



## IL PUNTO SUL LAVORO PUBBLICO

Cod. P23049

5-7 luglio 2023

### ***La dirigenza sanitaria e degli enti locali: l'incidenza sui principi generali delle norme di settore***

Maria Casola, giudice del lavoro del Tribunale di Roma

#### **Singularità della dirigenza sanitaria e di quella degli enti locali: il sistema composito delle fonti di produzione del diritto**

Gli elementi di singolarità o specialità dei sottosistemi della dirigenza sanitaria e degli enti locali derivano dalla peculiarità dell'impianto delle fonti di produzione giuridica valevole in questi ambiti rispetto alla disciplina generale.

Quest'ultima è infatti conformata e modulata precipuamente avendo come riferimento la dirigenza statale, quale *specimen* generale, cioè la figura che costituisce il modello tendenziale di riferimento sul piano ordinamentale; tuttavia, tale paradigma non è esaustivo, né esclusivo, in quanto concorre con modelli concorrenti, integrati da sottodiscipline di settore.

Le norme che regolano questi due sottosistemi non possono propriamente definirsi di natura eccezionale, in quanto non definiscono regole qualificabili *stricto sensu* come derogatorie rispetto alla disciplina generale, non definendo il più delle volte una deviazione e negazione della regola di diritto comune. Piuttosto, tali sottosistemi contengono norme di natura singolare, le quali cioè realizzando una conformazione specifica ed una precipua declinazione dello schema regolativo tipico, adattandole ai diversi settori, per i profili *sui generis*.

Come ora si vedrà, tale particolare morfologia, e quindi la pluralità di modelli di dirigenza pubblica, costituisce non solo il frutto della discrezionalità del legislatore, ma anche la diretta ricaduta di disposizioni costituzionali, che legittimano l'esistenza di norme di rango di legge ordinaria contenenti trattamenti differenziati, a seconda del contesto di riferimento.

In ogni caso, sia per la dirigenza sanitaria che per quella propria degli enti locali, l'insieme di norme singolari non definisce un *corpus* regolativo separato ed autosufficiente, in quanto l'ordinamento generale conserva una funzione integrativa diretta ed indiretta di particolare rilievo, come ora si dirà.

## *La Costituzione*

La Carta costituzionale, con riferimento al riparto di potestà legislative, individua tre tipi di competenze che sono involte nella materia della dirigenza pubblica, nei suoi diversi possibili profili, e segnatamente:

- Competenza statale esclusiva: ordinamento civile
- Competenza regionale esclusiva: ordinamento e organizzazione amministrativa
- Competenza concorrente: tutela della salute

In particolare, quindi, è nella Costituzione che si trova il fondamento primario della diversità e pluralità di discipline, secondo la ripartizione che segue:

- In generale, per la dirigenza pubblica l'art. 117 2° co., lett. l) riconosce la competenza statale esclusiva per i profili riconducibili alla materia dell'ordinamento civile, come il trattamento economico dei dirigenti pubblici, il regime dell'incompatibilità, del cumulo di incarichi e delle responsabilità (C. Cost., 05/12/2016, n.257; 28/03/2014, n.61; n. 18 del 2013). In tale ambito, vi è quindi prevalenza della competenza statale e ciò anche nel caso di incidenza riflessa dell'intervento legislativo sulle competenze legislative regionali.

Sulla base di tale regola, per esempio, la Corte Costituzionale (sentenza 78/2020), ha ritenuto rispettose dell'art. 117 Cost., in quanto rientranti nella materia dell'ordinamento civile, le disposizioni della legge 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, commi 865 e 866, in quanto attinenti alla materia economica e retributiva dei dirigenti<sup>1</sup>.

Una specifica attenzione va riservata alle Regioni a Statuto speciale che possono godere di particolare autonomia in materia (es. la Regione Sardegna, per norma statutaria, ha competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi della Regione e stato giuridico ed economico del personale).

- Costituisce oggetto di competenza legislativa concorrente dello Stato e della Regione la disciplina del rapporto di lavoro dei dirigenti degli enti del servizio sanitario nazionale, attratta nella materia della «tutela della salute», di cui all'art. 117, terzo comma, Cost.; pertanto spetta allo Stato fissare i principi fondamentali ed alle Regioni definire la disciplina attuativa (Corte Cost. sent. 15 aprile 2019 n. 87; n. 159 del 2018; n. 251 del 2016; n. 124 del 2015; n. 181 del 2006). Tale impianto si giustifica in quanto la disciplina della dirigenza sanitaria ha diretta correlazione con l'organizzazione del servizio e con le condizioni di erogazione e fruizione delle prestazioni sanitarie, in quanto condizionate ed influenzate proprio dalla capacità, dalla professionalità e dall'impegno di tutti i sanitari addetti ai servizi ed in particolare quindi dei dirigenti.

---

<sup>1</sup>Secondo le citate disposizioni, ove gli enti del Servizio sanitario nazionale non rispettino i tempi di pagamento previsti dalla legislazione vigente, vengono integrati i contratti dei relativi direttori generali e dei direttori amministrativi, inserendo uno specifico obiettivo volto al rispetto dei tempi di pagamento ai fini del riconoscimento dell'indennità di risultato

Non vengono in rilievo le competenze regionali in materia di «igiene e sanità, assistenza ospedaliera e profilattica» in quanto la competenza concorrente in materia di tutela della salute è più ampia di quella conferita dagli statuti speciali in ambito sanitario e comporta l'operatività della clausola di maggior favore di cui all'art. 10 l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3 (Corte cost. n. 139 del 2022). Né può venire in rilievo la competenza regionale in materia di «ordinamento degli uffici e degli enti dipendenti dalla regione e stato giuridico ed economico del personale», perché ciò contrasterebbe «con le caratteristiche fondamentali delle articolazioni locali del servizio sanitario nazionale quale disciplinato dalla legislazione nazionale [...] che, per questa parte, vincola espressamente le stesse regioni a statuto speciale e le province autonome» (sentenza n. 139 del 2022, cit.).

Sulla base di tale criterio regolativo, per esempio, la Corte Cost. con sentenza n. 189/2022<sup>2</sup> ha dichiarato incostituzionale l'art. 5 l. reg. Valle d'Aosta 9 novembre 2021 n. 31, nella parte in cui, inserendo l'art. 23 bis, 1° comma, nella l. reg. Valle d'Aosta 25 gennaio 2000 n. 5, prevede che, ai fini dell'iscrizione negli appositi elenchi regionali degli idonei agli incarichi di direttore amministrativo e direttore sanitario della Asl valdostana, i candidati siano muniti, oltre che dei requisiti stabiliti in base alla legislazione statale, di quelli ulteriori, di competenza o di carriera, eventualmente stabiliti dalla giunta regionale contestualmente all'approvazione dell'avviso pubblico.

- Infine, vi sono ambiti assegnati alla competenza regionale esclusiva, in particolare per i profili attinenti all'ordinamento e all'organizzazione amministrativa degli uffici (es. procedure di accesso al ruolo, criteri di conferimento degli incarichi e loro durata, spoils system)

### *La legge ordinaria*

Transitando, quindi, al livello regolativo proprio della legge ordinaria, si riscontra sia nella materia della dirigenza sanitaria, che in quella degli enti locali, un sistema composito, caratterizzato dalla concorrenza della disciplina generale di diritto comune e della specifica sottodisciplina speciale, rectius singolare, di settore.

In linea generale, occorre ricordare la norma dell'art. 27 del decreto legislativo n. 165/2001, cd. Testo unico per il pubblico impiego (da ora: T.U.P.I.), che definisce la disciplina ivi dettata quale modello paradigmatico, imponendo uno specifico obbligo di adeguamento per tutti i soggetti pubblici, disponendo in particolare: «Le regioni a statuto ordinario, nell'esercizio della propria potestà statutaria, legislativa e regolamentare, e le altre pubbliche amministrazioni, nell'esercizio della propria potestà statutaria e regolamentare, adeguano ai principi dell'articolo 4 e del presente capo i propri ordinamenti, tenendo conto delle relative peculiarità'. Gli enti pubblici non economici

---

<sup>2</sup>La sentenza si occupa di questioni relative al conferimento degli incarichi dirigenziali di vertice (direttore generale, direttore amministrativo, direttore sanitario, commissario straordinario) negli enti del servizio sanitario nazionale e ribadisce il valore di principi fondamentali in materia di «tutela della salute» (art. 117, 3° comma, Cost.), anche per le regioni speciali, delle norme statali, (contenute nel d.lg. 4 agosto 2016 n. 171), come già statuito da Corte cost. 5 novembre 2021, n. 209. Nella sentenza citata nel testo viene ribadito peraltro che: «2. - Le disposizioni regionali impugnate, disciplinando il conferimento degli incarichi di direttore generale, di direttore amministrativo e di direttore sanitario dell'azienda Usl valdostana, unica per tutto il territorio regionale (ai sensi dell'art. 9, 3° comma, l. reg. Valle d'Aosta n. 5 del 2000), incidono sull'assetto del servizio sanitario nazionale e sono pertanto riconducibili, secondo la costante giurisprudenza di questa corte, alla materia «tutela della salute», di cui all'art. 117, 3° comma, Cost. (ex plurimis, sentenze n. 139 del 2022 e n. 87 del 2019).

nazionali si adeguano, anche in deroga alle speciali disposizioni di legge che li disciplinano, adottando appositi regolamenti di organizzazione”.

Nel settore precipuo della dirigenza, in ogni caso, la materia risulta regolata essenzialmente dalle seguenti fonti:

*per la dirigenza sanitaria*

d.lg.vo n. 502/1992 e d.lg.vo 171/2016, modificato dal dlgs.vo n. 126/2017 (sottodisciplina singolare)  
dlg.vo n. 165/2001 (TUPI) richiamato dall'art. 15, co. 2, d.lgs n. 502/92 (disciplina comune generale)

*per la dirigenza degli enti locali*

d. lgs.vo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali., da ora: T.U.E.L.), artt. 107-111

d.lgs.vo n. 165/2001 (TUPI) richiamato dall'art. 111 del Testo unico ai fini dell'obbligo di adeguamento della disciplina della dirigenza.

Il TUPI è comunque disciplina direttamente applicabile (Cass. n. 11015/2017). Invero, a norma dell'art. 1 del TUPI le disposizioni contenute in tale *corpus* "disciplinano l'organizzazione degli uffici e i rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" (comma 1), intendendosi per amministrazioni pubbliche, tra le altre, "le amministrazioni dello Stato, le Regioni, le Province e i Comuni" (comma 2). Tali disposizioni "costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 Cost." (comma 3) e, in quanto tali, devono trovare applicazione nel settore sanitario e pure nell'ambito delle Amministrazioni degli enti locali.

Parallelamente, come chiarito nella sentenza di Cassazione da ultimo citata, gli artt. 88 e 111 del TUEL hanno previsto, rispettivamente, che:

a) "all'ordinamento degli uffici e del personale degli enti locali, ivi compresi i dirigenti" si applicano, oltre a quelle del TUEL, le disposizioni del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni ed integrazioni e quindi, nel tempo, quelle del d.lgs. n. 165 del 2001 (art. 88 TUEL);

b) con particolare riguardo alla disciplina della dirigenza, gli enti locali, nell'esercizio della propria potestà regolamentare e statutaria, devono adeguare i propri statuti e i regolamenti oltre che ai principi dettati dal TUEL e anche a quelli stabiliti del capo II ("Dirigenza") del d.lgs. n. 29 del 1993 e s.m.i. cit. Tale soluzione è stata definitivamente ribadita con il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, art. 40, in ogni caso, è certa l'applicabilità, in aggiunta alla normativa dettata dal TUEL, dell'art. 19 del TUPI dato che il suddetto art. 19 è compreso tra le norme del Capo II del TUPI richiamate dall'art. 111 stesso.

Nella presente relazione, per ragioni di sintesi, si tratteranno i profili più significativi del tema d'indagine, rimandando per ogni altro aspetto non esaminato alla disciplina di diritto comune, con le peculiarità che saranno via via poste in evidenza nell'elaborato.

## I. LA DIRIGENZA SANITARIA

La fonte di produzione giuridica all'interno del sistema regolativo della dirigenza sanitaria si trova individuata nell'art. 15, comma 2, d.lgs. n. 502/1992, secondo cui "La dirigenza sanitaria è disciplinata dal decreto legislativo 3 febbraio 1993, n.29, e successive modificazioni, salvo quanto previsto dal presente decreto".

Pertanto, il sistema si compone della disciplina di diritto comune generale del d.lgs. n. 165/2001 e di quella singolare di cui al d.lgs. n.502/1992. Tale assetto si pone in linea di coerenza con quanto disposto dall'art. 27 d.lgs. n. 165/2001 che obbliga le amministrazioni pubbliche ad adeguare i propri ordinamenti ai principi di cui al capo II, ivi comprese, le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale.

A seguito del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, conv. in l. 8 novembre 2012, n. 189 (cosiddetta riforma Balduzzi), le due discipline si sono comunque progressivamente avvicinate.

La materia della dirigenza sanitaria è stata oggetto nel tempo di plurimi interventi normativi ed è stata incisa anche dal d.lgs. n. 171/2016 e dal successivo d.lgs. correttivo n. 126/2017, di attuazione della delega contenuta nell'art. 11, c. 1, lett. p), l. 7 agosto 2015, n. 124. Da ultimo, la legge n. 118/2022 come si dirà ha introdotto importanti modifiche per il conferimento degli incarichi di struttura complessa.

### **Peculiarità generali del sottosistema regolativo della dirigenza sanitaria**

In via introduttiva, occorre tener conto che i dirigenti del settore sanitario sono articolati in due ambiti distinti, aventi ricadute anche sul contratto collettivo applicabile: quello della dirigenza medica, comprendente i medici e i veterinari; quello della dirigenza non medica, comprendente i dirigenti amministrativi, i chimici, i biologi e gli psicologi.

I dirigenti sanitari, salvo quelli amministrativi, esercitano l'attività professionale, secondo le rispettive specializzazioni, ad essa può aggiungersi – come poi si chiarirà - un incarico di direzione. Pertanto, l'inquadramento nella qualifica dirigenziale prescinde dallo svolgimento di incarichi di direzione di strutture. Peraltro, diversamente da quanto previsto per gli altri dirigenti della pubblica amministrazione, i dirigenti sanitari, soprattutto medici, possono esercitare anche attività libero-professionale, oltre quella svolta presso le strutture pubbliche delle quali sono dipendenti.

La prima fondamentale peculiarità di questo settore è che «organizzazione e funzionamento» dell'Amministrazione sono definiti con «atto aziendale di diritto privato», ai sensi dell'art. 3, co. 1 bis, d.lgs. 501/92, che recita: "1-bis. In funzione del perseguimento dei loro fini istituzionali, le unità sanitarie locali si costituiscono in aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale; la loro organizzazione ed il funzionamento sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato, nel rispetto dei principi e criteri previsti da disposizioni regionali. L'atto aziendale individua le strutture operative dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, soggette a rendicontazione analitica".

L'atto aziendale è il perno dell'organizzazione del servizio pubblico, attraverso cui il direttore generale disciplina la gestione dell'azienda sanitaria, in particolare individua e classifica le articolazioni interne (dipartimenti e unità operative semplici e complesse).

Quindi, vi è una differenza importante rispetto al sistema delle fonti del pubblico impiego generale. Infatti, secondo le fonti di diritto comune, in particolare, secondo l'art. 2 del TUPI gli atti della pubblica amministrazione, che hanno rilevanza sui rapporti di lavoro dei dipendenti, sono riconducibili a due grandi categorie tipologiche:

- atti di natura privatistica e contrattuale, cioè gli atti di gestione del rapporto di lavoro, diretti ad incidere direttamente sullo svolgimento di tale rapporto (art. 2, comma 2, T.U.) e le determinazioni per l'organizzazione degli uffici adottate dagli organi preposti alla gestione (art. 5, co. 2, T.U.);
- provvedimenti (macro)amministrativi: gli atti che definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi, determinano le dotazioni organiche complessive (art. 2, co. 1, d. lgs. n. 165).

Ovviamente la natura giuridica degli atti è un elemento essenziale dell'attività interpretativa, poiché incide sul regime giuridico dell'atto e sul sistema d'impugnazione.

Nel pubblico impiego ordinario l'atto di macro-organizzazione, con natura di provvedimento amministrativo autoritativo può essere incidentalmente disapplicato (art. 63 TUPI) allorché sia un presupposto dell'atto di gestione del rapporto, con efficacia riflessa, altrimenti va impugnato dinanzi all'AGA (Cass. 13851/17).

Nel settore qui considerato, invece, l'atto macro-organizzativo, cioè attinente all'organizzazione e al funzionamento, ha natura privatistica e quindi può e deve essere sindacato secondo le ordinarie categorie proprie del diritto dei contratti, ai sensi del citato art. 3, co. 1-bis, d. lgs. n. 502 del 1992 (Cass., sez. un., 30 gennaio 2008, n. 2031). Il medesimo atto non può, quindi, essere disapplicato incidentalmente, ma, se viziato, deve essere eventualmente dichiarato invalido.

Ne consegue che la giurisdizione relativa all'impugnazione di tali atti spetta al giudice ordinario (Cassazione, sez. un., 07/12/2016, n.25048).

## **Il reclutamento dei dirigenti sanitari**

In linea generale, il Testo Unico n. 165/2001 disciplina il sistema di accesso alla dirigenza e quindi di assunzione della qualifica dirigenziale di prima e seconda fascia agli artt. 28 e 28 bis.

