prefissati, la complessità della struttura interessata; sono presupposti soggettivi: le attitudini e le capacità professionali del singolo dirigente, i risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di provenienza, la valutazione di tali risultati, le specifiche competenze organizzative possedute, le esperienze di direzione maturate all'estero sia nel settore privato, sia in quello pubblico, sempre che siano attinenti alla natura dell'incarico da conferire.

⁽⁴⁰⁾ Risultano così accolte le considerazioni della dottrina sul forte collegamento esistente tra trasparenza e verificabilità della scelta del dirigente ed adeguato bilanciamento tra valutazione fiduciaria e principi di buon andamento ed imparzialità: A. GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 2007, pag. 301 segg., spec. pag. 312.

lutazioni anche comparative, e di garantire ai dirigenti adeguate forme di partecipazione al procedimento, nonché di rendere esplicite le ragioni giustificatrici della scelta⁽⁴¹⁾. Sicché, al di là della previa pubblicità del numero e della tipologia dei posti disponibili e dei criteri che verranno adottati nella scelta, dal dato normativo non è al momento possibile dedurre nessun altro obbligo per le pubbliche amministrazioni che vada oltre la semplice valutazione delle candidature presentate e la esplicitazione delle ragioni dell'opzione per il dirigente ritenuto idoneo⁽⁴²⁾. Ciò ha alimentato letture della disposizione che hanno negato a carico dell'amministrazione obblighi di valutazione comparativa, con conseguente indicazione delle ragioni per cui il candidato prescelto sia risultato più idoneo rispetto agli altri resisi disponibili⁽⁴³⁾. Il che ha confermato il mantenimento della natura discrezionale del potere di nomina⁽⁴⁴⁾, cui corrisponde per il dirigente illegittimamente pretermesso il diritto al risarcimento del danno subito, ma non il diritto a quel determinato incarico, con conseguente condanna dell'amministrazione ad assegnarglielo⁽⁴⁵⁾.

(41) Cass. 4 aprile 2008, n. 9814, in *Foro It.*, 2009, I, col. 3074; Cass. 26 novembre 2008, n. 28274, in *Giust. Civ.*, 12, I, 2009, pag. 285; Cass. 30 dicembre 2009, n. 27888, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, pag. 1081; Cass. 12 ottobre 2010, n. 21088, in *Foro It.*, I, 2011, col. 804. Quanto al collegamento tra la giurisprudenza della Corte di Cassazione ed i principi elaborati dalla Corte Costituzionale, P. SORDI, *La giurisprudenza costituzionale sullo spoils system e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, I, 2009, pag. 77 e segg.

(42) In dottrina, sostiene l'obbligatorietà della valutazione comparativa L. MENGHINI, *Conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, pag. 629 e segg., spec. pag. 638.

(43) Così A. BOSCATI, *Il conferimento di incarichi dirigenziali e il nuovo sistema di accesso alla dirigenza*, in *Giur. It.*, 2010, pag. 2710 e segg., spec. pag. 2712; F. CARINCI, *Il dirigente privato e il dirigente pubblico privatizzato, i termini del raffronto*, in *Giur. It.*, 2010, pag. 2699 segg.

(44) G. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, pag. 11. In dottrina, che l'implementazione nella cornice legale della disciplina del conferimento dell'incarico dirigenziale di doveri ulteriori (l'obbligo di rendere conoscibili le posizioni disponibili ed i criteri di scelta, ad esempio, ovvero l'obbligo di acquisire la disponibilità degli interessati e di valutarla) consenta al pretermesso di ricorrere con maggiore successo alle clausole di correttezza e buona fede è opinione largamente condivisa: per tutti, D. MEZZACAPO, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, op. cit., pag. 131, che riconosce come, dopo il d.lgs. n. 150 del 2009, abbia assunto rilevanza giuridica l'interesse dell'aspirante all'incarico ad una corretta valutazione della propria posizione, senza potere pretendere, tuttavia, che tale valutazione si traduca altresì in una valutazione comparativa rispetto agli altri candidati. La mancata o inesatta valutazione della singola posizione, pertanto, potrebbe al limite condurre alla condanna dell'amministrazione alla ripetizione della procedura.