Una speciale disciplina in questo settore è prevista per il reclutamento dei dirigenti del Servizio Sanitario nazionale dall'articolo 26 del d.lgs. 165/2001, secondo cui "1. Alla qualifica di dirigente dei ruoli professionale, tecnico ed amministrativo del Servizio sanitario nazionale si accede mediante concorso pubblico per titoli ed esami, al quale sono ammessi candidati in possesso del relativo diploma di laurea, con cinque anni di servizio effettivo corrispondente alla medesima professionalità prestato in enti del Servizio sanitario nazionale nella posizione funzionale di settimo e ottavo livello, ovvero in qualifiche funzionali di settimo, ottavo e nono livello di altre pubbliche amministrazioni. Relativamente al personale del ruolo tecnico e professionale, l'ammissione è altresì consentita ai candidati in possesso di esperienze lavorative con rapporto di lavoro libero-professionale o di attività coordinata e continuata presso enti o pubbliche amministrazioni, ovvero di attività documentate

presso studi professionali privati, società o istituti di ricerca, aventi contenuto analogo a quello previsto per corrispondenti profili del ruolo medesimo”.

L'art. 15 co. 7 dlgs. 502 cit. prevede a propria volta che “Alla dirigenza sanitaria si accede mediante concorso pubblico per titoli ed esami, disciplinato ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 10 dicembre 1997, n.483 ivi compresa la possibilità di accesso con una specializzazione in disciplina affine. Gli incarichi di direzione di struttura complessa sono attribuiti a coloro che siano in possesso dei requisiti di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 dicembre 1997, n.484.”<sup>3</sup>

Avuto riguardo al contenzioso in materia, è giusto il caso di ricordare che sussiste la giurisdizione del G.A. sulla materia delle procedure concorsuali<sup>4</sup> in forza dell'art. 63, co. 4 a norma del quale “Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”.

La giurisdizione del giudice amministrativo deve ritenersi estesa fino al provvedimento amministrativo di approvazione della graduatoria con la proclamazione dei vincitori (incluso); sussiste la giurisdizione del G.O. dopo la proclamazione dei vincitori, potendo essere azionato il diritto soggettivo all'assunzione o alla nomina, quale atto dovuto (art. 63. co. 1); pertanto, l'ambito della giurisdizione amministrativa copre tutte le controversie relative all'intero iter attinente al reclutamento, dal suo avvio, generalmente coincidente con la determinazione adottata dall'organo competente di ricorrere alla procedura stessa, sino all'approvazione della graduatoria finale con la proclamazione dei vincitori, la quale pertanto costituisce lo spartiacque del criterio di riparto.

Inoltre, sempre su un piano generale, sono piuttosto frequenti le questioni relative al cd. diritto all'assunzione e allo scorrimento della graduatoria, di cui dopo si dirà.

Ovviamente in generale occorre applicare sempre il criterio del *petitum sostanziale* in realtà riferito alla causa petendi, cioè alla natura della posizione dedotta (Cass. n. 20350/2018): la giurisdizione si determina in base alla domanda, per la cui qualificazione rileva non già la prospettazione delle parti bensì il *petitum sostanziale*, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione (Cass. SU, n. 17091 2018; SU n. 20350/2018). L'intrinseca consistenza della posizione soggettiva dedotta in giudizio va altresì individuata dal giudice stesso con riguardo alla sostanziale protezione accordata a quest'ultima

---

<sup>3</sup> Corte Costituzionale, 27/07/2020, n.166 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 72 l. reg. Puglia 28 dicembre 2018, n. 67, nel testo precedente le modifiche apportate dall'art. 10 l. reg. Puglia 30 novembre 2019, n. 52, in quanto violava l'art. 97 Cost., poiché dispone l'inquadramento nei ruoli della dirigenza sanitaria della Regione di alcune categorie di medici specialisti, di veterinari e di personale laureato dirigente in regime di convenzione sulla base della semplice domanda e a prescindere da una valutazione di professionalità, in palese contrasto con quanto disposto dall'art. 15, comma 7, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, il quale prevede, in tema di disciplina della dirigenza medica e delle professioni sanitarie, che alla dirigenza sanitaria si accede mediante concorso pubblico per titoli ed esami, disciplinato ai sensi del d.P.R. 10 dicembre 1997, n. 484. Il mancato ricorso alla selezione concorsuale non trova alcuna ragione giustificatrice nel caso in esame, né con riferimento alle necessità funzionali dell'amministrazione, né con riguardo a peculiari e straordinarie ragioni di interesse pubblico (sentt. nn. 363 del 2006, 293 del 2009, 195, 225 del 2010, 52, 108, 189 del 2011, 134 del 2014, 7 del 2015, 110 del 2017, 40 del 2018)

<sup>4</sup> Nel cui concetto deve ricomprendersi non solo il concorso in senso stretto ma qualsiasi procedura selettiva comparativa, nonché le procedure selettive interne per l'accesso ad aree o fasce funzionali superiori (Cass. n. 29080/18).

dal diritto positivo (Cass. Sez. Un., 16 febbraio 2009, n. 3677; Cass. Sez. Un., 28/6/2006, n. 14846; Cass. Sez. Un., 5/6/2006, n. 13169).

Ogni qual volta la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto all'assunzione sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento che disponga di non coprire più (o di coprire diversamente) il posto resosi vacante, anziché avvalersi dello scorrimento della graduatoria del concorso anteriormente espletato, si è in presenza di una contestazione che investe l'esercizio del potere dell'amministrazione, cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, tutelabile innanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, comma quarto, del d.lgs. n. 165 del 2001 (v. Cass. Sez. Un., 24878/2017, cit., ed ivi ulteriori richiami, tra cui Cass. Sez. Un. 20/12/2016, n. 26272; Cass. Sez. Un. 6/5/2013, n. 10404). Le Sezioni unite hanno ben chiarito in argomento (29080/18) che in questo caso, "la controversia ha ad oggetto il controllo giudiziale sulla legittimità della scelta discrezionale operata dall'amministrazione, ossia sulla legittimità di un atto autoritativo con cui l'amministrazione definisce l'alta organizzazione e che l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 mantiene in regime di diritto pubblico; simmetricamente, la situazione giuridica dedotta in giudizio appartiene alla categoria degli interessi legittimi, la cui tutela è demandata al giudice cui spetta il controllo sulle modalità di esercizio del potere amministrativo ai sensi dell'art. 103 Cost. In tale ipotesi la controversia non riguarda il diritto all'assunzione (v. d.lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 2, in relazione al comma 1 dello stesso articolo), bensì i poteri autoritativi dell'amministrazione che ha deciso di coprire il posto attraverso l'indizione di una diversa procedura (ad esempio il conferimento di incarichi esterni o il ricorso alla mobilità esterna), a fronte dei quali è configurabile unicamente una situazione di interesse legittimo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo (Cass. Sez. Un., 1/6/2017, n. 13851; Cass. Sez. Un. 20/12/2016, n. 26272; Cass. Sez. Un., 1/7/2016, n. 13534; Cass. 06/03/2009, n. 5588)<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Cass n. 29080/2018 contiene un articolato ragionamento, di seguito riportato per il suo particolare significato: "La disciplina legislativa rende evidente come la decisione dell'amministrazione di ricercare all'esterno, piuttosto che nella sua dotazione organica, professionalità idonee a ricoprire incarichi dirigenziali è frutto di un'opzione, all'esito di una valutazione che è tipicamente discrezionale, inerendo al potere dell'ente di autorganizzazione mediante atti che non sono finalizzati direttamente alla gestione del singolo rapporto ma che su di esso incidono dall'esterno e solo in via riflessa: si tratta di atti che per la loro natura sono sottratti al sindacato del giudice ordinario, perché riguardano una fase prodromica alla costituzione di un rapporto di lavoro, e più precisamente una scelta «a monte» che attiene alla stessa organizzazione e alle modalità di soddisfare il fabbisogno di risorse umane, analogamente a quanto avviene nei casi in cui l'amministrazione decida di coprire il posto vacante non già attraverso lo scorrimento delle graduatorie ma con l'indizione di un nuovo concorso. 5.3.- La ricorrente ha impugnato i su indicati atti di organizzazione assumendone l'illegittimità rispetto alle norme di legge o regolamentari richiamate. Essa non fa valere il diritto all'assunzione - che non sarebbe concretamente, prima ancora che concettualmente, ipotizzabile nei confronti della Direr, in quanto associazione sindacale, né risulta vantato per conto dei dirigenti e funzionari rappresentati, ai quali si riconnette una mera aspettativa in caso di rinnovo della procedura di selezione - bensì il corretto esercizio da parte della Regione Lazio della sua facoltà di scelta circa le modalità da seguire per il conferimento di incarichi di funzioni dirigenziali. 5.4. La fattispecie va pertanto regolata dal principio, già affermato da questa Corte (Cass. 9/2/2009, n. 3052, e di recente ribadito da Cass. 27/2/2017, n. 4881, in una fattispecie sovrapponibile a quella in esame, riguardando gli stessi atti), secondo cui, quando «la contestazione investe direttamente un atto precedente il conferimento dell'incarico e la stipulazione del contratto, atto la cui asserita illegittimità è posta a base della pretesa di accertamento dell'invalidità del provvedimento di conferimento e del contratto», si è in presenza di un provvedimento «certamente ascrivibile alla categoria degli atti organizzativi, mediante i quali le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo i principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 2, comma 1)». In tal caso, la causa petendi non è il diritto alla costituzione del rapporto di lavoro o l'illegittimità del provvedimento di revoca dell'incarico già conferito, bensì l'accertamento della nullità o illegittimità degli atti in forza dei quali la regione ha escluso, in linea generale e con un atto di macro-organizzazione, la possibilità per i dipendenti interni di partecipare alla selezione volta all'affidamento di incarichi direttivi. Da ciò la conclusione che «la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, in quanto correlata esclusivamente e direttamente all'esercizio del potere organizzativo dell'amministrazione, trova tutela in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità» (cfr. Cass. Sez. Un. 1/12/2009, n. 25254; Cass. Sez. Un. 6/11/2006, n. 23605, richiamata anche da Corte Cost. n. 108/2007; v. pure Cons. Stato, 3/2/2015, n.508). 5.5.- La riprova che la contestazione ha ad oggetto il corretto esercizio del potere amministrativo e non già la violazione di una posizione di diritto soggettivo può trarsi dal rilievo che l'unico oggetto della domanda è costituito dall'annullamento delle delibere adottate dalla Regione, annullamento che, se di per sé solo può non valere a qualificare la domanda (come da insegnamenti di Cass.

## Gli incarichi dirigenziali dell'area sanitaria

Dal complesso delle disposizioni di settore, emerge che il legislatore, pur nell'unicità del ruolo, ha voluto valorizzare le specificità professionali di ciascun profilo, e non a caso ha tenuto a precisare che la graduazione degli incarichi deve essere effettuata tenendo conto delle «funzioni attribuite e delle connesse responsabilità» e che ciascun incarico di direzione comporta l'attribuzione di funzioni direttive e organizzative che si aggiungono a «quelle derivanti dalle specifiche competenze professionali».

L'art. 15, co. 1, assegna un ruolo fondamentale alle parti sociali in questa materia, stabilendo che “in sede di contrattazione collettiva nazionale sono previste, in conformita' ai principi e alle disposizioni del presente decreto, criteri generali per la graduazione delle funzioni dirigenziali nonche' per l'assegnazione, valutazione e verifica degli incarichi dirigenziali e per l'attribuzione del relativo trattamento economico accessorio correlato alle funzioni attribuite ed alle connesse responsabilità del risultato”.

La Cassazione (n. 31387/2019) ha sul punto precisato che il legislatore, “pur rinviando all'atto aziendale ed all'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'art. 8 quater, comma 3, del d.lgs. n. 502/1992 l'individuazione delle strutture e del numero degli incarichi conferibili, ha tenuto a precisare, da un lato, che la direzione di strutture complesse deve essere conferita nel rispetto dei

---

Sez.Un. 28/6/2006, n. 14846, e Cass. Sez. Un. 25/3/2005, n. 6421), nondimeno, diventa criterio qualificante ove esso costituisca l'oggetto principale ed unico della pretesa (cfr. Cass. Sez.Un. 24/06/2011, n. 13910; Cass. Sez. Un. 05/03/2010, n. 5288), non potendo configurarsi in questi casi, in capo al giudice ordinario, un potere di disapplicazione, atteso che tale potere presuppone proprio che la controversia cada sopra un diritto soggettivo sul quale incide un atto amministrativo oggetto di cognizione incidenter tantum (Cass. Sez.Un.,n. 24878/2017, cit.), non anche su una situazione giuridica soggettiva suscettibile di assumere la consistenza del diritto soggettivo solo all'esito della rimozione del provvedimento (vedi Cass. n. 4881/2017,cit., che richiama Cass. Sez. Un. 27/5/1999, n. 308; 23/11/1995, n. 12104; 9/11/1992, n. 12073, nonché, più di recente, Cass. 7/10/2015, n. 20079). 5.6.- Questo quadro non può dirsi mutato a seguito delle ordinanze rese da questa Corte (Cass. Sez.Un. n. 11387, 11711, 11712 e 11713/2016) e poste a base della decisione impugnata, le quali, lungi dal disattendere i principi su espressi, ne confermano la validità. Esse infatti sono state rese, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, in fattispecie affatto diverse dalla presente, avendo ad oggetto posizioni soggettive qualificabili - e così qualificate - in termini di diritto soggettivo: come si legge nei provvedimenti citati (ad es., Cass. Sez.Un. n.11387/2016), con l'azione proposta dinanzi al giudice amministrativo «il dirigente di ruolo della Regione Lazio mira, innanzitutto, al mantenimento dell'incarico dirigenziale che gli è stato revocato, impugnando sia il provvedimento di revoca dell'incarico dirigenziale precedentemente conferitogli (ossia la determinazione operativa e gestionale immediatamente incidente sull'incarico in atto), sia l'atto di macro-organizzazione che ne costituisce la premessa e il presupposto, ossia il provvedimento generale (la delibera della Giunta regionale n. 53 del 22 marzo 2013, recante modifiche al regolamento regionale 6 settembre 2002, n. 1) di ridefinizione delle strutture amministrative della stessa Giunta». Solo con riferimento al primo capo della domanda, quello cioè avente ad oggetto la revoca dell'incarico dirigenziale e il suo conferimento ad un terzo, si è ritenuta sussistente la giurisdizione del giudice ordinario, mentre si è riconosciuta al giudice amministrativo «la cognizione sulla controversia originata dall'impugnazione in via principale delle delibere della Giunta regionale n. 53 del 2013 e n. 62 del 2013». E si è pure specificato, con riguardo a quest'ultima impugnativa, che si tratta «di vertenza nella quale il dipendente pubblico..., al fine di ottenere l'annullamento delle determinazioni organizzative di carattere generale, la rimozione dei loro effetti e il riesercizio in senso favorevole del potere amministrativo conseguente all'annullamento degli atti, prospetta il pregiudizio alla propria posizione professionale e alle aspettative qualificate di carriera derivanti dall'adozione di tali atti di macro-organizzazione correlati all'esercizio di poteri autoritativi...». 5.7.- Si è in sostanza confermato - in accordo con autorevole dottrina- che, nei casi come quello in esame, in cui vi è un'incidenza esterna degli atti di organizzazione sul rapporto di lavoro, si configura una «doppia tutela» che deroga alla concentrazione del sindacato giurisdizionale dinanzi al giudice ordinario. 5.8. - Né pare sufficiente a sorreggere la decisione impugnata l'ulteriore affermazione della Corte (nelle citate pronunce n. 11711, 11712 e 11713/2016), secondo cui gli atti del complesso procedimento volto a selezionare professionalità esterne (dall'interpello alla pubblicazione di un avviso informativo) costituiscono momenti dell'unitario procedimento selettivo non concorsuale che, «presupponendo il disegno organizzativo dell'ufficio, appartiene alla gestione dei rapporti di lavoro...»: come si è su esposto, il presupposto da cui la Corte muove è segnato dal petitum sostanziale, ossia dall'oggetto della domanda volta ad ottenere la caducazione del provvedimento con il quale è stato revocato al ricorrente l'incarico dirigenziale (ovvero è stato conferito ad altro dirigente). Il diritto preteso è quello al mantenimento del rapporto di lavoro (o la sua costituzione), imputando all'amministrazione datrice di lavoro di aver violato le regole di gestione privatistica del rapporto medesimo, laddove nel caso in esame la domanda è diretta a contestare principaliter il potere discrezionale dell'amministrazione, sollecitandone il riesercizio”.

principi, già richiamati, di cui al d.P.R. n. 484/1997, dall'altro che il contratto individuale, nel definire oggetto, obiettivi e durata dell'incarico, deve attenersi ai «parametri indicati dal contratto collettivo nazionale per ciascun incarico» ( art. 15 ter comma 1), perché alla contrattazione collettiva il comma 1 dell'art. 15 attribuisce il potere di stabilire, in conformità ai principi e alle disposizioni del decreto legislativo, sia i criteri generali per la graduazione e l'assegnazione delle funzioni dirigenziali, sia il trattamento economico fondamentale ed accessorio correlato alle funzioni stesse ( art. 15 comma 1)».

In questo contesto normativo si trova, dunque, inserito a pieno titolo il contributo regolativo offerto dalla contrattazione collettiva, con la quale, innanzitutto, si è valorizzata la specificità dei profili professionali, attraverso la istituzione di aree distinte della dirigenza del servizio sanitario, suddivisa in dirigenza medica e veterinaria, da un lato, e dirigenza sanitaria, professionale, tecnica, amministrativa, dall'altro; inoltre, le parti collettive nel determinare il trattamento economico, fondamentale ed accessorio, spettante al dirigente medico hanno assegnato rilievo non solo alla maggiore o minore complessità della struttura, ma anche alla specifica competenza professionale, che la direzione della struttura stessa richiede, competenza che condiziona sia il conferimento dell'incarico, da effettuarsi, lo si ripete, nel rispetto dei requisiti richiesti dal d.P.R. n. 484/1997, sia il rinnovo dello stesso.<sup>6</sup>

Gli incarichi hanno durata non inferiore a tre anni e non superiore a sette, con facoltà di rinnovo. Sono definiti contrattualmente, nel rispetto dei parametri indicati dal contratto collettivo nazionale per ciascun incarico, l'oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata dell'incarico, salvo i casi di revoca, nonché il corrispondente trattamento economico.