(45) A. BOSCATI, *Il conferimento di incarichi dirigenziali e il nuovo sistema di accesso alla dirigenza*, op. cit., pag. 2712. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Messina, 20 aprile 2011, in *Giust. Civ.*, 2012, I, pag. 237 che esplicitamente nega che l'obbligo di motivazione di cui al nuovo testo dell'art. 19, d.lgs. n. 165 del 2001, possa essere confuso con l'obbligo di valutazione comparativa. Fermo restando che la violazione del procedimento, ormai reso obbligatorio dalla disposizione, determina la nullità dell'incarico per violazione di norma imperativa.

Il nuovo dato normativo non ha però ostacolato la giurisprudenza di legittimità che, sia pure con riferimento a fattispecie regolate dal d.lgs. n. 165 del 2001, prima della riforma Brunetta, ha mantenuto la necessità della valutazione comparativa e l'obbligo di adeguata motivazione delle scelte⁽⁴⁶⁾.

Per la giurisprudenza, quindi, sussiste l'obbligo di motivazione, perfino comparativa (ora confermato anche dalla legge) per gli incarichi dirigenziali in generale. Nessun obbligo, nemmeno di motivazione, per gli incarichi di direzione di struttura complessa in sanità. Nessuna differenza, invece, per quanto riguarda i rimedi, in quanto in entrambi i casi la tutela sarebbe stata di carattere esclusivamente risarcitorio; ovvero, secondo una parte della dottrina, demolitoria dell'atto di conferimento illegittimo (per violazione di prescrizioni legali che regolano la procedura), con condanna dell'amministrazione a ripetere la selezione⁽⁴⁷⁾.

4. – Quanto al mancato rinnovo di incarico scaduto naturalmente, la disciplina per la dirigenza statale è contenuta nell'art. 19, comma 1-*ter* d.lgs. n. 165 del 2001 che era intervenuto su uno degli aspetti più critici della disciplina degli incarichi di funzioni dirigenziali.

È noto, infatti, che la valutazione dell'attività del dirigente, perno della privatizzazione del rapporto dirigenziale, ha costituito sin dalla seconda

Riconosce la nullità per la violazione del procedimento di conferimento di incarico dirigenziale ex art. 19, d.lgs. n. 165 del 2001, anche Trib. Roma 9 marzo 2011, in *Giust. Civ.*, 2011, I, pag. 2470. Entrambe le sentenze, tuttavia, escludono che tale nullità possa autorizzare l'adozione di una pronuncia costitutiva dell'incarico ex art. 2932 Cod. Civ., conformemente a Cass. 30 agosto 2010, n. 18857, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2010, pag. 943, con nota di C. DI NARDO, *La tutela del dirigente nel procedimento di conferimento degli incarichi dirigenziali dopo la riforma Brunetta*, Cass. 30 settembre 2009, n. 20979, in *Giust. Civ.*, 2010, I, pag. 2350; Cass. 26 novembre 2008, n. 28274, in *Giust. Civ.*, 2009, I, pag. 2850. Opta anche per la condanna alla ripetizione della procedura Cass. 22 dicembre 2004, n. 23760, in *Foro It.*, 2005, I, col. 3120.

⁽⁴⁶⁾ Cass. 17 aprile 2012, n. 5999, in *www.aranagenzia.it*, riportata anche da E.N. FRAGALE, *La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi*, op. cit., pag. 559; Cass. 12 ottobre 2010, n. 21088, cit. Quest'ultima sentenza va segnalata, in quanto realizza implicitamente una lieve apertura verso forme di tutela più ampie rispetto al mero diritto al risarcimento del danno. Invero, riconosciuto l'obbligo di valutazione comparativa, attraverso il canale interpretativo delle clausole della correttezza e della buona fede, ammette che la Corte territoriale – di cui la Corte di Cassazione cassa con rinvio la sentenza – ne nega di fatto l'applicazione, in quanto “il mero riscontro dell'accertamento delle capacità e delle attitudini del dirigente costituisce il presupposto del conferimento dell'incarico dirigenziale, ma di per sé, non realizza alcuna effettiva comparazione tra gli aspiranti”. Con ciò, la sentenza lascia sostanzialmente intendere che il giudice avrebbe dovuto spingersi oltre, e non limitarsi a dichiarare la legittimità del conferimento, una volta che aveva accertato che la ricorrente vantava titoli potiori.