### **Dirigenti non di ruolo**

E' importante tener conto che, in alcuni casi, l'incarico dirigenziale potrebbe essere scisso dall'esistenza di un rapporto di servizio sottostante (dirigenti non di ruolo), cioè potrebbe mancare il previo momento dell'accesso al ruolo dirigenziale e della previa costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

---

<sup>6</sup> Non a caso il medesimo CCNL 8.6.2000 all'art. 18, nello stabilire quale debba essere la retribuzione del dirigente chiamato a dirigere la struttura semplice o complessa in attesa dell'espletamento delle necessarie procedure concorsuali o selettive, esclude che il preposto possa pretendere il trattamento economico fondamentale ed accessorio connesso alla maggiore complessità della struttura, trattamento che può essere rivendicato solo a condizione che l'incarico venga conferito nel rispetto delle procedure previste dalla legge e dal contratto, previa verifica delle competenze gestionali e professionali richieste per l'espletamento della funzione dirigenziale (sull'interpretazione dell'art. 18 del CCNL si rinvia, per ogni ulteriore approfondimento, a Cass. nn. 21565, 28151, 28243, 30912 del 2018 e a Cass. n. 7863/2019). La sentenza citata nel testo, conclude quindi affermando: "E", pertanto, da escludere che il trattamento economico previsto dai CCNL per i dirigenti medici di struttura complessa possa essere rivendicato dal ricorrente il quale, pacificamente, al di fuori delle procedure concorsuali e selettive disciplinate dagli stessi CCNL, è stato preposto ad una struttura che, seppure definita complessa dall'atto aziendale, non risponde ai requisiti richiesti dalle disposizioni regolamentari e collettive, che alle prime rinviano, tanto da poter essere indifferentemente diretta da dirigenti dell'area medica, sanitaria, tecnica ed amministrativa; 12.1. non è in discussione in questa sede la legittimità degli atti organizzativi adottati dall'Azienda Sanitaria (atti che per espressa indicazione normativa non sono espressione di potere autoritativo ma appartengono alla sfera del diritto privato - art. 3 d.lgs. n. 502/1992) ma, poiché si discute del trattamento retributivo spettante al dirigente, va comunque rammentato che il datore di lavoro pubblico non può attribuire inquadramenti e compensi che non siano previsti dalla contrattazione collettiva, neppure se di miglior favore (cfr. Cass. S.U. n. 21744/2009 e fra le più recenti Cass. n. 3826/2016, Cass. 16088/2016 e Cass. n. 25018/2017), sicché destituita di fondamento è la pretesa del ricorrente di essere equiparato, quanto al trattamento fondamentale ed accessorio, ai dirigenti medici di struttura complessa, pur a fronte di una palese divergenza dell'incarico rispetto al modello organizzativo pensato dal legislatore nazionale e presupposto dalle parti collettive.

In questa evenienza, il rapporto di lavoro dirigenziale è a tempo determinato. A propria volta, sulla base delle modalità effettive di svolgimento del rapporto, lo stesso potrà essere di natura subordinata o autonoma/parasubordinata, sempre ad tempus.

Agli incarichi affidati a soggetti esterni alla Amministrazione si applica, in linea di massima, la medesima disciplina dettata per gli incarichi dati ai dipendenti, tranne che per gli aspetti intrinsecamente incompatibili ovvero specificamente diversificati (Cass. n. 11015/2017). L'art. 19, comma 6, del TUPI impone, come è noto, limiti generali all'utilizzo di tali schemi, sui quali ci si soffermerà nel prosieguo della trattazione.

Per la causa di un dirigente esterno che ambisca ad un ulteriore rapporto di collaborazione sussiste la giurisdizione dell'AGA. Cassazione, SS.UU. 17.05.2013, n. 12107, ha precisato “Qualora una Regione, nell'esercizio dei suoi poteri istituzionali di organizzazione del servizio sanitario, e con provvedimento amministrativo mai impugnato, abbia istituito un nuovo servizio (nella specie, quello di "ortognatodonzia infantile", del tutto distinto da quello di odontoiatria), prevedendo determinati requisiti per il conferimento dell'incarico (nella specie, l'abilitazione specialistica in "ortognatodonzia", oppure l'iscrizione all'ultimo anno della relativa scuola di specializzazione), rientra nella giurisdizione del g.a. la controversia sulla domanda di un professionista (nella specie, odontoiatra), già in rapporto convenzionato con la medesima Regione, di adibizione alle nuove prestazioni, venendo in rilievo non l'ampliamento delle mansioni collaborative derivanti dal rapporto già in corso, quanto la pretesa di instaurare un ulteriore rapporto di collaborazione, nell'ambito del servizio di nuova istituzione, con conseguente configurabilità di una posizione di interesse legittimo a partecipare alla relativa procedura concorsuale”.

### **Distinzione tra funzioni e incarichi dirigenziali nel settore sanitario**

Nel sistema binario proprio del dirigente di ruolo, è essenziale avere chiara e tenere ferma la distinzione tra qualifica ed incarico dirigenziale.

La qualifica esprime una mera idoneità professionale (Cass. civ., n. 8674/2018) e si acquisisce attraverso il superamento della predetta procedura concorsuale, con successiva conclusione di un contratto di lavoro che comporta l'accesso al ruolo dirigenziale unico e la costituzione di un rapporto di lavoro pubblico dirigenziale a tempo indeterminato.

L'incarico invece definisce il contenuto concreto dell'attività assegnata. E' attribuito con un atto di nomina cui segue la stipula di un contratto individuale.

Nella dirigenza sanitaria, l'art. 15, comma 4 del D.Lgs 502/1992, in presenza delle condizioni ivi previste, sancisce il diritto all'attribuzione di funzioni di natura professionale, per i medici in possesso dei requisiti sopra indicati, mentre per gli incarichi di direzione la disposizione precisa la facoltatività del loro conferimento (“possono essere attribuiti”)

Nella medesima direzione, l'art. 15-ter del medesimo d.lgs.vo 502 prevede, al primo comma, “Gli incarichi di cui all'articolo 15, comma 4, sono attribuiti, a tempo determinato, dal direttore generale, secondo le modalità definite nella contrattazione collettiva nazionale, compatibilmente con le risorse finanziarie a tal fine disponibili e nei limiti del numero degli incarichi e delle strutture stabiliti nell'atto

aziendale di cui all'articolo 3, comma 1-bis, tenendo conto delle valutazioni triennali del collegio tecnico di cui all'articolo 15, comma 5”.

L'avverbio “compatibilmente” e l'esistenza di diversi fattori condizionanti la scelta del direttore generale di attribuzione degli incarichi sono convincenti indici della natura discrezionale nell'an, nel quando, nel quid della determinazione di assegnazione degli incarichi; ciò evidentemente impedisce la configurabilità in capo al dirigente medico aspirante ad un incarico di un diritto soggettivo pretensivo al suo ottenimento.

Tale ultimo aspetto, di notevole rilevanza, è coerente con il sistema generale dell'art. 19 del TUPI, richiamato nella medesima norma.

Pertanto, mentre sussiste il diritto del dirigente alle funzioni dirigenziali, non sussiste analogo diritto all'ottenimento di un incarico dirigenziale.

Tale ricostruzione è chiaramente recepita nella sentenza della Cassazione n. 17578/2019, nella quale si afferma: “l'art. 15, comma 4 del D.Igs. 30.12.1992 n. 502, nel testo in vigore *ratione temporis* dal 27.9.2000 prevede che: «In relazione alla natura e alle caratteristiche dei programmi da realizzare, alle attitudini e capacità professionali del singolo dirigente, accertate con le procedure valutative di verifica di cui al comma 5, al dirigente con cinque anni di attività con valutazione positiva sono attribuite funzioni di natura professionale anche di alta specializzazione, di consulenza, studio e ricerca, ispettive e di controllo, nonché possono essere attribuiti incarichi di direzione di strutture semplici». Tale norma consente di affermare la sussistenza di un vero e proprio diritto al conferimento delle funzioni di natura professionale, per i medici in possesso dei requisiti sopra indicati, mentre per ciò che concerne gli incarichi la disposizione precisa la facoltatività del loro conferimento. Tale interpretazione è avvalorata dall'art. 33 del CCNL 8.6.2000, applicabile *ratione temporis*, che al secondo comma prevedeva la mera possibilità di conferire l'incarico (“L'esito positivo della valutazione dei 6 dirigenti neo-assunti al termine del quinto anno può comportare l'attribuzione di incarichi di natura professionale anche di alta specializzazione, di consulenza, studio e ricerca, ispettive, di verifica e di controllo, nonché incarichi di direzione di strutture semplici”). Ed anche l'art. 28 comma 3 CCNL 8.6.2000 Dirigenza Area IV, al comma 3, statuiva che: “Ai dirigenti, dopo cinque anni di attività, sono conferibili gli incarichi di direzione di struttura semplice ovvero di natura professionale anche di alta specializzazione, di consulenza, di studio e ricerca, ispettivi, di verifica e di controllo indicati nell'art. 27 comma i lett. b) e c)”. La facoltatività del conferimento di incarichi, che esclude in materia una attività vincolata e che attesta una rimessione a valutazioni comparative motivate, senza alcun automatismo della scelta, lasciata alla discrezionalità del datore di lavoro, è stata affermata anche dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. 24.9.2015 n. 18972; Cass. 29.10.2018 n. 27400) che ha riconosciuto, per il dirigente medico, *in subiecta materia*, il diritto a svolgere mansioni ma non ad ottenere incarichi. Non è, pertanto, condivisibile la tesi del ricorrente secondo la quale il conferimento di incarichi professionali il conferimento di incarichi professionali sia un obbligo di legge e non contrattuale”.

Si consideri peraltro che la precedente contrattazione collettiva dell'8.6.2000 parlava di incarichi solo “conferibili” dopo 5 anni di attività (art. 28, comma 3) e di esito positivo della valutazione dei dirigenti neoassunti come semplice occasione (“*può comportare*”) di attribuzione di detti incarichi (art. 33, comma 2). L'art. 28, comma 2, lett. b) del successivo CCNL 3.11.2005, prevede che “L'esito

positivo della valutazione affidata al Collegio tecnico produce i seguenti effetti: .... b) per i dirigenti neo assunti, al termine del quinto anno, ...: - l'attribuzione di incarichi di natura professionale anche di alta specializzazione, di consulenza, studio e ricerca, ispettivi, di verifica e di controllo, nonché di direzione di strutture semplici; - l'attribuzione dell'indennità di esclusività della fascia superiore; - la rideterminazione della retribuzione di posizione minima contrattuale ...". La norma quindi ha finalità permissiva, ma non costitutiva di un diritto pretensivo.

Consideriamo in senso confirmativo di tale ricostruzione anche il comma 4 dell'art. 15-ter del d.lgs 502/1992, laddove si afferma che "I dirigenti ai quali non sia stata affidata la direzione di strutture svolgono funzioni di natura professionale, anche di alta specializzazione, di consulenza, studio e ricerca nonché funzioni ispettive, di verifica e di controllo".

In sintesi, dunque, anche in questo specifico settore ordinamentale sembra preferibile escludere l'esistenza di un diritto del dirigente all'incarico, e ciò sulla base del ragionamento sopra riportato ed anche dei seguenti specifici elementi regolativi:

- il comma 1 del suddetto l'art. 15-ter, dispone che "*Gli incarichi di cui all'art. 15, comma 4, sono attribuiti (...) secondo le modalità definite nella contrattazione collettiva nazionale, compatibilmente con le risorse finanziarie a tal fine disponibili e nei limiti del numero degli incarichi e delle strutture stabiliti nell'atto aziendale di cui all'art. 3, comma 1-bis*";
- l'art. 31 del CCNL 3/11/2005 afferma che, "*per i dirigenti con meno di cinque anni, il risultato negativo della verifica (...) al termine del quinquennio comporta il ritardo di un anno nell'eventuale conferimento di un nuovo incarico tra quelli compresi nelle tipologie b) e c) dell'art. 27 del CCNL 8 giugno ...*" (comma 4) e che solo "*... In presenza delle condizioni organizzative che lo consentono, è fatta salva la facoltà delle aziende ed enti, dopo tale periodo ed in base (a nuova) verifica, di conferire ai dirigenti del comma 4 uno degli incarichi di cui al l'art. 27, lettera c) ...*".

Tuttavia, va dato atto, in senso contrario, di alcuni pronunciamenti di merito, che hanno affermato la sussistenza del diritto soggettivo ad un incarico, in presenza di due soli presupposti: la prestazione di servizio per cinque anni; il conseguimento di una positiva valutazione di professionalità. Secondo questa opzione, dunque, dalla riforma del d.lgs. 254/2000 il conferimento dell'incarico diventerebbe oggetto di un vero e proprio obbligo.

Ferma restando la possibilità di tale diversa opzione ermeneutica, sia consentito ribadire tutti gli argomenti ermeneutici sopra enucleati, per dimostrarne la non divisibilità. Peraltro, l'art. 5, comma 7 del CCNL 5/7/2006, richiamato in questi diversi precedenti, dispone che "dopo l'entrata in vigore del presente contratto, la valutazione positiva prevista dall'art. 26, comma 2, lett. c) del CCNL 3 novembre 2005 per il riconoscimento al quindicesimo anno della fascia di indennità di esclusività è utile, in via prioritaria, anche ai fini dell'attribuzione al dirigente di un incarico -ove disponibile- tra quelli indicati nella lett. c) dell'art. 27 del CCNL 8 giugno 2000 ...". La clausola "ove disponibile" costituisce un elemento normativo ostativo alla configurazione di un diritto soggettivo pretensivo di tipo assoluto ai fini dell'ottenimento dell'incarico, definendo piuttosto i tratti del cd. interesse legittimo di diritto privato.

## **Disciplina generale sugli incarichi dirigenziali statali applicabile anche nella dirigenza sanitaria**

Anche alla luce del ragionamento testé proposto, è utile considerare che alla dirigenza sanitaria si applicano – salve le precisazioni via via evidenziate nel testo – molte delle norme e molti principi interpretativi valevoli per la dirigenza generale statale. Risulta quindi opportuno riportare, con la necessaria sintesi, le fondamentali regole applicabili anche alla dirigenza sanitaria.

Gli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali hanno natura negoziale e si tratta di determinazioni assunte dalla P.A. con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro.

L'Amministrazione gode di discrezionalità nell'esercizio di tali prerogative, ma resta obbligata al rispetto di determinati elementi sui quali la selezione deve fondarsi e dei criteri fissati dall'art. 19 del TUPI e delle clausole generali di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 cod. civ.).

Tali criteri nel rapporto negoziale tra le parti veicolano anche i principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost<sup>7</sup>.

Il Giudice non può sostituirsi a tale scelta, salvo che si tratti di attività vincolata e non discrezionale (Cass., n. 20979 del 2009).

In giurisprudenza, rispetto alla posizione dell'aspirante all'incarico si è parlato di interesse legittimo di diritto privato all'attribuzione dell'incarico, rilevante ai sensi dell'art. 2907 c.c. (Cass 5546/20).

Rispetto al singolo incarico, il dirigente aspirante non vanta un diritto soggettivo pretensivo, data la natura discrezionale del potere datoriale.

Sul punto, si rinvia, ex multis a Cassazione 18.06.2014, n. 13867 nella parte in cui ribadisce: “... (omissis)... *Va ribadito quanto già ritenuto da questa Corte (Cass., sez. lav., 22 febbraio 2006, n. 3880) che ha affermato che è riconosciuta al datore di lavoro pubblico ampia potestà discrezionale sia nel ritenere di non avvalersi di un determinato dipendente mettendolo così a disposizione del ruolo unico, sia nella scelta dei soggetti ai quali conferire incarichi dirigenziali; rispetto a tale potestà discrezionale la posizione soggettiva del dirigente aspirante all'incarico non può atteggiarsi come diritto soggettivo pieno, bensì come interesse legittimo di diritto privato, da riportare, quanto alla tutela giudiziaria, nella più ampia categoria dei "diritti" di cui all'art. 2907 cod. civ.. **La tutela di tale posizione giuridica soggettiva, affidata al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro, non è dissimile da quella già riconosciuta al partecipante ad una procedura di selezione concorsuale adottata dal datore di lavoro privato ed è estesa a tutte le garanzie procedurali di selezione previste dalla legge e dai contratti collettivi.***

In tal senso, chiaramente, anche Cassazione 24.09.2015, n. 18972 nella parte in cui afferma: “*la questione centrale posta all'esame della Corte è se, essendo stato dichiarato illegittimo dal giudice di primo grado, con sentenza confermata in appello, il provvedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale al contro interessato dott. Gr., la ricorrente dott.ssa G. possa lamentare che il giudice*

---

<sup>77</sup> In Cassazione civile sez. lav., 15 gennaio 2020 n. 712, relativamente ad una fattispecie di conferimento da parte della Azienda Sanitaria Unica regionale (ASUR) della Regione Marche dell'incarico dirigenziale di coordinatore di dipartimento, si afferma per esempio che la natura fiduciaria di un incarico conferito da una pubblica amministrazione nell'ambito del rapporto di impiego pubblico contrattualizzato non esclude che, in ragione dei principi di cui all'art. 97 Cost., di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa, l'Amministrazione espliciti le ragioni, sia pure fiduciarie, della scelta, con conseguente illegittimità della selezione ove la P.A. non abbia fornito elementi circa i criteri e le motivazioni della scelta.

di merito non abbia emesso sentenza costitutiva del suo diritto all'incarico. Ulteriore questione è se la ricorrente abbia interesse a vedere affermata l'illegittimità del provvedimento, oltre che per assenza di motivazione, come ritenuto dai giudici di appello, altresì per difetto, in capo al G., del requisito di anzianità di servizio previsto per la partecipazione alla procedura di selezione.

In via generale, va osservato che, in materia di pubblico impiego privatizzato, **il datore di lavoro pubblico ha un'ampia potestà discrezionale nella scelta dei soggetti ai quali conferire incarichi dirigenziali, cui corrisponde, in capo a coloro che aspirano all'incarico, una posizione qualificabile come di interesse legittimo di diritto privato, riconducibile, quanto alla tutela giudiziaria, nella più ampia categoria dei "diritti" di cui all'art. 2907 cod. civ.** (Cass. n. 13867 del 2014). In particolare, gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali rivestono la natura di determinazioni negoziali assunte dall'amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro; le norme contenute nel D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 19, comma 1, obbligano l'amministrazione datrice di lavoro al rispetto dei criteri di massima in esse indicati, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 cod. civ.), applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.. Tali norme obbligano la P.A. a valutazioni anche comparative, all'adozione di adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte. Pertanto, ove l'amministrazione non abbia fornito alcun elemento circa i criteri e le motivazioni seguiti nella scelta dei dirigenti ritenuti maggiormente idonei agli incarichi da conferire, è configurabile l'inadempimento contrattuale, suscettibile di produrre danno risarcibile (Cass. n. 9814 del 2008; Cass. n. 21088 del 2010); **tuttavia, la predeterminazione dei criteri di valutazione non comporta un automatismo nella scelta, che resta rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro (sia pure con il vincolo del rispetto di determinati elementi sui quali la selezione deve fondarsi), al quale non può sostituirsi il giudice, salvo che non si tratti di attività vincolata e non discrezionale** (Cass. n. 20979 del 2009).

La Corte territoriale, nella impugnata sentenza, si è sostanzialmente attenuta alle *regulae iuris* innanzi richiamate circa la non correttezza della procedura seguita dall'Amministrazione per avere adottato una determinazione senza corredarla di adeguata motivazione, così violando i criteri di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.. **Nè la Corte territoriale avrebbe potuto attribuire l'incarico alla ricorrente, poichè la ritenuta illegittimità del provvedimento adottato implica l'esercizio di una nuova valutazione, pur sempre rimessa al datore di lavoro, al quale non può sostituirsi il giudice, salvo che non si tratti, e non è il caso di specie, di attività vincolata e non discrezionale** (V., per tutte, Cass. 23549/06, secondo la quale il giudice ordinario può emettere una pronuncia costitutiva del rapporto di pubblico impiego contrattualizzato solo ove si tratti di attività vincolata e non discrezionale; nello stesso senso Cass. 18198/05). ... (omissis)...".

In sintesi, l'attribuzione ad altri dell'incarico può essere sindacata attraverso:

- limiti interni (art. 19, co. 1, rispetto criteri del bando)
- correttezza e buona fede artt. 1175, 1375 c.c./imparzialità e buon andamento e procedimentalizzazione: obbligo di pubblicità (cfr. 19, 1 bis), adozione di adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e a rendere ragione delle scelte cioè la soddisfazione dei criteri di scelta, ma non c'è sempre un dovere di motivazione comparativa (Cass. civ. sez. lav., 10/11/2017, n. 26694; SU 5457/09; 15764/11).

La tutela giudiziaria in questa materia si concretizza nei seguenti strumenti di tutela (con i relativi limiti):

1. E' preclusa la possibilità di ottenere l'attribuzione dell'incarico ope iudicis: il Giudice non può sostituirsi alla PA anche in presenza di predeterminazione dei criteri di valutazione, la quale non comporta comunque un'attività definibile come vincolata, restando pur sempre discrezionale. Infatti, la previsione di elementi, su cui fondare la selezione, non implica un automatismo della scelta, ma solo una scelta vincolata a determinati criteri, la cui valutazione ed applicazione in concreto è pur sempre rimessa al datore di lavoro, senza possibilità per il giudice di sostituirsi e ciò salvo che non si tratti di attività vincolata e non discrezionale (Cass. 20979/09) . E' infatti principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità (da ultimo n. 22029 del 12/07/2022) quello per cui il lavoratore, nell'ipotesi di illegittima esclusione da una procedura selettiva o di erronea valutazione, è titolare di un diritto soggettivo all'effettivo e corretto svolgimento delle operazioni valutative e può esercitare l'azione di esatto adempimento, al fine di ottenere la ripetizione della valutazione, nonché agire per il risarcimento del danno anche da perdita di "chance", ma non può domandare al giudice di sostituirsi al datore di lavoro quanto alle valutazioni discrezionali, con la conseguenza che l'attribuzione del bene al quale il dipendente aspira sarà possibile solo qualora la graduatoria da formare all'esito della procedura selettiva sia la risultante di criteri fissi e predeterminati ai quali il datore di lavoro, pubblico e privato, per autonoma iniziativa o pattiziamente, abbia vincolato la propria discrezionalità, rapportando il punteggio in maniera fissa al ricorrere di un titolo o, più in generale, di un determinato presupposto fattuale.
2. l'atto (di conferimento ad altri) è invalidabile ex artt. 1324, 1418 c.c. se contrasta con norme imperative (cfr. art. 2, co. 2 TUPI), ma non è invalidabile se sussiste la violazione degli obblighi di buona fede, aprendo solo la possibilità della tutela risarcitoria (regole di comportamento vs. norme di validità dell'atto: Cass. n. 6308/21).
3. risarcimento del danno da perdita di chance (oneri allegazione: concreta probabilità dell'esito positivo)
4. possibilità di pronunciare previa declaratoria di nullità del conferimento ad altri l'ordine all'Amministrazione di ripetizione della scelta (artt. 1453, quale azione di manutenzione del contratt, 2058 c.c.). Non si pongono questioni di limiti dei poteri dell'AGO verso la PA poiché qui si tratta di un'Amministrazione che agisce con ordinari poteri negoziali di natura prettamente privatistica.
5. In via eccezionale, come detto, solo per procedimenti a punteggi numerici fissi e ad applicazione automatica e meccanica, il Giudice può procedere alla nuova valutazione e all'attribuzione dei punteggi, valutando correttamente il titolo non riconosciuto al ricorrente (Cass. n. 23549/06 secondo la quale il giudice ordinario può emettere una pronuncia costitutiva solo ove si tratti di attività vincolata e non discrezionale; nello stesso senso Cass. 18198/05; 20979/09).

### **Applicabilità dell'art. 2103 c.c. agli incarichi della dirigenza sanitaria. Le sostituzioni**

Il dirigente medico una volta cessato il precedente incarico ha diritto ad ottenerne un altro equivalente dal punto di vista professionale? La risposta dovrebbe essere negativa.

Infatti, come ritenuto dalla Corte di cassazione (sentenza n. 4986/2018) "il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 19, esclude l'applicabilità agli incarichi dirigenziali dell'art. 2103 c.c. e detta esclusione è stata ribadita per i dirigenti medici dalle parti collettive (art. 27 CCNL 8.6.2000 per la dirigenza medica del servizio sanitario nazionale), perchè, come evidenziato dal D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 15 "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"; e pure che: "il dirigente medico non ha un diritto soggettivo ad effettuare interventi che siano qualitativamente e quantitativamente costanti nel tempo, sicchè lo stesso non può opporsi nè a scelte aziendali che siano finalizzate a tutelare gli interessi collettivi richiamati dal D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 1, nè alle direttive impartite dal responsabile della struttura....".

Sicuramente, tale conclusione è coerente con un sistema che non è basato su una progressione nell'ambito della carriera di appartenenza, ma sull'attribuzione di incarichi, e della correlata classe di stipendio, legata al superamento di una procedura di valutazione compiuta nell'ambito degli incarichi di struttura disponibili, affidata al compimento di atti di gestione dei rapporti di lavoro coinvolti dalle scelte datoriali (Cass. 11/03/2020, n. 6946).

Nel pubblico impiego contrattualizzato, i dirigenti medici non hanno comunque un diritto soggettivo a svolgere interventi equivalenti per qualità e quantità a quelli affidati ad altri dirigenti della medesima struttura, né a quelli svolti nel passato. Tuttavia, ed in ogni caso, il datore di lavoro pubblico è tenuto a non mortificare la personalità del dirigente con l'attribuzione di funzioni che esulino del tutto dal bagaglio di conoscenze specialistiche posseduto, fermo il rispetto delle esigenze superiori di tutela della salute dei cittadini (Cass. 18194/2019; Cass. 4.1.2019 n. 91)<sup>8</sup>.

Pertanto, deve essere garantita al dirigente solo la possibilità di svolgere un'attività che sia correlata alla professionalità posseduta; sono da ritenersi, quindi, non corrette situazioni di sostanziale inattività o assegnazioni caratterizzate da finalità vessatorie o atipiche.

Nello stesso senso, più di recente, la Cassazione (n.12623/2022) ha ribadito che in ipotesi di demansionamento, nell'ambito della dirigenza sanitaria, il dirigente medico non ha un diritto soggettivo ad effettuare interventi che siano qualitativamente e quantitativamente costanti nel tempo, pertanto, lo stesso non può opporsi né a scelte aziendali che siano finalizzate a tutelare gli interessi collettivi (art. 1 d.lgs. n. 502 del 1992), né alle direttive impartite dal responsabile della struttura con l'obiettivo di garantire efficienza e qualità del servizio da assicurare al paziente. Ciò – ha confermato la Corte - non comporta che la professionalità del dirigente medico non riceva alcuna tutela, in quanto è garantito al dirigente di svolgere un'attività che sia relazionata alla professionalità posseduta, quindi lo stesso non può essere posto in una condizione di sostanziale inattività né assegnato a funzioni che richiedano un bagaglio di conoscenze specialistiche diverso da quello posseduto e allo stesso non assimilabile, sulla base delle corrispondenze stabilite a livello regolamentare. Inoltre, poiché, come si è detto, il datore di lavoro è tenuto al rispetto dei principi di correttezza e buona fede, l'esercizio del diritto non può essere ispirato da finalità vessatorie né avvenire causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte, al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali il diritto medesimo è attribuito.

---

<sup>88</sup> Pierluca Baldassarre Pasqualicchio Il giudizio di equivalenza formale nel pubblico impiego contrattualizzato: la posizione del dirigente medico, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni 3/2020, 215.

E' utile, dal punto di vista sistematico, comunque considerare che l'inoperatività dell'art. 2103 c.c. alla dirigenza, sancita in via generale dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 19, trova origine nel fatto che la qualifica dirigenziale non esprime una posizione lavorativa caratterizzata dallo svolgimento di determinate mansioni, bensì esclusivamente l'idoneità professionale a ricoprire un incarico dirigenziale (Cass. n. 91/2019). Per la dirigenza sanitaria, come detto, il principio è ribadito dal d.lgs. n. 502 del 1992, art. 15 (come sostituito dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, art. 13, comma 1) – secondo cui la dirigenza sanitaria è collocata in un unico ruolo, distinto per profili professionali ed in un unico livello.

In caso di sostituzioni, con orientamento ormai consolidato, la Corte di cassazione (tra le altre, Cass. n. 16299/2015; Cass. n. 21565/2018; Cass. n. 23155 e 23156/2021; Cass. n. 23195/2021 e da ultimo Cass. 14/09/2022, n. 27109), superando un isolato precedente di segno contrario (Cass. n. 13809/2015), ha enunciato il principio secondo cui la sostituzione nell'incarico di dirigente medico di struttura, ai sensi del CCNL dell'8.6.2000 per l'Area della dirigenza medica e veterinaria del SSN, art. 18, non si configura come svolgimento di mansioni superiori, poiché avviene nell'ambito del ruolo e livello unico della dirigenza sanitaria, sicché non trova applicazione l'art. 2103 c.c. ed al sostituto non spetta il trattamento accessorio del sostituito, ma solo la prevista indennità cd. sostitutiva, senza che rilevi, in senso contrario, la prosecuzione dell'incarico oltre il termine di sei mesi (o di dodici se prorogato) per l'espletamento della procedura per la copertura del posto vacante, dovendosi considerare adeguatamente remunerativa l'indennità sostitutiva specificamente prevista dalla disciplina collettiva e, quindi, inapplicabile l'art. 36 Cost.

Il termine di cui al comma 4, della norma quindi, svolge senz'altro una funzione sollecitatoria ma il suo mancato rispetto non può legittimare la rivendicazione dell'intero trattamento economico spettante al dirigente sostituito, impedita proprio dall'incipit del comma 7, che, operando unitamente al principio della onnicomprensività al quale si è già fatto cenno, esclude qualsiasi titolo sul quale la pretesa possa essere fondata (così Cass. n. 30575/2019, che ribadisce il superamento del diverso orientamento espresso, in modo isolato, da Cass. n. 13809/2015, che ha ritenuto di poter ravvisare lo svolgimento di mansioni superiori in caso di sostituzione protrattasi oltre il limite massimo di dodici mesi).

Si consideri peraltro che l'art. 15 ter (aggiunto dal D.Lgs. n. 229 del 1999, medesimo art. 13, comma 1), comma 5 dispone che il dirigente preposto ad una struttura complessa è sostituito, in caso di sua assenza o impedimento, da altro dirigente della struttura o del dipartimento individuato dal responsabile della stessa struttura ed alle predette mansioni superiori non si applica l'art. 2103, comma 1, c.c.. Sulla base della richiamata giurisprudenza, che ha altresì superato l'orientamento, espresso da Cass. n. 24373/2008 e n. 34541/2019, il dirigente medico non matura in questi casi il diritto a percepire la retribuzione di posizione corrispondente all'incarico svolto di fatto.

Quanto ai profili relativi al mutamento di sede, si registrano alcuni casi relativi a dirigenti aventi diritto ai benefici dell'art. 33 della legge n. 104/1992. A tal fine, la Cassazione (28.03.2018, n. 7693) ha affermato: *"...a voler assecondare la prospettazione di parte ricorrente, la quale utilizza la cifra interpretativa della distinzione tra limiti interni ed esterni all'esercizio dei diritti a copertura costituzionale, il "limite esterno" alla tutela del disabile si ricava da una lettura combinata tra il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 19, e la L. n. 104 del 1992, art. 33. Il primo esclude espressamente l'applicazione dell'art. 2103 c.c., al conferimento di un incarico dirigenziale, e quindi dichiara*

*ininfluenti le ragioni tecniche, organizzative e produttive rispetto al potere datoriale di adottare il provvedimento quando questo comporti uno spostamento di sede, stabilendo in via di principio che il conferimento di un incarico dirigenziale non possa identificarsi tout court con l'esercizio unilaterale del potere datoriale. Allo stesso modo, però, quando lo spostamento di sede si ponga in conflitto col diritto del congiunto disabile, la L. n. 104 del 1992, offre al dipendente la possibilità di annullare la tensione tra i due interessi contrastanti (quello dell'Ente ad attuare lo spostamento e quello del dipendente a beneficiare della tutela assistenziale per il congiunto disabile), mediante l'espressione della scelta di una sede preferenziale, atto che va ad inserirsi di pieno diritto nello schema contrattuale tipico del conferimento dell'incarico dirigenziale.*

*Qualora il conferimento d'incarico dirigenziale presupponga lo spostamento di sede, e il dipendente non abbia manifestato la volontà di avvalersi della scelta preferenziale di una sede maggiormente compatibile con le esigenze assistenziali, l'amministrazione non è tenuta a giustificare le ragioni che comportano il cambiamento di sede, non trattandosi di trasferimento in senso tecnico per l'espressa esclusione dell'art. 2013 c.c., da parte dell'art. 19 del D.Lgs..*

*La p.a. non è, però, neanche obbligata ad accogliere la richiesta del dirigente, là dove la stessa non si riveli assecondabile, in quanto, l'esigenza di solidarietà arretra di fronte al "limite esterno" rappresentato dalla specificità del ruolo della dirigenza pubblica, intimamente correlato ai principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, la quale non consente il radicarsi, in capo al dirigente pubblico, di un diritto assoluto all'inamovibilità della posizione. ... (omissis)...*

## **Il trattamento economico**

Nella determinazione del trattamento economico dei dirigenti sanitari trova applicazione il D.Lgs. n. 165 del 2001, che, all'art. 24, ha delegato alla contrattazione collettiva il trattamento economico dei dirigenti, precisando che il trattamento accessorio deve essere correlato alle funzioni attribuite.

In particolare, il citato art. 24 recita:

1. La retribuzione del personale con qualifica di dirigente e' determinata dai contratti collettivi per le aree dirigenziali, prevedendo che il trattamento economico accessorio sia correlato alle funzioni attribuite, alle connesse responsabilita' e ai risultati conseguiti. La graduazione delle funzioni e responsabilita' ai fini del trattamento accessorio e' definita, ai sensi dell'articolo 4, con decreto ministeriale per le amministrazioni dello Stato e con provvedimenti dei rispettivi organi di governo per le altre amministrazioni o enti, ferma restando comunque l'osservanza dei criteri e dei limiti delle compatibilita' finanziarie fissate dal Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

Il comma 1-bis<sup>9</sup> non si applica alla dirigenza del Servizio sanitario nazionale (co. 1ter)

Il medesimo art. 24, per la parte applicabile alla dirigenza sanitaria, prevede (al comma 2) anche che “per gli incarichi di uffici dirigenziali di livello generale ai sensi dell'articolo 19, commi 3 e 4, con

---

<sup>9</sup> Il trattamento accessorio collegato ai risultati deve costituire almeno il 30 per cento della retribuzione complessiva del dirigente considerata al netto della retribuzione individuale di anzianita' e degli incarichi aggiuntivi soggetti al regime dell'onnicomprensivita'

contratto individuale e' stabilito il trattamento economico fondamentale, assumendo come parametri di base i valori economici massimi contemplati dai contratti collettivi per le aree dirigenziali, e sono determinati gli istituti del trattamento economico accessorio, collegato al livello di responsabilita' attribuito con l'incarico di funzione ed ai risultati conseguiti nell'attivita' amministrativa e di gestione, ed i relativi importi. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze sono stabiliti i criteri per l'individuazione dei trattamenti accessori massimi, secondo principi di contenimento della spesa e di uniformita' e perequazione.

Inoltre, la norma fonda un principio di onnicomprensività, statuendo che “il trattamento economico determinato ai sensi dei commi 1 e 2 remunera tutte le funzioni ed i compiti attribuiti ai dirigenti in base a quanto previsto dal presente decreto, nonche' qualsiasi incarico ad essi conferito in ragione del loro ufficio o comunque conferito dall'amministrazione presso cui prestano servizio o su designazione della stessa; i compensi dovuti dai terzi sono corrisposti direttamente alla medesima amministrazione e confluiscono nelle risorse destinate al trattamento economico accessorio della dirigenza (sul punto cfr. Cass., Sez. L, n. 8261 del 30 marzo 2017).