⁽⁴⁷⁾ P. SORDI, *La giurisprudenza costituzionale sullo spoils system e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni*, op. cit., pag. 84. In giurisprudenza, Trib. Messina 8 maggio 2014, n. 804, inedita a quanto consta.

privatizzazione, “al tempo stesso forma di garanzia dell’autonomia della dirigenza e limite alla discrezionalità dei soggetti titolari del potere di nomina”. Solo se ancorata a parametri verificabili, la valutazione avrebbe bilanciato “l’ineliminabile momento fiduciario della preposizione all’ufficio”⁽⁴⁸⁾, in modo da impedire che la temporaneità degli incarichi si rivelasse uno strumento della politica per esercitare forme di indebita pressione nei confronti del titolare del potere di gestione amministrativa. Tuttavia, atteso che la revoca *ante tempus* era possibile solo in presenza di ragioni oggettive, tanto la scadenza dell’incarico quanto la riorganizzazione degli uffici hanno rappresentato tradizionalmente un momento di estrema debolezza per il dirigente, il quale, anche in presenza di una valutazione positiva della propria attività, non avrebbe potuto vantare il diritto allo stesso incarico ovvero ad un incarico dello stesso o di livello superiore⁽⁴⁹⁾. L’amministrazione, in altri termini, avrebbe potuto conferirgli qualsiasi incarico, diverso da quello scaduto, ovvero ancora in corso durante la riorganizzazione, senza doverlo giustificare, nonostante i relativi risultati fossero stati valutati positivamente. Sicché, secondo l’opinione dominante, il principio della temporaneità degli incarichi avrebbe generato, di fatto, ulteriori ipotesi di revoca, rispetto a quelle disciplinate in tema di responsabilità dirigenziale. La mancata conferma, in presenza di valutazione positiva dei risultati, peraltro, avrebbe potuto mascherare “una rimozione per motivi politici”, con ciò enfatizzando il profilo fiduciario della nomina, ed accentuando la dipendenza del dirigente dal vertice politico titolare del potere di rinnovo⁽⁵⁰⁾.

Così, molto opportunamente⁽⁵¹⁾, anche per dare piena attuazione al criterio della delega che imponeva il rafforzamento del “principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza”, nella sua versione originaria, l’art. 19, comma 1-*ter*, d.lgs. n. 165 del 2001, intro-

⁽⁴⁸⁾ A. BELLAVISTA, *Gli incarichi dirigenziali dopo la manovra Tremonti*, in *Lav. Giur.*, 2010, pag. 151 e segg., spec. pag. 155.

⁽⁴⁹⁾ A. GARILLI, *Profili dell’organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, op. cit., pag. 121.

⁽⁵⁰⁾ A. BELLAVISTA, *Gli incarichi dirigenziali dopo la manovra Tremonti*, op. cit., pag. 153.

⁽⁵¹⁾ Tra i rimedi teorizzati dalla dottrina, vanno segnalati il diritto alla conferma, in assenza di valutazione negativa, ovvero, l’assegnazione di altro incarico, ma solo con il consenso dell’interessato, sì da rendere gli stessi vertici politici più interessati al regolare funzionamento dei sistemi di valutazione della dirigenza, in modo da ottenere motivazioni oggettive per la mancata riassegnazione. Così, G. D’ALESSIO, *Le norme sulla dirigenza nel decreto legislativo di attuazione della legge delega n. 15 del 2009*, in *www.Astrid-online.it*, 2009, pag. 5; Id., *Il disegno della dirigenza*, in M. GENTILE (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato?*, Roma, 2009, pag. 64.

dotto dall'art. 40, d.lgs. n. 150 del 2009, aveva disposto a carico dell'amministrazione l'obbligo di idonea e motivata comunicazione, nonché di un preavviso congruo, qualora in dipendenza dei processi di riorganizzazione ovvero alla scadenza, ed in assenza di una valutazione negativa, non intendesse confermare l'incarico conferito al dirigente, cui, peraltro, avrebbe dovuto prospettare i posti disponibili per un nuovo incarico.