Inoltre, il comma 8 dispone che ai fini della determinazione del trattamento economico accessorio le risorse che si rendono disponibili confluiscono in appositi fondi istituiti presso ciascuna amministrazione, unitamente agli altri compensi previsti.

Il CCNL vigente, all'art. 86, definisce quindi la struttura della retribuzione dei dirigenti, disponendo che la stessa si articola nelle seguenti voci:

a) trattamento fondamentale:

- stipendio tabellare;
- retribuzione individuale di anzianità, ove acquisita;
- retribuzione di posizione parte fissa che sostituisce le attuali retribuzione minima unificata e differenza sui minimi; tale voce è attribuita nei valori, con le modalità e con le decorrenze di cui all'art. 89;
- assegni personali, ove spettanti, ai sensi delle vigenti norme contrattuali;

b) trattamento accessorio:

- retribuzione di posizione parte variabile, ove spettante;
- indennità di incarico di direzione di struttura complessa, ove spettante;
- retribuzione di risultato, ove spettante;
- altri trattamenti accessori, ove spettanti.

Ai dirigenti, è corrisposto anche l'assegno per il nucleo familiare, ove spettante ai sensi delle norme vigenti.

### **La retribuzione di posizione**

Dato il contenzioso in materia, è importante analizzare la disciplina della retribuzione di posizione, che è composta da una parte fissa e una parte variabile e compete per tredici mensilità, secondo la disciplina di cui agli artt. 86-90 del CCNL.

Ai sensi dell'art. 89, co. 2, del CCNL, la retribuzione di posizione di cui al comma 1 si compone di una parte fissa -coincidente con il suo valore minimo - e di una parte variabile, che insieme rappresentano il valore complessivo d'incarico.

La componente fissa della retribuzione di posizione è determinata dal CCNL secondo le posizioni funzionali od economiche di provenienza dei dirigenti, è garantita al dirigente in misura costante e viene mantenuta nel tempo.

Quanto alla parte variabile della retribuzione di posizione, il CCNL ne ricollega la determinazione alla "graduazione delle funzioni", cioè ai fini del riconoscimento di tale componente è imprescindibile l'intervenuta adozione dell'atto aziendale che regola l'organizzazione ed il funzionamento delle unità operative, individuando quelle dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, riconducibile al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 2, comma 1.

Tale atto organizzativo costituisce infatti un elemento imprescindibile per il conferimento dell'incarico dirigenziale e per l'attribuzione del trattamento economico, che la contrattazione collettiva di comparto correla alla tipologia dell'incarico stesso ed alla graduazione delle funzioni. La graduazione delle funzioni, come si è detto, risponde difatti all'esigenza di attribuire un predeterminato valore a ciascun incarico dirigenziale in relazione ai relativi contenuti (per obiettivi da conseguire e connesse responsabilità) e ha natura di atto di macro organizzazione (riconducibile all'art. 2, comma 1, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; cfr, Cass., 25 marzo 2014, n. 6956; Cass., 31 marzo 2009, n. 7768).

Come si diceva, l'attuale art. 89, co. 8 del CCNL vigente (corrispondente agli artt. 51 del CCNL 5 dicembre 1996), dispone che la retribuzione di posizione complessiva è attribuita sulla base della graduazione delle funzioni definita in sede aziendale, tenendo conto delle articolazioni aziendali individuate dalle leggi regionali di organizzazione.

La graduazione delle funzioni è effettuata dalle Aziende od Enti sulla base dei criteri e parametri di massima fissati dallo stesso CCNL e che i medesimi Enti od Aziende possono assumere, anche in modo semplificato, per adattarli alla loro specifica situazione organizzativa, nel rispetto delle leggi regionali nonché previo confronto sindacale.

Sostanzialmente le aziende, in base alle risultanze della detta graduazione, attribuiscono ad ogni posizione dirigenziale prevista nel proprio assetto organizzativo un valore economico secondo i parametri di riferimento fissati dal CCNL, previa informazione alle rappresentanze sindacali. A parità di struttura organizzativa e corrispondenza delle funzioni, alle posizioni è attribuita la stessa valenza economica (art. 89, ult. Co.).

Inoltre, tale voce viene finanziata dall'apposito Fondo di cui all'art. 90 del CCNL.

L'art. 71, co. 2, ribadisce che le Aziende ed Enti provvedono alla graduazione degli incarichi dirigenziali e individuano l'importo della relativa retribuzione di posizione complessiva in conformità a quanto previsto dall'art. 89, in relazione alle articolazioni aziendali individuate dal d.lgs. n. 502 del 1992, dalle leggi regionali di organizzazione e dagli eventuali atti di indirizzo e coordinamento del Ministero della Sanità.

Ai sensi dell'art. 88 la complessiva retribuzione di posizione - intesa come somma della parte fissa e della parte variabile - è definita entro i valori massimi annui lordi per tredici mensilità di cui alla tabella del CCNL.

La Corte di cassazione ha quindi chiarito che il dirigente non ha diritto, in assenza dell'atto aziendale di graduazione delle funzioni, alla parte variabile della retribuzione di posizione (da ultimo, Cass. n. 37004/2022). In altre parole, il provvedimento di graduazione delle funzioni integra un elemento costitutivo della parte variabile della retribuzione di posizione, con la conseguenza che, in sua mancanza, la componente variabile non può essere determinata né con riferimento soltanto

all'importanza e complessità dell'incarico ricoperto, né, in maniera indifferenziata, in proporzione alla disponibilità dell'apposito fondo aziendale (Cass., Sez. L, n. 20480 del 28 settembre 2020).

Nella risoluzione di queste controversie, pertanto, non può essere trascurato che la disciplina del D.Lgs. n. 502 del 1992 impone la previa adozione di un atto aziendale che regoli l'organizzazione e il funzionamento delle unità operative, provvedimento che costituisce elemento imprescindibile per il conferimento di un incarico dirigenziale e l'attribuzione del relativo trattamento economico, che la contrattazione collettiva di comparto correla alla tipologia dell'incarico stesso e alla graduazione delle funzioni (Cass., Sez. L, n. 91 del 4 gennaio 2019).

La regola generale, quindi, impone di attendere l'adozione dell'atto aziendale di graduazione delle funzioni per ottenere il riconoscimento della componente variabile della retribuzione di posizione.

In una recente sentenza (n. 7110/2023), riferita ad un caso sottoposto *ratione temporis*, al previgente CCNL, la Cassazione ha rimarcato che, nell'ambito della fattispecie complessa di cui si è detto, il procedimento di negoziazione ha un significato prevalentemente politico-sindacale, "con la conseguenza che le scansioni previste per tale procedimento non hanno funzione simile a quelle di un ordinario procedimento amministrativo e che l'inosservanza del termine per la costituzione della delegazione di parte pubblica e per la convocazione dei sindacati, come pure la mancata conclusione delle trattative entro la data fissata dal contratto, non costituiscono di per se inadempimento da parte dell'Azienda ai suoi obblighi contrattuali verso i dipendenti (Cass., SU, n. 7768 del 31 marzo 2009)".

Dalle disposizioni sopra elencate, inoltre, la Corte ha tratto la conclusione "che il provvedimento di graduazione delle funzioni è atto riservato all'organo di vertice delle amministrazioni, riconducibile, come generalmente ritenuto, alle previsioni dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001, quale atto di macro-organizzazione, e che dalla sua adozione dipende la determinazione della retribuzione di posizione.

L'Azienda provvederà ad effettuare la graduazione delle funzioni e la pesatura degli incarichi e, quindi, a determinare la componente variabile della retribuzione di posizione distinta dalla quota tabellare stabilita in sede contrattuale utilizzando le risorse di cui al fondo menzionato dall'art. 60 CCNL 5 dicembre 1996 e dall'art. 50 CCNL 8 giugno 2000.

Sempre dalle disposizioni legislative e contrattuali citate si evince che a carico della P.A. vi è un obbligo di procedere alla graduazione delle funzioni ed alla pesatura degli incarichi, discendente dalla necessità di quantificare una quota della retribuzione spettante ai medici per l'attività da loro svolta e dal dovere di attivare la contrattazione collettiva che la concerne alle scadenze previste. Per giungere a questo esito, però, occorre seguire uno specifico iter, in quanto la concreta individuazione della voce retributiva in esame richiede un'attività finale esclusivamente riservata all'amministrazione datrice di lavoro e una fase preparatoria negoziale che coinvolge i sindacati. In seguito all'espletamento di detta fase preparatoria la P.A. provvederà ad attingere dalle risorse dei fondi menzionati e a predisporre il provvedimento conclusivo.

Si evince da ciò che prima della graduazione delle funzioni e della pesatura degli incarichi vi è una obbligatoria fase procedimentale che non coinvolge il lavoratore e rispetto alla quale quest'ultimo è indifferente.

Tale fase procedimentale è governata da termini il cui mancato rispetto, però, non esonera l'Azienda dall'obbligo di porre in essere l'attività necessaria per giungere alla graduazione delle funzioni e alla pesatura degli incarichi.

Allo stesso modo, eventuali problematiche concernenti il fondo ex artt. 60 CCNL 5 dicembre 1996 e 50 CCNL 8 giugno 2000 non comporteranno di per sé il venire meno dell'obbligo de quo.

L'attività negoziale preliminare che coinvolge i sindacati e la stessa formazione e gestione del fondo citato rientrano fra gli atti esecutivi dell'obbligazione e di adempimento della stessa, che devono essere realizzati dalla P.A. nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede.

Una volta scaduti i termini fissati dalla contrattazione collettiva per coinvolgere le parti sociali e costituitasi la provvista nel fondo, l'Azienda ha l'obbligo di attivare il procedimento che condurrà alla graduazione delle funzioni ed alla pesatura degli incarichi.

Se non lo fa è inadempiente.

Con riferimento al fondo previsto dagli artt. 60 CCNL 5 dicembre 1996 e 50 CCNL 8 giugno 2000 la contrattazione collettiva pone un dovere di integrale utilizzo annuale delle relative risorse e, quindi, la P.A. non potrà opporre, in linea di principio, al dipendente la propria volontà di non utilizzarle per il fine al quale sono destinate. Qualora, poi, si verificano eventi imprevedibili che incidano su questa fase procedimentale, impedendone l'instaurazione e lo svolgimento, perché ostacolano la negoziazione sindacale o perché, quanto al fondo de quo, lo privano di risorse o lo rendono inattivo, sempre la stessa P.A. sarà gravata ex art. 1218 c.c. dall'onere di allegare e provare detti eventi; il medesimo onere di allegazione e prova graverà sull'amministrazione in ordine a qualunque eccezione.

Il creditore lavoratore deve, invece, dimostrare solo la fonte (negoziale o legale) del proprio diritto, limitandosi alla mera allegazione dell'inadempimento dell'amministrazione.

A tali conclusioni si perviene applicando le ordinarie regole civilistiche sulla ripartizione dell'onere probatorio nelle obbligazioni contrattuali, così come delineate da consolidata giurisprudenza (da Cass., SU, n. 13533 del 30 ottobre 2001 in poi)".

In sintesi, dunque, l'Azienda è tenuta a dare avvio alla procedura volta all'adozione del provvedimento di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi e il lavoratore ha diritto a che la parte datrice operi in questa direzione. "Del resto, opinando il contrario, la parte variabile dell'indennità di posizione finirebbe per costituire una prestazione rimessa al mero unilaterale arbitrio dell'Amministrazione, in contrasto con la previsione di principio contenuta nella legge nonché con una lettura ragionevole dell'impianto di fonte negoziale.

Nel caso deciso, la corte territoriale aveva escluso del tutto che tale procedura fosse stata attivata, con la conseguenza che non potrebbe neppure discutersi di una condotta comunque diligente dell'azienda ed ha negato che il datore di lavoro avesse provato, come sarebbe stato suo onere, di essersi trovato nell'impossibilità di eseguire la prestazione per causa a lui non imputabile.

Ovviamente, in casi di tal fatta, non può essere accolta la domanda volta a conseguire direttamente la retribuzione dell'indennità di posizione variabile per la funzione svolta, da qualificare come domanda di adempimento.

"Infatti, in materia di dirigenza pubblica, il provvedimento di graduazione delle funzioni integra un elemento costitutivo della parte variabile della retribuzione di posizione, con la conseguenza che, in sua mancanza, detta componente non può essere determinata né con riferimento soltanto all'importanza e complessità dell'incarico ricoperto né, in maniera indifferenziata, in proporzione alla disponibilità dell'apposito fondo aziendale (Cass., Sez. L, n. 20480 del 28 settembre 2020). Pertanto, il semplice accertamento della violazione dell'obbligo, gravante sull'ASP Agrigento, non poteva comportare l'accoglimento della domanda di adempimento.

Allo stesso tempo, però, l'accertata violazione del diritto della dipendente a che la P.A. attivasse la procedura in questione giustifica l'accoglimento della domanda subordinata di risarcimento del danno avanzata.

Invero, ove la P.A. risulti – come accertato nel caso in esame - inadempiente rispetto al proprio obbligo di avviare la procedura finalizzata all'adozione del provvedimento di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi, il dipendente potrà chiedere non già una tutela in forma specifica – essendo detto provvedimento oggetto di un facere discrezionale e infungibile dell'amministrazione – ma una mera tutela per equivalente, ossia risarcitoria.

A sua volta tale risarcimento non potrà che essere sub specie di risarcimento del danno da perdita di chance.

Tale danno va riconosciuto, ove sussista la prova, fornita anche presuntivamente dal soggetto leso, di una concreta ed effettiva occasione perduta (da valutare in base ai parametri di apprezzabilità,

serietà e consistenza) e va liquidato in via equitativa, tenuto conto del grado di probabilità e della natura di danno futuro, consistente nella perdita non di un vantaggio economico, ma della mera possibilità di conseguirlo.

Per l'esattezza, in tema di risarcibilità dei danni conseguiti da fatto illecito o da inadempimento, nell'ipotesi di responsabilità contrattuale, il nesso di causalità va inteso in modo da ricomprendere nel risarcimento anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della c.d. regolarità causale (Cass., Sez. 3, n. 15274 del 4 luglio 2006).

La regola per la quale il risarcimento per l'inadempimento dell'obbligazione esige un rapporto causale immediato e diretto fra lo stesso inadempimento e il danno, prevista dall'art. 1223 c.c., pur essendo fondata sulla necessità di limitare l'estensione temporale e spaziale degli effetti degli eventi illeciti, deve essere intesa, dunque, come orientata ad escludere dal risarcimento esclusivamente le conseguenze dell'inadempimento che non siano connesse a questo in maniera giuridicamente rilevante. In questi termini va interpretata la prescrizione per la quale tale risarcimento deve comprendere la perdita e il mancato guadagno del creditore che di detto inadempimento siano ex art. 1223 c.c. conseguenza propriamente "immediata e diretta". È compito del giudice di merito accertare la materiale esistenza di un rapporto causale che abbia i menzionati caratteri normativamente richiesti (Cass., Sez. L, n. 9374 del 21 aprile 2006).

Il dipendente è tenuto, allora, ad allegare l'esistenza di un danno da perdita di chance e degli elementi costitutivi dello stesso, ossia di una plausibile occasione perduta, del possibile vantaggio perso e del correlato nesso causale (nei termini sopraesposti), fornendo la relativa prova pure mediante presunzioni o secondo un calcolo di probabilità.

Una volta fatto ciò, il giudice, che ritenga fornita tale prova, liquida il danno eventualmente in via equitativa".

Nella specie, l'Azienda aveva sostenuto che era stato riconosciuto a tutti i dirigenti medici un minimum della retribuzione di posizione, il che avrebbe escluso ogni colpevole inerzia dell'azienda sanitaria considerato anche che la Regione aveva ordinato di sospendere il conferimento degli incarichi di responsabile di struttura semplice e complessa. La stessa ricorrente, peraltro, avendo ricevuto un "minimum" dell'indennità, avrebbe avuto l'onere di dimostrare che, in presenza della pesatura della funzione esercitata, avrebbe avuto diritto ad ottenere una somma maggiore, esattamente quantificata.

Il versamento di detto "minimum" avrebbe dovuto essere considerato come manifestazione della buona fede dell'amministrazione interessata.

"Inoltre, deve sottolinearsi che l'ASP Agrigento, corrispondendo un minimum di quanto dovuto, aveva semplicemente adempiuto, pur se in maniera parziale, i propri obblighi. Peraltro, detto minimum costituisce proprio un elemento valutabile, in via equitativa, per quantificare il risarcimento da perdita di chance della controricorrente. Si osserva, altresì, che parte ricorrente aveva l'onere, comunque, di dedurre che le somme riconosciute erano un adeguato compenso della prestazione da essa resa, il che non è espressamente avvenuto.

"In tema di dirigenza medica del settore sanitario pubblico, la P.A. è tenuta a dare inizio e a completare, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede, il procedimento per l'adozione del provvedimento di graduazione delle funzioni dirigenziali e di pesatura degli incarichi, nel cui ambito la fase di consultazione sindacale, finalizzata anche a determinare l'ammontare delle risorse destinate al pagamento della quota variabile della retribuzione di posizione definita in sede aziendale e dipendente dalla graduazione delle funzioni, ha carattere endoprocedimentale; il mancato rispetto dei termini interni che ne scandiscono lo svolgimento, l'omessa conclusione delle trattative entro la data fissata dal contratto collettivo e le eventuali problematiche concernenti il fondo espressamente dedicato, ai sensi del medesimo contratto collettivo, alla quantificazione della menzionata quota variabile non fanno venir meno di per sé l'obbligo gravante sulla P.A. di attivare e concludere la procedura diretta all'adozione di tale provvedimento".