Malgrado la soluzione legislativa non avesse tenuto conto di più efficaci possibili rimedi, essa, secondo una parte della dottrina, aveva sostanzialmente introdotto una "regola implicita della continuità dell'incarico" ⁽⁵²⁾. In ogni caso, per quanto labile, la procedura descritta dal comma 1-ter, attraverso l'obbligo di idonea e motivata comunicazione, avrebbe comunque offerto al dirigente la possibilità di una risposta giudiziaria ⁽⁵³⁾.

A distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009, il comma 1-ter dell'art. 19, d.lgs. n. 165 del 2001, appena introdotto, è stato abrogato dall'art. 9, comma 32, d.l. n. 78 del 2010, convertito in l. n. 122 del 2010 (cosiddetta Manovra Tremonti). La disposizione ha previsto che "a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 che, alla scadenza di un incarico di livello dirigenziale, anche in dipendenza dei processi di riorganizzazione, non intendono, anche in assenza di una valutazione negativa, confermare l'incarico conferito al dirigente, conferiscono al medesimo dirigente un altro incarico, anche di valore economico inferiore. Non si applicano le eventuali disposizioni normative e contrattuali più favorevoli".

Oggi, pertanto, la revoca *ante tempus* dell'incarico è ammessa, sia in presenza di responsabilità dirigenziale, sia in presenza di ragioni oggettive, collegate a processi di riorganizzazione.

Alla scadenza naturale dell'incarico, invece, il dirigente che abbia ottenuto una valutazione positiva non vanta più il diritto alla comunicazione dell'intenzione di non confermare il precedente incarico: ha diritto ad un altro incarico, ma questo può anche essere di valore economico inferiore. Con ciò è stato restituito appieno il potere del vertice politico di non rinnovare l'incarico scaduto, ovvero travolto da processi (veri o fittizi) di riorganizzazione degli uffici, anche in presenza di valutazione positiva, senza ri-

⁽⁵²⁾ A. BOSCATI, *Il conferimento di incarichi dirigenziali e il nuovo sistema di accesso alla dirigenza*, op. cit., pag. 2712.

⁽⁵³⁾ A. GARILLI, *Il dirigente pubblico e il sistema di misurazione e valutazione della performance organizzativa della P.A.*, in *Giur. It.*, 2010, pag. 2717; A. BELLAVISTA, *Gli incarichi dirigenziali dopo la "manovra Tremonti"*, op. cit., pag. 153. Per le tutele offerte dalla giurisprudenza prima del d.lgs. n. 150 del 2009, in caso di riorganizzazione, con conseguente revoca anticipata dell'incarico, Trib. Roma 15 giugno 2009, in *Foro It.*, 2009, I, col. 3230.

spettare alcun limite, e senza fornire nessuna giustificazione e/o comunicazione.

Sotto lo specifico profilo del mancato rinnovo *ad nutum*, pertanto, disciplina generale e disciplina speciale per la dirigenza sanitaria, precedente al 2012, sembrano nei fatti convergere.

Per entrambe, peraltro, si pone il consueto dubbio di coerenza tra la disciplina positiva in tema di rinnovo di incarico scaduto ed i principi espressi dalla Corte costituzionale in ordine alla necessità del giusto procedimento in caso di interruzione del rapporto di ufficio del dirigente prima della scadenza del termine contrattualmente pattuito⁽⁵⁴⁾. Vero è che non esiste, al momento, nessuna pronuncia della Consulta che espressamente si sia occupata della scelta successiva alla scadenza dell'incarico. Tuttavia, secondo una tesi autorevolmente sostenuta, i principi elaborati dalla Corte in tema di *spoils system* gettano significative ombre di illegittimità costituzionale sull'assenza di garanzie analoghe a quelle riconosciute in tema di interruzione del rapporto dirigenziale prima della sua naturale scadenza, in caso di mancato rinnovo successivo alla conclusione dello stesso. Le due ipotesi, infatti presentano significative simmetrie, in quanto in entrambi i casi, sotto il profilo sostanziale, si realizza una rimozione automatica del dirigente dall'incarico, in assenza, cioè, di un'esplicita valutazione negativa del suo operato⁽⁵⁵⁾. Qui, l'obbligo di motivazione previsto dalla prima versione dell'art. 19, comma 1-ter, d.lgs. n. 165 del 2001 avrebbe svolto un ruolo fondamentale ed avrebbe consentito un controllo giudiziale sulla correttezza della scelta.

L'obbligo di motivare il mancato rinnovo dell'incarico, nella disciplina generale della dirigenza, per quanto eliminato dal testo legale, potrebbe, però, essere recuperato per via interpretativa, dal sistema.

Infatti, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, la natura privatistica dell'atto di conferimento di incarico dirigenziale⁽⁵⁶⁾ ha tradizional-

⁽⁵⁴⁾ In particolare, Corte cost. 23 marzo 2007, n. 103, in *Foro It.*, 2007, I, col. 1631, su cui diffusamente, in ordine a questo specifico aspetto, F.G. SCOCA, *Politica e amministrazione nelle sentenze sullo spoils system*, in *Giur. Cost.*, 2007, 2, pag. 1615. Sulla obbligatoria procedimentalizzazione della scelta di rimuovere il dirigente prima della naturale scadenza del suo incarico, nell'orientamento della Corte, S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2012, pag. 39 e segg., spec. pag. 66: la scelta deve essere preceduta da un momento procedimentale in cui l'amministrazione ne esterne le ragioni, in modo da consentire al dirigente l'esercizio del diritto di difesa; essa deve essere assunta con atto trasparente e quindi motivato sì da consentirne una verifica attraverso il controllo giurisdizionale.

⁽⁵⁵⁾ S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, op. cit., pag. 71 e segg.

⁽⁵⁶⁾ Costantemente ribadita dalla Corte: si veda per tutte Cass., Sez. Un., 20 marzo 2004, n. 5659, in *Giust. Civ.*, 2004, pag. 24.

mente ostacolato l'applicazione dei principi legali in materia di giusto procedimento, come proiezioni dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Come già accennato, a partire dal 2008, tuttavia, la Corte è pervenuta a risultati analoghi attraverso l'applicazione delle clausole generali civilistiche della correttezza e della buona fede, che obbligano il datore di lavoro "a valutazioni anche comparative, a consentire forme adeguate di partecipazione ai processi decisionali, ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte" (57). Ciò consentirebbe al precedente titolare illegittimamente pretermesso, in caso di mancato rinnovo, di esercitare l'azione di nullità facendo valere la violazione delle regole di buona fede e correttezza, per non avere il datore di lavoro rispettato i principi del giusto procedimento, mettendo in discussione la motivazione della scelta compiuta anche alla luce della valutazione comparativa tra il nuovo ed il precedente titolare (58).

Si tratterebbe di un'interpretazione "adeguatrice" (59), considerato che, diversamente, risulterebbero disattese le garanzie del giusto procedimento che la Corte Costituzionale fa derivare dai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento.

Certo, è che, però, al giudice ordinario potrebbe al massimo essere richiesta la condanna dell'amministrazione al corretto adempimento: ottenendo l'annullamento delle operazioni di scelta del candidato all'incarico, la loro ripetizione, ma non una pronuncia di condanna ad attribuire l'incarico al ricorrente (60). Limitatamente a quest'ultimo passaggio, si tratta della stessa soluzione cui è pervenuta la sentenza in commento per la dirigenza sanitaria.

5. – Lo "iato" tra i due sistemi sembra destinato a ricomporsi dopo la cosiddetta riforma Balduzzi (l. n. 189 del 2012), che trova la sua ragione d'essere nella necessità di correggere le inefficienze organizzative indotte,

(57) Cass. 14 aprile 2008, n. 9814, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2008, pag. 845, con nota di D. BOLOGNINO, *Garanzia e tutela del dirigente attraverso il rispetto dei criteri di conferimento dell'incarico*.

(58) P. SORDI, *La giurisprudenza costituzionale sullo spoils system e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni*, op. cit., pagg. 86-87. In senso critico, sulla possibilità di fare discendere dalla violazione delle clausole di correttezza e buona fede la possibilità di esperire l'azione di nullità, quando il dato normativo non preveda esplicitamente la necessità di una valutazione comparativa tra più aspiranti, o l'esplicito diritto alla conferma nell'incarico, D. MEZZACAPO, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, op. cit., pag. 130.