"La violazione dell'obbligazione della P.A. di attivare e completare il procedimento finalizzato all'adozione del provvedimento di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi legittima

il dirigente medico interessato a chiedere non l'adempimento di tale obbligazione, ma solo il risarcimento del danno per perdita della chance di percepire la parte variabile della retribuzione di posizione. A tal fine, il dirigente medico è tenuto solo ad allegare la fonte legale o convenzionale del proprio diritto e l'inadempimento della controparte; il datore di lavoro è gravato, invece, dell'onere della prova dei fatti estintivi o impeditivi dell'altrui pretesa o della dimostrazione che il proprio inadempimento è avvenuto per causa a lui non imputabile".

"Il danno subito dal dirigente medico della sanità pubblica per perdita della chance di percepire la parte variabile della retribuzione di posizione, conseguente all'inadempimento della P.A. all'obbligo di procedere alla graduazione delle funzioni ed alla pesatura degli incarichi a tal fine necessaria, può essere liquidato dal giudice anche in via equitativa; in proposito il dipendente deve allegare l'esistenza di tale danno e degli elementi costitutivi dello stesso, ossia di una plausibile occasione perduta, del possibile vantaggio perso e del correlato nesso causale, inteso in modo da ricomprendere nel detto risarcimento anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della c.d. regolarità causale, fornendo la relativa prova pure mediante presunzioni o secondo parametri di probabilità".

### **Casistica giudiziaria relativa al trattamento economico**

In linea generale, è opportuno anche segnalare che proprio nell'ambito della dirigenza sanitaria possono verificarsi situazioni di possibile differenziazione stipendiale, da ritenersi correttamente e legittimamente applicate.

Infatti, secondo la giurisprudenza di legittimità, è la stessa fonte contrattuale collettiva, alla quale la legge delega la determinazione del trattamento economico, che può stabilire differenziazioni stipendiali fondate su parametri ritenuti rilevanti.

In questa cornice, per esempio, non viola il principio di parità di trattamento retributivo sancito dall'art. 45, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, la previsione contrattuale secondo la quale la retribuzione di posizione e la retribuzione di risultato del dirigente amministrativo di distretto sanitario, direttore amministrativo di presidio ospedaliero, siano inferiori a quelle previste per il dirigente medico sanitario appartenente alla stessa area (Cass. n. 7/10/2022, n.29202; n. 2459 del 2 febbraio 2011). In particolare, si è affermato (Cass., Sez. L, n. 2718 del 5 febbraio 2020) il principio così massimato: "In tema di pubblico impiego contrattualizzato, sono vietati trattamenti individuali migliorativi o peggiorativi rispetto a quelli previsti dalla contrattazione collettiva che mantiene, tuttavia, la possibilità di prevedere differenziazioni giustificate dai diversi percorsi formativi, dalle specifiche esperienze maturate e dalle diverse carriere professionali, in applicazione del principio di parità di trattamento di cui all'art. 45 del d.lgs. n. 165 del 2001, che va tenuto distinto dal riallineamento stipendiale soppresso dall'art. 2, comma 4, del d.l. n. 333 del 1992, conv. con modif. in I. n. 359 del 1992, con la conseguenza che eventuali trattamenti migliorativi individualizzati non possono estendersi all'intera categoria alla quale appartiene il dipendente che ne beneficia".

Ciò in quanto il principio di parità di trattamento nell'ambito dei rapporti di lavoro pubblico, sancito oggi dall'art. 45, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 va inteso quale divieto di trattamenti individuali migliorativi o peggiorativi rispetto a quelli previsti dal contratto collettivo, e, quindi, si pone come obbligo per il datore pubblico di conformarsi alle previsioni della contrattazione collettiva, ma non costituisce parametro per giudicare delle eventuali differenziazioni operate in quella medesima sede contrattuale (Cass., Sez. L, n. 1037 del 20 gennaio 2014).

Ne deriva che, nel giudizio di comparazione del valore di una posizione lavorativa rispetto ad un'altra, la contrattazione collettiva può legittimamente valutare, oltre che la consistenza obiettiva delle mansioni svolte, anche altri elementi, tra i quali può rientrare la competenza professionale concretamente posseduta ed il settore di intervento nell'ambito della struttura di appartenenza, ritenuto indice di maggiore complessità (Cass., Sez. L, n. 16092 del 14 luglio 2014).

L'indicata ammissibilità di una differenziazione, nel giudizio di comparazione del valore di una posizione lavorativa, all'interno dello stesso contratto collettivo, vale a fortiori nel caso di applicazione di differenti contratti collettivi (come può avvenire nell'ambito della dirigenza sanitaria).

L'assetto complessivo qui ricostruito comporta quindi che il CCNL, nello stabilire quale debba essere la retribuzione del dirigente chiamato a dirigere la struttura semplice o complessa in attesa dell'espletamento delle necessarie procedure concorsuali o selettive, esclude che il preposto possa pretendere il trattamento economico fondamentale ed accessorio connesso alla maggiore complessità della struttura, trattamento che può essere rivendicato solo a condizione che l'incarico venga conferito nel rispetto delle procedure previste dalla legge e dal contratto, previa verifica delle competenze gestionali e professionali richieste per l'espletamento della funzione dirigenziale (sull'interpretazione dell'art. 18 del CCNL si rinvia, per ogni ulteriore approfondimento, a Cass. nn. 21565, 28151, 28243, 30912 del 2018 e a Cass. n. 7863/2019).

Circa il trattamento retributivo spettante al dirigente, va comunque ribadito che il datore di lavoro pubblico non può attribuire inquadramenti e compensi che non siano previsti dalla contrattazione collettiva, neppure se di miglior favore (cfr. Cass. S.U. n. 21744/2009 e fra le più recenti Cass. n. 3826/2016, Cass. 16088/2016 e Cass. n. 25018/2017).

Tanto premesso, è utile soffermarsi su alcune specifiche questioni che riguardano il trattamento economico dei dirigenti sanitari, e che costituiscono oggetto di ampio contenzioso giudiziario.

Si registra inoltre una certa casistica giudiziaria relativa alla maggiorazione della retribuzione di posizione prevista dal CCNL 8.6.2000 per la dirigenza medica del servizio sanitario nazionale all'art.

39, comma 9, del seguente tenore: « Nel conferimento dell'incarico di direttore di dipartimento ovvero di incarichi che, pur non configurandosi con tale denominazione, ricomprendano - secondo l'atto aziendale - più strutture complesse - per la retribuzione di posizione - parte variabile - del dirigente

interessato è prevista una maggiorazione fra il 35 ed il 50% , calcolato sul valore massimo della fascia di appartenenza come rideterminata dal comma 10».

La Corte di cassazione (n. 23431/17) ha sul punto chiarito che “la ratio della disposizione contrattuale risiede nel riconoscimento operato dalle parti collettive della maggiore complessità dell'attività svolta dal dirigente preposto al Dipartimento, perché, sebbene quest'ultimo secondo la definizione data dall'art. 27 dello stesso CCNL, comma 5, si iscriva nell'ambito delle strutture complesse, la sua peculiarità consiste nell'essere una struttura finalizzata all'attuazione di «processi organizzativi integrati», professionali o gestionali, garantiti attraverso il coordinamento delle strutture semplici o complesse nelle quali si articola; 10. l'estensione dell'indennità dipartimentale anche agli incarichi che, sebbene diversamente denominati, «ricomprendano, secondo l'atto aziendale, più strutture complesse» è evidentemente finalizzata ad equiparare al direttore del dipartimento i dirigenti che

siano preposti a strutture che, al di là della qualificazione, nell'organizzazione aziendale presentino una complessità non dissimile da quella del dipartimento, perché articolate al loro interno in più strutture complesse”.

Ricorrente nella prassi è anche la sovrapposizione tra incarichi dirigenziali e posizioni organizzative. La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che “le posizioni organizzative si concretizzano nel conferimento di incarichi relativi allo svolgimento di compiti che comportano elevate capacità professionali e culturali corrispondenti alla direzione di unità organizzative complesse e all’espletamento di attività professionali e nell’attribuzione della relativa posizione funzionale”. “Il conferimento di una posizione organizzativa non comporta l’inquadramento in una nuova categoria contrattuale, ma unicamente l’attribuzione temporanea di una posizione di responsabilità, con correlato beneficio economico, alla scadenza della quale il dipendente resta inquadrato nella categoria di appartenenza con il relativo trattamento economico” (Cass. lav. n. 2141/2017; n. 21261/2017; n. 18561/19).

### **La revoca dell’incarico**

Per la fattispecie di revoca *ante tempus* dell’incarico, quindi prima della sua scadenza naturale, trova in linea generale applicazione la norma del comma 1 *ter* dell’art. 19, inserito dalla L. n. 150/2009 e modificato dal D.L. n. 78/2010, secondo cui “*Gli incarichi dirigenziali possono essere revocati esclusivamente nei casi e con le modalità di cui all’articolo 21, comma 1, secondo periodo*”.

L’art. 21 disciplina in dettaglio l’istituto, imponendo alcuni precisi limiti sostanziali e procedurali alla revoca dell’incarico.

In ambito sanitario, deve tuttavia essere considerato anche il contenuto della disciplina dettata dal CCNL. In particolare, l’art. 24 del CCNL dell’Area della Dirigenza sanitaria professionale tecnica ed amministrativa del Servizio Sanitario Nazionale del 3.11.2005, così dispone: “Con riguardo agli art. 28 e 29 del CCNL 8 giugno 2000, ed a titolo di interpretazione autentica le parti confermano che la durata degli incarichi non può essere inferiore a quella contrattualmente stabilita rispettivamente dai commi 10 e 3 delle medesime norme. La durata dell’incarico può essere più breve solo nei casi in cui venga disposta la revoca anticipata per effetto della valutazione negativa ai sensi e con la procedura dell’art. 30. Pertanto in tal modo va intesa la dizione “o per periodo più breve” contenuta nell’art. 29, comma 3. L’incarico – anche se non ne sia scaduta la durata - cessa altresì automaticamente al compimento del limite massimo di età, compresa l’applicazione dell’art. 16 del d.lgs. 503 del 1992 e successive modificazioni”.

Il richiamato art. 29 del CCNL del 8 giugno 2000, stabilisce espressamente che la revoca dell’incarico dirigenziale, connessa all’accertamento dei risultati negativi di gestione o l’inosservanza delle direttive impartite, avviene con atto scritto e «motivato» secondo le procedure e con gli effetti indicati nell’art. 34 dello stesso CCNL (che disciplina gli effetti della valutazione negativa e il procedimento di garanzia da seguire).

Ciò premesso, occorre tenere a mente che, nella disciplina generale, gli elementi connotanti la revoca dell’incarico, sono in ogni caso incentrati sulla tassatività delle fattispecie legittimanti e sulla tipizzazione del procedimento (art. 21).

In particolare, per il profilo procedimentale, trovano significativa applicazione gli obblighi di correttezza e buona fede, che fondano l'obbligatorietà di forme partecipative e di obblighi di motivazione, cioè di esternazione delle ragioni giustificatrici della scelta della PA.

In questo caso, a differenza delle impugnazioni relative al conferimento dell'incarico, il dirigente può vantare un diritto soggettivo al completamento dell'incarico. Pertanto, in caso di accoglimento della domanda, la tutela può essere di tipo ripristinatorio: riassegnazione per la durata residua dell'incarico, dedotto il periodo di illegittima sottrazione, salva la valutazione della tempestività della reazione.

Ovviamente, in casi del genere, potrebbe in astratto porsi un problema di eseguibilità in forma specifica del *facere infungibile* (l'ordine di ripristinare l'incarico illegittimamente interrotto), ma per la Cassazione il profilo della eseguibilità non osta, in sé, alla pronuncia *dictum* richiesto in sede di cognizione.

Inoltre, va tenuto in conto che l'eventuale revoca illegittima prima della scadenza se potrebbe dare luogo alla tutela giudiziaria del diritto al completamento dell'incarico, non comporta alcun diritto a pretenderne il rinnovo. A tale fine, la Cassazione (n. 13867/2014) ha chiarito che “la circostanza che i giudici dell'appello abbiano ritenuto illegittima la revoca anticipata dell'incarico dirigenziale al ricorrente non comportava affatto il diritto alla rinnovazione della nomina del dirigente ma implicava soltanto una ragione di danno risarcibile per l'illegittimità della revoca stessa. Si tratta infatti di piani diversi: uno riguarda il completamento dell'incarico a suo tempo assegnato al ricorrente e l'altro l'assegnazione del nuovo incarico in riferimento al quale l'amministrazione ospedaliera doveva valutare se assegnarlo nuovamente al ricorrente ovvero assegnarlo ad altro dirigente medico. L'illegittimità della revoca anticipata ha comportato quindi solo il diritto al risarcimento del danno per il periodo di lavoro non espletato dal ricorrente come dirigente e per il danno all'immagine conseguente appunto alla anticipata cessazione dell'incarico”.

Ovviamente, se per il dirigente medico non è configurabile un diritto soggettivo a vedersi rinnovato un determinato incarico dirigenziale, d'altro canto è legittimo il controllo giudiziale circa il mancato rinnovo (o la revoca) dell'incarico, ove si traduca in un'indagine sul rispetto delle garanzie procedurali previste, nonché sull'osservanza delle regole di correttezza e buona fede (Cass. n. 4979/14; 2.03.09 n. 5025).

Resta ferma la scelta, tutta discrezionale, del pubblico datore di lavoro in materia di revoca (implicita) e conferimento di incarichi dirigenziali di responsabilità di strutture complesse se diversamente dislocate.

Una peculiare situazione può, invece, verificarsi allorché l'Amministrazione, attraverso uno svuotamento dei contenuti dell'incarico, ponga in essere un atto qualificabile come revoca implicita. In argomento, la giurisprudenza di legittimità (04.04.2017, n. 8717) ha chiarito: *“come rileva la sentenza n. 217/17, a partire dai primi mesi del 1999 vi era stata una progressiva erosione dei compiti affidati al dirigente, originariamente inquadrato come unico responsabile della struttura denominata Sistema Informativo, in staff alla Direzione Generale dell'Azienda sanitaria. Trattandosi di un'ipotesi di sottrazione delle competenze maggiormente qualificanti della posizione dirigenziale ricoperta, la vicenda che ha interessato il dott. M. si pone al di fuori dell'alveo dell'equivalenza di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 52 poichè **lo svuotamento sostanziale delle funzioni proprie della qualifica è vietata anche nell'ambito del pubblico impiego**. E' stato pure osservato (punto 5.5. della sentenza 217/17) che l'erosione delle mansioni di spettanza determina una lesione del diritto del dirigente a svolgere l'incarico già conferitogli per il tempo pattuito e per tale ragione ben può essere riconosciuto il suo diritto a completarne lo svolgimento per la durata concordata, con detrazione del*

periodo già trascorso dal momento del conferimento dell'incarico al momento dell'illegittimo svuotamento delle mansioni. 8.2. La domanda introdotta nel presente giudizio attiene alle conseguenze risarcitorie relative al periodo giugno 2008/maggio 2011 e in tale contesto, pur dovendosi dare atto che esula dal thema deducendum ogni questione relativa al ripristino dell'incarico dirigenziale originariamente conferito, la privazione delle funzioni dirigenziali ha costituito anche il riflesso della privazione di un incarico dirigenziale di struttura complessa e ciò rende suscettibili di valutazione, nell'ambito della domanda risarcitoria che vi è connessa, le richieste formulate in termini di perdita di chances che trovino la loro ragione giustificativa nell'illegittima privazione.

8.3. Come osservato nella sentenza n. 217/17 (conclusioni), ove la privazione delle mansioni maggiormente caratterizzanti l'incarico dirigenziale conferito sia avvenuta non a seguito di un provvedimento di revoca, ma a causa di una riorganizzazione aziendale, la quale abbia di fatto ridotto i compiti del dirigente ad attività non coerenti con la sua qualifica, anche in violazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., si viene a determinare una revoca implicita dell'incarico dirigenziale.

9. Inoltre, secondo giurisprudenza costante, la revoca, a seguito di nomina di soggetto esterno all'amministrazione, di una posizione organizzativa nei confronti di un dipendente comunale accompagnata dallo svuotamento dell'attività dello stesso di ogni contenuto tipizzante il profilo professionale, con privazione dei compiti decisionali e delle relative responsabilità, con contestuale attribuzione di funzioni meramente esecutive e con piena subordinazione al nuovo responsabile, costituisce illegittima privazione di direzione di unità operativa e fonda il diritto al risarcimento del danno (Cass. n. 10030 del 2015, v. pure Cass. n. 13867/2014). In caso di revoca illegittima di un incarico dirigenziale da parte del datore di lavoro pubblico, costituiscono profili rilevanti, ai fini del diritto del lavoratore al risarcimento del danno non patrimoniale, le ragioni dell'illegittimità del provvedimento di revoca, le caratteristiche, la durata e la gravità dell'attuato demansionamento, la frustrazione di ragionevoli aspettative di progressione e le eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore di lavoro e comprovanti l'avvenuta lesione dell'interesse relazionale (Cass. n. 687 del 2014)".

### **Incarichi e livelli dirigenziali**

Nell'ambito della dirigenza sanitaria esistono diversi livelli di dirigenza e una specifica tipologia di incarichi, essenzialmente riconducibili alle seguenti posizioni:

1. Direttore generale ASL
2. Direzione di struttura complessa
3. Direzione di struttura semplice
4. Dirigenti professionali (non gestionali)

Ai sensi del comma 5 dell'art. 15-quinquies, "gli incarichi di direzione di struttura, semplice o complessa, implicano il rapporto di lavoro esclusivo. Per struttura, ai fini del presente decreto, si intende l'articolazione organizzativa per la quale è prevista, dall'atto aziendale di cui all'articolo 3, comma 1-bis, responsabilità di gestione di risorse umane, tecniche o finanziarie".

Gli incarichi di direzione di dipartimento (art. 17-bis) costituiscono un incarico aggiuntivo conferito ad uno dei dirigenti delle strutture complesse aggregate nel dipartimento considerato.

In termini sintetici, è utile ricordare che costituiscono strutture complesse le articolazioni organizzative affidate ad un Direttore alle quali è attribuita la gestione delle risorse umane, tecniche e finanziarie dedicate, coordinate a livello dipartimentale. Invece, costituiscono delle strutture semplici le articolazioni organizzative all'interno di strutture aziendali - complesse o dipartimentali - affidate ad un Responsabile, alle quali è attribuita la gestione di risorse umane, tecniche e finanziarie dedicate, coordinate a livello di Struttura complessa o di Dipartimento.