(59) S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, op. cit., pag. 71 e segg.

(60) ANCORA P. SORDI, *La giurisprudenza costituzionale sullo spoils system e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni*, op. cit., pagg. 86-87.

verosimilmente, da fenomeni di “eccessiva politicizzazione delle nomine”⁽⁶¹⁾. L’obiettivo dell’intervento normativo, dunque, è quello di rivedere il rapporto tra politica ed amministrazione anche nelle aziende sanitarie, attraverso l’introduzione di maggiori garanzie di trasparenza ed imparzialità nel conferimento degli incarichi dirigenziali.

Si tratta di un significativo passo indietro su molti dei punti su cui il legislatore, nel corso di questi anni, aveva avvisato l’esigenza di “ritornare”, al fine di valorizzare la logica aziendalistica sottesa alla riforma del 1992. L’impostazione opposta, volta invece a sottrarre significative dosi di discrezionalità all’amministrazione sanitaria, vincolandola a parametri legali più analitici e dettagliati dalla legge, risente della sfiducia nei confronti della privatizzazione già espressa dal d.lgs. n. 150 del 2009 con riferimento alle altre amministrazioni⁽⁶²⁾. Indicativa, sotto questo profilo, la modifica relativa alla composizione della commissione giudicatrice nel procedimento di conferimento di incarico di direzione di struttura complessa, che ridimensiona fortemente la componente di nomina fiduciaria del direttore generale⁽⁶³⁾. La “nuova” commissione, peraltro, ha oggi il compito di formare una graduatoria, ad esito di una valutazione comparativa tecnica dei candidati, dei loro *curricula*, ed alle risultanze dei colloqui, e di comunicare al direttore generale una rosa di soli tre nomi, in ragione del punteggio loro assegnato, ai sensi dell’art. 15, comma 7-*bis*⁽⁶⁴⁾. L’attuale meccanismo mima

⁽⁶¹⁾ E.N. FRAGALE, *La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi*, op. cit., pag. 560, con riferimento alle relazione illustrativa che accompagna il disegno di legge di conversione. In generale, sulla riforma, L. DIMASI, *La nuova sanità dopo la riforma Balduzzi. Spunti per una riflessione sul futuro del Servizio Sanitario Nazionale*, in *San. Pubbl. Priv.*, 2013, pag. 11 e segg.

⁽⁶²⁾ A. BELLAVISTA, A. GARILLI, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2010, pag. 23; con specifico riferimento al d.lgs. n. 189 del 2012, parla di “ripubblicizzazione” dell’organizzazione anche F. LICUORI, *“Politica” e “amministrazione” nelle aziende sanitarie*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2009, pag. 49 e segg.

⁽⁶³⁾ Oggi la commissione è composta dal direttore sanitario, e da altri tre membri sorteggiati da elenco nazionale nominativo che riassume gli elenchi regionali dei direttori di struttura complessa della specialità di riferimento.

⁽⁶⁴⁾ Ai sensi della nuova versione dell’art. 15, comma 7-*bis*, “le regioni, nei limiti delle risorse finanziarie ordinarie, e nei limiti del numero delle strutture complesse previste dall’atto aziendale di cui all’articolo 3, comma 1-*bis*, tenuto conto delle norme in materia stabilite dalla contrattazione collettiva, disciplinano i criteri e le procedure per il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa, previo avviso cui l’azienda è tenuta a dare adeguata pubblicità, sulla base dei seguenti principi: (...) b) la commissione riceve dall’azienda il profilo professionale del dirigente da incaricare. Sulla base dell’analisi comparativa dei *curricula*, dei titoli professionali posseduti, avuto anche riguardo alle necessarie competenze organizzative e gestionali, dei volumi dell’attività svolta, dell’aderenza al profilo ricercato e degli esiti di un colloquio, la commissione presenta al direttore generale una terna di candidati idonei formata sulla base dei migliori punteggi attribuiti. Il direttore generale individua il candidato da

quello originariamente previsto dalla prima versione del d.lgs. n. 502 del 1992, prima del correttivo del 1993 ⁽⁶⁵⁾.

Questa versione dell'articolo restringe notevolmente la discrezionalità della scelta da parte del direttore generale, senza però escluderla del tutto, considerato che al direttore generale non è precluso di nominare tra i tre candidati proposti, quello che sia collocato in una posizione inferiore, attraverso un'articolata motivazione della scelta difforme rispetto alle risultanze della selezione.

Ciò riapre il dibattito sul tipo di tutela da accordare al dirigente pretermesso, soprattutto se scaduto, in attesa di rinnovo, ed illegittimamente escluso dalla nomina.

Un primo dubbio interpretativo potrebbe investire la natura della procedura di selezione del candidato idoneo, ora che la legge ha previsto l'emanazione di un bando pubblico, la valutazione comparativa (sul piano tecnico) delle caratteristiche professionali dei candidati, e la compilazione di una graduatoria di merito. Se essa cioè abbia struttura privatistica, perché funzionale all'atto di conferimento dell'incarico che conserva, anche nella nuova versione del d.lgs. n. 502 del 1992, natura privatistica; o se possano prevalere interpretazioni più vicine alla posizione espressa dalla Corte Costituzionale che, già prima del 2012, le aveva conferito coordinate pubblicistiche, ricostruendola in termini di procedura di accesso agli impieghi o di accesso a posizioni funzionali più elevate ⁽⁶⁶⁾. Con ipotetiche ricadute anche sul tipo di tutele da accordare al dirigente illegittimamente

nominare nell'ambito della terna predisposta dalla commissione; ove intenda nominare uno dei due candidati che non hanno conseguito il migliore punteggio, deve motivare analiticamente la scelta; (...) d) il profilo professionale del dirigente da incaricare, i curricula dei candidati, la relazione della commissione sono pubblicati sul sito internet dell'azienda prima della nomina. Sono altresì pubblicate sul medesimo sito le motivazioni della scelta da parte del direttore generale di cui alla lettera b), terzo periodo”.

⁽⁶⁵⁾ E.N. FRAGALE, *La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi*, op. cit., pag. 565. Negli anni, invero, anche alcune leggi regionali, nonché disposizioni di dettaglio introdotte dalla contrattazione collettiva, avevano “procedimentalizzato” la selezione del dirigente incaricato di struttura complessa, introducendo obblighi ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, fino a contemplare valutazioni comparative e obblighi di motivazione della scelta. L'esito, però, era stato quello di alimentare un panorama estremamente eterogeneo a livello regionale, con l'ulteriore difficoltà di discernere, sovente, tra regole statali di principio, e quindi inderogabili, e regole di dettaglio, in quanto tali, derogabili. Sulla legge regionale dell'Emilia Romagna, a cui poi si sono ispirate altre leggi regionali, Corte cost. 5 maggio 2006, n. 181, in *Giur. Cost.*, 2006. All'eccessiva eterogeneità delle procedure adottate a livello regionale aveva tentato di porre rimedio il Ministero della Sanità, con la citata circolare del 10 maggio 1996, n. 1221 che aveva come obiettivo quello di dettare criteri comuni ai quali le singole amministrazioni avrebbero dovuto adeguarsi.

⁽⁶⁶⁾ E.N. FRAGALE, *La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi*, op. cit., pag. 568, ancora con riferimento a Corte cost. 5 maggio 2006, n. 181, in *Giur. Cost.*, n. 3, 2006, cit.

pretermesso. Invero, qualora dovessero diffondersi tesi sulla natura pubblicistica della procedura selettiva (perché appunto finalizzata all'assunzione ovvero all'accesso a posizioni più elevate), ex art. 63, d.lgs. n. 165 del 2001, potrebbe altresì riconoscersi la giurisdizione del giudice amministrativo, con i connessi rimedi, almeno per la parte di procedura che culmina con l'approvazione della graduatoria⁽⁶⁷⁾.