Il Dipartimento, se costituito, è l'articolazione nella quale risultano aggregate più strutture complesse; è diretto da uno dei dirigenti delle strutture complesse interessate (art. 15, co. 6).

Questi incarichi sono a tempo determinato e gli ultimi tre sono attribuiti dal direttore generale della Asl; inoltre, anche in questo caso all'atto unilaterale della parte datoriale che individua il dirigente destinatario dell'incarico, accede un contratto, che, a differenza della dirigenza statale, definisce non solo il trattamento economico, ma anche tutti gli altri elementi dell'incarico, cioè durata, oggetto, obiettivi (art. 15-ter, co. 1).

Data la differente morfologia dei vari incarichi indicati, è necessario procedere ad un'analisi ripartita delle caratteristiche salienti di ciascuno.

## **DIRETTORE GENERALE ASL (artt. 1 e 2 d.lgs. n. 171/16)**

Il D.Lgs. 4 agosto 2016, n. 171 ha modificato il sistema di nomina di queste figure originariamente contenuta nell'art. 3 bis del dlgs.vo 502esranei ed ha disposto (con l'art. 9, comma 1) che " A decorrere dalla data di istituzione dell'elenco nazionale di cui all'articolo 1, sono abrogate le disposizioni del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni, di cui all'articolo 3-bis, comma 1, commi da 3 a 7, e commi 13 e 15. Tutti i riferimenti normativi ai commi abrogati dell'articolo 3-bis devono, conseguentemente, intendersi come riferimenti alle disposizioni del presente decreto".

Ha inoltre disposto (con l'art. 9, comma 2) che "Restano altresì ferme, in ogni caso, le disposizioni recate dai commi 2, 7-bis, 8 per la parte compatibile con le disposizioni del presente decreto, e da 9 a 12 e 14 dell'articolo 3-bis, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni, non abrogate dal presente decreto".

Il conferimento di questo incarico avviene attraverso una procedura bifasica.

La prima fase ha natura pubblicistica ed appartiene alla giurisdizione dell'A.G.A (Tar Lazio 8248/2018). Si tratta di una fase cd. idoneativa su base nazionale, di carattere non concorsuale.

La norma citata nel titolo prevede, infatti, che sia istituito, presso il Ministero della salute, l'elenco nazionale dei soggetti idonei alla nomina di direttore generale delle aziende sanitarie locali, delle aziende ospedaliere e degli altri enti del Servizio sanitario nazionale, aggiornato con cadenza biennale. L'iscrizione nell'elenco e' valida per quattro anni, e una commissione composta da cinque membri, di cui uno designato dal Ministro della salute con funzioni di presidente scelto tra

magistrati e quattro esperti procede alla formazione dell'elenco nazionale sulla base di requisiti oggettivi oggetto di valutazione discrezionale. La commissione assegna un punteggio in relazione ai titoli, il massimo complessivamente attribuibile dalla commissione a ciascun candidato e' di 100 punti e possono essere inseriti nell'elenco nazionale i candidati che abbiano conseguito un punteggio minimo non inferiore a 70 punti. Il punteggio e' assegnato solo ai fini dell'inserimento del candidato nell'elenco nazionale che e' pubblicato secondo l'ordine alfabetico dei candidati senza l'indicazione del punteggio conseguito nella selezione.

La seconda fase ha natura privatistica, ai sensi dell'art. 2 dlgs 171/16, ed appartiene alla giurisdizione dell'A.G.O. (cfr. Tar Piemonte n. 1035/2018).

Le regioni nominano direttori generali esclusivamente ed obbligatoriamente gli iscritti all'elenco nazionale dei direttori generali di cui all'articolo 1<sup>10</sup>.

A tale fine, la Regione rende noto, con apposito avviso pubblico, l'incarico che intende attribuire, ai fini della manifestazione di interesse da parte dei soggetti iscritti nell'elenco nazionale. La valutazione dei candidati per titoli e colloquio e' effettuata da una commissione regionale, nominata dal Presidente della Regione, secondo modalita' e criteri definiti dalle Regioni, composta da esperti, indicati da qualificate istituzioni scientifiche indipendenti che non si trovino in situazioni di conflitto d'interessi, essa propone al presidente della regione una rosa di candidati, nell'ambito dei quali viene scelto quello che presenta requisiti maggiormente coerenti con le caratteristiche dell'incarico da attribuire.

Il provvedimento di nomina, di conferma o di revoca del direttore generale e' motivato e pubblicato sul sito internet istituzionale della regione e delle aziende o degli enti interessati, unitamente al curriculum del nominato, nonche' ai curricula degli altri candidati inclusi nella rosa.

La Giunta regionale adotta il provvedimento motivato di nomina (di conferma o di revoca) e viene stipulato il contratto d'incarico.

La durata dell'incarico di direttore generale non puo' essere inferiore a tre anni e superiore a cinque anni. Alla scadenza dell'incarico, ovvero nelle ipotesi di decadenza e di mancata conferma dell'incarico, le regioni procedono alla nuova nomina, previo espletamento delle procedure di cui presente articolo. La nuova nomina, in caso di decadenza e di mancata conferma, puo' essere effettuata anche mediante l'utilizzo degli altri nominativi inseriti nella rosa di candidati di cui al comma 1, relativa ad una selezione svolta in una data non antecedente agli ultimi tre anni e purché i candidati inclusi nella predetta rosa risultino ancora inseriti nell'elenco nazionale di cui all'articolo 1.

Si applica lo strumentario sopra descritto, in ordine al tipo di sindacato che il giudice ordinario può e deve svolgere nei confronti degli atti della procedura.

Anche in questo caso, poiché le norme che disciplinano la procedura hanno natura imperativa, è possibile la declaratoria di nullità degli atti impugnati, ex art. 1418, con possibile responsabilità

---

<sup>10</sup> Corte Costituzionale, 05/11/2021, n.209 È incostituzionale l'art. 13, comma 1, l. reg. Sardegna 11 settembre 2020 n. 24, nella parte in cui disciplina le modalità di formazione dell'elenco regionale degli idonei all'esercizio delle funzioni di direttore generale delle aziende ed enti sanitari della regione ai fini della nomina dei direttori generali delle stesse aziende ed enti (laddove, a norma dell'art. 2, comma 1, d.lg. 4 agosto 2016 n. 171, in materia di dirigenza sanitaria, la scelta del direttore generale deve avvenire attingendo, obbligatoriamente ed esclusivamente, al suddetto elenco nazionale).

precontrattuale dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 1337 c.c. In questa evenienza, poiché infatti non vi è un rapporto di servizio sottostante, non vi sono obblighi contrattuali preesistenti. In caso di vizi invalidanti, previa la necessaria integrazione del contraddittorio, è possibile ordinare il rinnovo della procedura (art. 2058 c.c.)

Il sistema di verifica dei risultati dopo 24 mesi può portare alla contestazione (art. 2 comma 4 dlgs n. 171) e alla risoluzione del contratto con decadenza dall'incarico.

### **DIRETTORE DI STRUTTURA COMPLESSA** (art. 15, co. 7-bis, d.lgs. 502/1992)

L'art. 15 comma 6 prevede che ai dirigenti con incarico di direzione di struttura complessa sono attribuite, oltre a quelle derivanti dalle specifiche competenze professionali, funzioni di direzione e organizzazione della struttura. Nell'ambito di questa figura è ricompreso l'incarico di direttore di dipartimento, di distretto sanitario o di presidio ospedaliero di cui al D.Lgs. n. 502 del 1992<sup>11</sup>.

E' fondamentale tenere presente che la riforma del 2022 ha profondamente modificato l'originario impianto fiduciario e discrezionale della procedura di conferimento dell'incarico, avallato dalla primissima giurisprudenza sulla base della logica imprenditoriale e manageriale propria del d.lgs. n. 502/1992. Come ora si dirà la riforma definisce in tal senso un'importante evoluzione della disciplina di settore nella direzione di maggior tutela della trasparenza e del giusto procedimento, rendendo di fatto inattuati e superati gli approdi giurisprudenziali pregressi, soprattutto nell'affermazione della mancanza dell'obbligo di valutazione comparativa, dell'assenza dell'obbligo di motivazione e dell'inesistenza di una graduatoria in senso stretto.

L'art. 15 comma 7 bis modificato con la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, cioè la legge n. 118/2022 (in GU del 12.8.2022), con entrata in vigore dal 27 agosto 2022 prevede, in particolare, che le regioni disciplinano i criteri e le procedure per il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa, previo avviso cui l'azienda e' tenuta a dare adeguata pubblicità', sulla base dei seguenti principi:

a) la selezione e' effettuata da una commissione composta dal direttore sanitario dell'azienda interessata e da tre direttori di struttura complessa<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> L'ARAN ha peraltro chiarito che l'equiparazione dell'incarico di direzione di presidio ospedaliero di direzione di struttura complessa prevista dall'art. 18 (Tipologie d'incarico) comma 1, par. I, ultimo periodo, del CCNL è da intendersi sia in termini organizzativi sia in termini economici. In tema, cfr. Trib. Teramo n. 340/2023.

<sup>12</sup> Deve trattarsi di direttori nella medesima disciplina dell'incarico da conferire, dei quali almeno due responsabili di strutture complesse in regioni diverse da quella ove ha sede l'azienda interessata alla copertura del posto. I direttori di struttura complessa sono individuati tramite sorteggio da un elenco nazionale nominativo costituito dall'insieme degli elenchi regionali dei direttori di struttura complessa appartenenti ai ruoli regionali del Servizio sanitario nazionale. Qualora fosse sorteggiato più di un direttore di struttura complessa della medesima regione ove ha sede l'azienda interessata alla copertura del posto, e' nominato componente della commissione il primo sorteggiato e si prosegue nel sorteggio fino a individuare almeno due componenti della commissione direttori di struttura complessa in regioni diverse da quella ove ha sede la predetta azienda. Se all'esito del sorteggio di cui al secondo o al terzo periodo la meta' dei direttori di struttura complessa non e' di genere diverso, si prosegue nel sorteggio fino ad assicurare ove possibile l'effettiva parità di genere nella composizione della commissione, fermo restando il criterio territoriale di cui al terzo periodo. Assume le funzioni di presidente della commissione il componente con maggiore anzianità di servizio tra i tre direttori sorteggiati. In caso di parità nelle deliberazioni della commissione prevale il voto del presidente. In deroga alle disposizioni di cui al primo periodo, nella provincia autonoma di Bolzano la selezione per il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa e' effettuata da una commissione composta dal direttore sanitario dell'azienda interessata e da tre direttori di struttura complessa nella medesima disciplina dell'incarico da conferire, dei quali almeno un responsabile di struttura complessa in regione diversa da quella ove ha sede l'azienda interessata alla copertura del posto.

b) la commissione 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, attribuisce a ciascun candidato un punteggio complessivo secondo criteri fissati preventivamente e redige la graduatoria dei candidati. Il direttore generale dell'azienda sanitaria procede alla nomina del candidato che ha conseguito il miglior punteggio. A parità di punteggio prevale il candidato più giovane di età'.

L'azienda sanitaria interessata può preventivamente stabilire che, nei due anni successivi alla data del conferimento dell'incarico, nel caso di dimissioni o decadenza del dirigente a cui è stato conferito l'incarico, si procede alla sostituzione conferendo l'incarico mediante **scorrimento** della graduatoria dei candidati;

c) la nomina dei responsabili di unità operativa complessa a direzione universitaria è effettuata dal direttore generale d'intesa con il rettore;

d) il profilo professionale del dirigente da incaricare, i curricula dei candidati, i criteri di attribuzione del punteggio, la graduatoria dei candidati, la relazione della commissione e l'atto motivato di nomina sono pubblicati nei siti internet istituzionali dell'ateneo e dell'azienda ospedaliero-universitaria interessati.

Quindi, qui le regioni disciplinano parametri valutativi e procedure ma devono rispettare criteri e regole imposte dalla legge.

La procedura descritta ha struttura bifasica, in particolare:

- La commissione tecnica effettua la selezione «comparativa» e presenta (*NON Più LA terna di idonei con i migliori punteggi ma*) la graduatoria
- Il direttore generale individua il candidato da nominare in quello con maggior punteggio (semberebbe quindi una scelta sostanzialmente vincolata di mera designazione).

La nuova disposizione rende quindi inapplicabile il principio espresso da Cass. SS.UU. 19.07.2011, n. 15764 così massimata: *“La procedura per il conferimento dell'incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario, ai sensi degli art. 15 e 15 ter d.lg. 30 dicembre 1992 n. 502, non ha natura concorsuale, essendo demandato ad apposita commissione soltanto il compito di predisporre un elenco di candidati idonei (senza attribuzione di punteggi e senza formazione di graduatoria) da sottoporre al direttore generale, il quale conferisce l'incarico con scelta di carattere fiduciario affidata alla propria responsabilità manageriale. Detta scelta è ispirata al criterio del buon andamento della p.a., senza che, nel contesto del lavoro pubblico contrattualizzato, il ricorso a tale criterio possa giustificare comportamenti discriminatori o, più in generale, la violazione dei canoni di correttezza e buona fede che presiedono ogni rapporto contrattuale e il cui non corretto adempimento costituisce fonte di responsabilità risarcitoria nei confronti dei candidati non prescelti, ma non determina, in assenza di una specifica disposizione che lo preveda, l'invalidità dell'atto (Nella specie, le S.U., in applicazione dell'anzidetto principio, hanno cassato la sentenza della Corte territoriale, la quale aveva considerato le valutazioni di idoneità dei candidati operate dall'apposita commissione alla stregua di giudizi comparativi, e*

*non di mera idoneità, ed aveva fatto discendere dalla violazione dei criteri di correttezza e buona fede l'annullamento del provvedimento di conferimento dell'incarico a favore di un altro soggetto).”.*

Si deve notare che in tale ultimo arresto, la Cassazione aveva escluso che la procedura per il conferimento di detto incarico avesse natura di procedura concorsuale per il solo fatto che ad essa sono ammessi anche soggetti estranei al S.S.N., e soggetti che, seppur medici del servizio sanitario, sono legati comunque con rapporto di lavoro ad enti diversi rispetto a quello che indice la procedura. La Corte aveva infatti sottolineato che “nella disciplina per il conferimento dell'incarico di dirigente medico non è presente alcun elemento idoneo a ricondurre la stessa ad una procedura concorsuale, ancorché atipica: la commissione si limita alla verifica dei requisiti di idoneità dei candidati alla copertura dell'incarico, in esito ad un colloquio ed alla valutazione dei curricula, senza attribuire punteggi o formare una graduatoria, semplicemente predisponendo un elenco di candidati, tutti idonei perché in possesso dei requisiti di professionalità previsti dalla legge e delle capacità manageriali richieste in relazione alla natura dell'incarico da conferire; l'elenco viene sottoposto al direttore generale il quale, nell'ambito dei nominativi indicati dalla commissione, conferisce l'incarico sulla base di una scelta di carattere essenzialmente fiduciario, affidata alla sua responsabilità manageriale (cfr. Cass., sez. un., n. 25042 del 2005; n. 5920 del 2008). I suddetti principi sono, infine, confortati dalla decisione n. 196 del 2005 della Corte costituzionale, che ha rimarcato come, nella materia in esame, il riparto della giurisdizione debba essere operato sulla base della natura dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale”. Nel medesimo senso, sempre sotto il vigore della norma adesso modificata, la Suprema corte (03/09/2021, n.23889) aveva ribadito che il procedimento di conferimento di incarico dirigenziale di struttura complessa è contrassegnato da due fasi: la prima è incentrata sul giudizio di idoneità, formulato dall'apposita commissione di esperti incaricata di stilare una rosa di candidati e privo di valutazioni comparative; la seconda, finalizzata al conferimento dell'incarico, è rimessa alla discrezionalità del direttore generale e non si fonda sulla previa formazione di alcuna graduatoria, atteso che l'unico elemento rilevante per l'assegnazione finale è quello dell'idoneità. (Nella specie, in cui la commissione di esperti aveva affiancato al giudizio di idoneità una scarna valutazione come "ottimo" o "buono", la S.C., sulla base del principio di cui in massima, ha escluso che ciò avesse trasformato l'elenco degli idonei in una graduatoria, tale da condizionare il direttore generale nell'attribuzione dell'incarico).

Con la nuova versione della disposizione la nomina del dirigente cui conferire l'incarico scaturisce da un esame tecnico di una commissione, sulla base di un esame comparativo, con attribuzione di punteggi numerici e predisposizione di una graduatoria; pertanto la nomina finale non è più scelta di carattere fiduciario affidata alla discrezionalità del vertice aziendale, che risulta vincolato alle risultanze della attività valutativa tecnica della Commissione.

La modifica della norma pone quindi oggi la questione della natura della procedura, che nella nuova morfologia si caratterizza per la presenza di profili di concorsualità (valutazione comparativa, assegnazione di punteggi secondo criteri predeterminati e formazione della graduatoria), ma anche di tratti propri dell'attività privatistica tipicamente propria della materia del conferimento degli incarichi.

La natura del procedimento incide ovviamente anche sul riparto di giurisdizione.

Sul punto, si da' atto che il TAR Piemonte ha ritenuto che "nonostante le predette modifiche, la procedura per l'affidamento degli incarichi a termine di struttura complessa sanitaria continua ad essere priva di vere e proprie prove e, soprattutto, essa e il conclusivo atto di nomina del Direttore Generale rimangono atti organizzativi assunti con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro soggetti alla giurisdizione del giudice ordinario" (sentenza n. 1149 del 19 dicembre 2022)<sup>13</sup>.