Ma anche qualora si mantenesse la natura privatistica della procedura e, conseguentemente, la giurisdizione del giudice ordinario è certo che, rispetto al passato, la riforma ha ampliato i margini della tutela del candidato pretermesso dalla scelta del direttore generale che si presenti difforme rispetto agli esiti della selezione. L'obbligo di motivazione perfino comparativa, oggi riconosciuto dalla legge, diventa infatti un requisito di validità del provvedimento d'incarico: il che abilita il dirigente escluso a promuovere l'azione di nullità per violazione di norme imperative, invocando la tutela risarcitoria e perfino demolitoria⁽⁶⁸⁾. La motivazione, peraltro, riguarderebbe "punteggi" assegnati dalla commissione, e potrebbe quindi ampliare notevolmente il tipo di intervento del sindacato giudiziale, alla luce di qualche sentenza più ardita che si è spinta ben oltre la mera tutela risarcitoria⁽⁶⁹⁾.

Il legislatore si è espresso, infine, anche sul rinnovo dell'incarico scaduto. Il nuovo art. 15, comma 5, d.lgs. n. 502 del 1992 dispone oggi che "l'esito positivo della valutazione professionale determina la conferma dell'incarico di pari livello, senza nuovi o maggiori oneri per l'azienda, fermo restando quanto previsto dall'articolo 9, comma 32, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122"⁽⁷⁰⁾. La prima parte della disposizione avrebbe potuto ali-

⁽⁶⁷⁾ E.N. FRAGALE, *La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi*, op. cit., pag. 567, che in ordine all'interpretazione dell'art. 63, d.lgs. n. 165 del 2001, richiama Cass. 15 novembre 2012, n. 20029, in *Dir. Giust.*, 2012.

⁽⁶⁸⁾ E.N. FRAGALE, *La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi*, op. cit., pag. 570.

⁽⁶⁹⁾ Cass. 14 settembre 2005, n. 18198, cit. in nota 34. Individua un nesso tra criteri e modalità di scelta del conferimento e tipo di tutela accordabile al dirigente pretermesso anche D. MEZZACAPO, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, op. cit., pag. 232, secondo cui "laddove i criteri di scelta non lascino nessun margine all'amministrazione si potrebbe anche arrivare ad una condanna all'attribuzione dell'incarico al ricorrente".

⁽⁷⁰⁾ Il comma 5 dell'art. 15, d.lgs. n. 502 del 1999, come modificato dalla riforma, disciplina la valutazione della dirigenza, richiamando i principi di cui al d.lgs. n. 150 del 2009, di cui le regioni dovranno tenere conto: "(...) Gli strumenti per la verifica annuale dei dirigenti medici e sanitari con incarico di responsabile di struttura semplice, di direzione di struttura complessa e dei direttori di dipartimento rilevano la quantità e la qualità delle prestazioni sanitarie erogate in relazione agli obiettivi assistenziali assegnati, concordati preventivamente in sede di discussione di budget, in base alle risorse professionali, tecnologiche e finanziarie

mentare letture del nuovo quadro legale che riconoscano in capo al dirigente scaduto un vero e proprio diritto soggettivo “pieno e perfetto” alla conferma ⁽⁷¹⁾.

Senonché la stessa disposizione, nella seconda parte, richiama l'articolo 9, comma 32, della l. n. 122 del 2010, che viene mantenuto fermo. Sicché, anche le amministrazioni sanitarie, alla scadenza di un incarico di struttura complessa, ed anche in dipendenza di processi di riorganizzazione, qualora non intendano confermare l'incarico conferito al dirigente, pure in presenza di valutazione positiva, gli conferiscono un altro incarico, anche di valore economico inferiore. E non si applicheranno le eventuali disposizioni normative e contrattuali più favorevoli. Il che ripropone, anche nel settore sanitario, le medesime considerazioni critiche già espresse sulla “marcia indietro” realizzata rispetto al d.lgs. n. 150 del 2009 dal d.l. n. 78 del 2010, con riferimento alla dirigenza di tutte le altre pubbliche amministrazioni.

L'ennesima occasione persa, insomma, tradottasi in una disposizione dal contenuto ambiguo di cui occorrerà attendere l'interpretazione che ne fornirà la giurisprudenza.

messe a disposizione, registrano gli indici di soddisfazione degli utenti e provvedono alla valutazione delle strategie adottate per il contenimento dei costi tramite l'uso appropriato delle risorse”.

⁽⁷¹⁾ E.N. FRAGALE, *La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi*, op. cit., pag. 572.