Non constano, nella magistratura ordinaria, precedenti di merito attinenti a questa nuova formulazione, se non un *obiter dictum* contenuto in una sentenza della Corte d'Appello di Roma (n. 4805/2022), attinente però ad un caso sottoposto *ratione temporis* alla precedente disciplina. La Corte, riferendosi appunto al regime previgente, e sostenendo sulla base di esso, la natura fiduciaria della scelta e la non concorsualità del procedimento, ha ad *abundantiam* chiarito: "Queste conclusioni sono confermate dall'entrata in vigore della l.n.118/22 (dal c.d. "DDL Concorrenza") che, con l'art.20 ha sostituito il comma 7 bis dell'art.15 cit. (come si è visto già oggetto di revisione nel 2012), ridisegnando integralmente la disciplina per il conferimento dell'incarico di Direzione di Struttura complessa e prevedendo che "... la commissione attribuisce a ciascun candidato un punteggio complessivo secondo criteri fissati preventivamente e redige la graduatoria dei candidati. Il direttore generale dell'azienda sanitaria procede alla nomina del candidato che ha conseguito il miglior punteggio. A parità di punteggio prevale il candidato più giovane di età" In sintesi, solo sulla base della nuova norma la nomina del dirigente cui conferire l'incarico non è più scelta di carattere fiduciario affidata alla discrezionalità del vertice aziendale che è ormai vincolato alle risultanze della attività valutativa della Commissione. Appare quindi spiccata la connotazione pubblicistico-concorsuale della nuova procedura, confermata dalla successiva previsione per cui trova applicazione anche l'istituto, tipico delle procedure concorsuali, dello scorrimento della graduatoria ("...nei due anni successivi alla data del conferimento dell'incarico, nel caso di dimissioni o decadenza del dirigente a cui è stato conferito l'incarico, si procede alla sostituzione conferendo l'incarico mediante scorrimento della graduatoria dei candidati")".

Gli argomenti spesi nei due provvedimenti giudiziari indicati sono tutti sicuramente significativi e rilevanti; in ogni caso, ai fini del riparto di giurisdizione va ricordato che l'art. 63 del TUPI assegna la giurisdizione al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, su "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4.. incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali". In forza del comma 4 "Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni".

Pertanto, sembrerebbe plausibile ritenere assegnate all'AGO questo tipo di controversie, anche sulla base del criterio desumibile dalla decisione n. 196 del 2005 della Corte costituzionale, che fa riferimento al criterio decisivo di riparto fondato sulla materia del conferimento degli incarichi. Certamente, però le regole del procedimento sono profondamente diverse dal passato.

---

<sup>13</sup>Tra i primi commentatori, Stefano Simonetti, in "Ddl Concorrenza: scattano le nuove procedure per la nomina trasparente dei primari" (Il sole24 ore on line), ha ritenuto: "con le nuove regole la selezione torna ad essere pienamente di natura concorsuale con il conseguente passaggio della giurisdizione al TAR e al Consiglio di Stato".

La norma ha comunque carattere imperativo - atteso che la comparazione tra più aspiranti è funzionale ai principi di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione e concorre alla salvaguardia dell'interesse pubblico alla tutela della salute dei cittadini – “con la conseguenza che, in mancanza del rispetto di tale procedura, l'atto negoziale di conferimento dell'incarico è nullo, e tale nullità può e deve essere rilevata d'ufficio dal giudice (Cass., Sez. L, n. 2316 del 26 gennaio 2022, resa con riferimento all'incarico di direttore di distretto sanitario ai sensi dell'art. 27, comma 1, lett. a), del CCNL sanità 8 giugno 2000, che esprime un principio concernente tutti gli incarichi di dirigente di struttura complessa)” (così la recente Cass. n. 6019/2023).

Resta in ogni caso fermo l'obbligo, per l'amministrazione, di rispettare correttezza e buona fede e di astenersi da pratiche discriminatorie.

Il candidato illegittimamente pretermesso, in caso di violazione dei predetti canoni di correttezza e buona fede, potrebbe ottenere il risarcimento del danno, consistente anche nel danno da perdita di chance.

In caso, di accertamento della violazione di norma imperativa può essere dichiarata la nullità dell'atto di nomina contestato, nel litisconsorzio necessario del (o dei) controinteressato(i).

Le Sezioni Unite della Suprema Corte (Cass. S.U. 19.7.2011 nr. 15764), pur se in relazione alla pregressa disciplina hanno chiarito sul punto: “peraltro, implicito che in coerente applicazione dei canoni fissati dall'art. 97 Cost., è necessario che siano adottate modalità procedurali atte a garantire le condizioni di un trasparente ed imparziale esercizio dell'attività amministrativa” (Corte cost. sent. n. 181 del 2006). Il contemperamento, secondo la giurisprudenza di questa Corte, si realizza, essenzialmente, mediante l'attribuzione - al direttore generale dell'Azienda, che opera la scelta - di una responsabilità manageriale (cfr., ex pluribus, Cass., sez. un., 25042/05, cit.; n. 25047/05, cit.; e altre successive conformi). Ne consegue, come corollario, l'affermazione - consolidata nella giurisprudenza di legittimità - della inesistenza di un dovere di motivazione comparativa fra i diversi aspiranti, non potendosi neanche desumere dalla eventuale motivazione presente nel provvedimento che l'amministrazione abbia preventivamente autolimitato il proprio potere negoziale (cfr. Cass. n. 232480 del 2007). Parimenti, è stata esclusa l'applicabilità della normativa di cui alla L. n. 241 del 1990, che riguarda unicamente la materia dei procedimenti amministrativi il cui atto costitutivo ha natura autoritativa (cfr. Cass. n. 17852 del 2009). Si è precisato, infine, per quanto soprattutto rileva nella controversia in esame, che la scelta del direttore generale deve essere, sì, ispirata al criterio del buon andamento della pubblica amministrazione, ma, poiché tale criterio, nel contesto del lavoro pubblico contrattualizzato, non può essere addotto come obbligazione sussidiaria e strumentale rispetto alle obbligazioni che, in generale, sorgono per effetto dell'instaurazione di un rapporto di lavoro, operando l'ordinario apparato di tutela del lavoro che, tra l'altro, vieta pratiche discriminatorie, il dirigente, al quale sia stato preferito altro candidato, può dolersi, in ipotesi, 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, ai sensi degli articoli 1175 e 1375 del codice civile (cfr. Cass., sez. un., n. 5457 del 2009). Da ciò consegue che l'eventuale inosservanza, nella valutazione del direttore generale, dei predetti doveri imposti dalla disciplina codicistica, mentre può giustificare una pretesa risarcitoria dei candidati non prescelti (per perdita delle chances che sarebbero derivate dall'attribuzione dell'incarico), non può giustificare l'annullamento dell'atto di conferimento dell'incarico ad altro aspirante (cfr. Cass. n. 25314 del 2009). Questa conclusione trova supporto nei

principi enunciati da queste Sezioni unite in materia contrattuale, a proposito della rilevanza degli obblighi di correttezza e buona fede. Si è precisato, in particolare, che dalla distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto discende che la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla validità dell'atto negoziale, poiché dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede - immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante ai precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale - il codice civile fa discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare ex se l'invalidità dell'atto, ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perché il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immanabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite; e, peraltro, il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni: non si è mai dubitato che il Legislatore possa isolare specifiche fattispecie comportamentali, elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità dell'atto, ma si tratta pur sempre di disposizioni particolari, che nulla consente di elevare a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano (cfr. Cass., sez. un., n. 26724 del 2007; Cass. n. 19415 del 2005, ove la precisazione che gli art. 1175 e 1375 c.c. presuppongono rapporti obbligatori e negozi giuridici validi ed efficaci e non possono essere utilmente invocati con riferimento all'annullamento degli atti negoziali)''.

Le tecniche di tutela sono sempre le stesse, quindi potrebbe essere azionato il diritto al risarcimento del danno per perdita di chance o potrebbe essere invocata l'invalidazione della procedura e la condanna alla ripetizione, con ogni corollario in tema di litisconsorzio necessario con i cd controinteressati.

Ciò che è molto importante in ogni caso è tenere ferma e chiara la distinzione tra vizi consistenti in violazione delle disposizioni inderogabili in tema di requisiti per l'accesso alla procedura o in materia di svolgimento della procedura medesima e comportamento scorretto nell'esecuzione del contratto o ex art. 1337 c.c. in sede di trattative. I primi determinano la nullità ex art. 1418 c.c. del contratto di incarico e, ai sensi dell'art. 1421 c.c., possono essere fatti valere da tutti i candidati giudicati idonei e aventi interesse. Il secondo non è fonte di invalidità del contratto eventualmente concluso dall'ente e l'idoneo non prescelto può aspirare esclusivamente al risarcimento del danno, peraltro, nei casi di responsabilità precontrattuale, limitato al c.d. interesse negativo.

Circa i poteri del giudice: è ben possibile dichiarare la nullità o l'inefficacia o di annullare i provvedimenti di conferimento degli incarichi, i contratti di incarico e le revoche invalidi, trattandosi di normali atti di diritto privato, che non incontrano particolari limitazioni.

E' importante ricordare, in ogni caso, che, a norma dell'art. 2, comma 3 bis, del TUPI nel caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva, si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile.

Invece non è possibile con sentenza riconoscere il diritto all'incarico dirigenziale che si confronta comunque con la discrezionalità dell'Amministrazione anche nella definizione degli elementi del contratto<sup>14</sup> Il Giudice può ovviamente ordinare la ripetizione della procedura.

Un particolare caso, nel quale sono venuti in rilievo non profili di inosservanza degli obblighi di correttezza, ma di violazione di norme inderogabili è stato trattato nella sentenza della Cassazione n. 6594/2018.

In questa fattispecie l'avviso pubblico d'indizione della procedura, così come richiesto dall'art. 5 del d.P.R. n. 484 del 1997, imponeva, quale requisito di ammissione alla procedura selettiva, l'allegazione alla domanda del curriculum professionale corredato da certificazione afferente alla natura delle prestazioni rese.

Un candidato non aveva prodotto tale certificazione, ma la Commissione lo aveva ammesso e era risultato anche vittorioso. Alcuni concorrenti non vittoriosi hanno impugnato, peraltro deducendo che avrebbero avuto maggiori probabilità di essere prescelti dal Direttore generale in caso di mancata ammissione del prescelto. Tale domanda di risarcimento del danno da perdita di chances era stata accolta, ma la Cassazione ha successivamente precisato che il principio affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 15764 del 19.7.2011 si riferiva ad una fattispecie non assimilabile a quella qui in esame, perché in quel giudizio venivano in rilievo solo i doveri di correttezza e buona fede, che si assumevano non rispettati dal direttore generale al momento della scelta fra i candidati ritenuti idonei dalla Commissione. Nel caso di specie, al contrario, con il ricorso era stato denunciato che il prescelto doveva essere escluso dalla partecipazione alla procedura, della quale era stata invocata la rinnovazione, sicché, una volta ritenuta fondata la censura, necessariamente veniva ad essere travolto anche il contratto stipulato con il dirigente medico, non potendo l'incarico essere conferito a soggetto che non doveva essere valutato ed inserito nell'elenco degli idonei.

La Cassazione ha sul punto ribadito che la procedura, sebbene di natura non concorsuale, è soggetta a regole procedurali il cui mancato rispetto può essere sindacato in sede giudiziale, con la conseguenza che, ove la violazione si verifichi nella fase che precede la scelta da parte del direttore generale, la stessa vizia anche quest'ultima se comporta l'inserimento nella rosa dei candidati idonei di soggetti che non potevano essere valutati perché avrebbero dovuto essere esclusi.

Circa la durata, è da ricordare che l'art 15 ter, cit., al comma 2, prevede che gli incarichi di struttura complessa hanno durata da cinque a sette anni, con facoltà di rinnovo per lo stesso periodo o per periodo più breve.

---

<sup>14</sup> Cass., sez. lav., 24 settembre 2015, n. 18972; Cass., sez. lav., 3 novembre 2006, n. 23549.

Ai fini del rinnovo dell'incarico, la Cassazione (03/04/2023, n.9207) ha di recente chiarito che il dirigente sanitario di unità operativa complessa, come tutta la dirigenza medica, può vedersi rinnovato il conferimento dell'incarico solo se ciò avviene per iscritto e a seguito della valutazione professionale della sua attività da parte della pubblica amministrazione. Ciò in base all'applicazione del comma 5 dell'articolo 15, del Dlgs n. 502/1992, in vigore dal 1 gennaio 1993.

Per la revoca, si applica invece l'art. 15 ter comma 3, che prevede che detti incarichi sono revocati, secondo le procedure previste dalle disposizioni vigenti e dai contratti collettivi nazionali di lavoro, in caso di:

inosservanza delle direttive impartite dalla direzione generale o dalla direzione del dipartimento;

mancato raggiungimento degli obiettivi assegnati;

responsabilità grave e reiterata;

in tutti gli altri casi previsti dai contratti di lavoro.

Nei casi di maggiore gravità, il direttore generale può recedere dal rapporto di lavoro, secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi nazionali di lavoro.

Invece, per il dirigente che non venga confermato alla scadenza dell'incarico di direzione di struttura complessa, è prevista la destinazione ad altra funzione con il trattamento economico relativo alla funzione di destinazione previsto dal contratto collettivo nazionale di lavoro; contestualmente viene reso indisponibile un posto di organico del relativo profilo.

Infine, l'art. 15 ter co. 5, dispone che il dirigente preposto ad una struttura complessa è sostituito, in caso di sua assenza o impedimento, da altro dirigente della struttura o del dipartimento individuato dal responsabile della struttura stessa; alle predette mansioni superiori non si applica l'articolo 2103, primo comma, del codice civile.

### **DIREZIONE DI STRUTTURA SEMPLICE** (art. 15, co. 4, d.lgs. 502/92)

A norma dell'art. 15 comma 7 quater, l'incarico di responsabile di struttura semplice, intesa come articolazione interna di una struttura complessa o di un dipartimento, è attribuito dal direttore generale, su proposta del direttore della struttura complessa di afferenza o del dipartimento, a un dirigente con un'anzianità di servizio di almeno cinque anni nella disciplina oggetto dell'incarico.

Gli incarichi hanno durata non inferiore a tre anni e non superiore a cinque anni, con possibilità di rinnovo. L'oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata, salvo i casi di revoca, nonché il corrispondente trattamento economico degli incarichi sono definiti dalla contrattazione collettiva nazionale.

La norma contiene un rinvio espresso all'art. 19 del TUPI, quindi vi è piena assimilazione, dal punto di vista regolativo, delle due figure di dirigenza, sale le precisazioni di seguito riportate.

In particolare, l'art. 15-ter, co. 1, stabilisce che il direttore generale deve tener conto, oltre che delle modalità definite dalla contrattazione collettiva, anche delle valutazioni triennali espresse dal Collegio tecnico previsto dall'art. 15, co. 5.

È frequente, nel contenzioso relativo a tali incarichi, la contestazione sugli atti organizzativi a monte, nel senso che il dirigente spesso contesta l'atto aziendale istitutivo delle strutture.

Per esempio, nel caso definito da Cassazione n. 14079/2020 è venuta in contestazione la mancanza dell'atto aziendale organizzativo istitutivo dei Consulenti Familiari come strutture organizzative

semplici, profilo ritenuto irrilevante dal giudice di primo e secondo grado. La sentenza ha ribadito i principi ripetutamente affermati dalla Corte (nn. 27400/2018, 4812/2019, 92/2019) secondo cui in materia di dirigenza sanitaria, ai sensi dell'art. 3, comma 1 bis, artt. 15 bis e 15 ter, l'atto aziendale, riconducibile al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 2, comma 1, costituisce un elemento imprescindibile per il conferimento dell'incarico dirigenziale e per l'attribuzione al dirigente del trattamento economico correlato alla specifica posizione organizzativa individuata dall'Azienda Sanitaria.

Circa la natura della struttura, la sentenza della Cassazione n. 33393/2019 ha chiarito che la preposizione a due strutture semplici non comporta necessariamente la qualificazione dell'incarico come di preposizione ad una struttura complessa, atteso che la distinzione tra gli incarichi è qualitativa e tipologica e non quantitativa. La discrezionalità dell'Azienda nella organizzazione, esclude che si possa parlare di obblighi di istituire una struttura complessa composta dalla sommatoria delle due strutture semplici, né a qualificare come complessa l'una o l'altra di esse, proprio perché il tutto è oggetto di un dosaggio e di una ponderazione discrezionali.

### **Incarichi dirigenziali professionali**

Art. 15 ter comma 4 I dirigenti ai quali non sia stata affidata la direzione di strutture svolgono funzioni di natura professionale, anche di alta specializzazione, di consulenza, studio e ricerca nonché funzioni ispettive, di verifica e di controllo.

Sono incarichi questi professionali, ma non gestionali, cioè non comportano la responsabilità di direzione di una struttura.

Il comma 1 del medesimo articolo recita: << *Gli incarichi di cui all'art. 15, comma 4, sono attribuiti, a tempo determinato, dal direttore generale, secondo le modalità definite nella contrattazione collettiva nazionale, compatibilmente con le risorse finanziarie a tal fine disponibili e nei limiti del numero degli incarichi e delle strutture stabiliti nell'atto aziendale di cui all'art. 3, comma 1-bis, tenendo conto delle valutazioni triennali del collegio tecnico di cui all'art. 15, comma 5. Gli incarichi hanno durata non inferiore a tre anni e non superiore a sette, con facoltà di rinnovo. **Ai predetti incarichi si applica l'art. 19, comma 1, del decreto legislativo n. 29 del 1993 e successive modificazioni.** Sono definiti contrattualmente, nel rispetto dei parametri indicati dal contratto collettivo nazionale per ciascun incarico, l'oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata dell'incarico, salvo i casi di revoca, nonché il corrispondente trattamento economico.>>.*

Questi incarichi sono quindi attribuiti, a tempo determinato, dal direttore generale, secondo le modalità definite nella contrattazione collettiva nazionale, hanno durata non inferiore a tre anni e non superiore a sette, con facoltà di rinnovo.

Ai predetti incarichi si applica l'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo n.29 del 1993 e successive modificazioni. Sono definiti contrattualmente, nel rispetto dei parametri indicati dal contratto collettivo nazionale per ciascun incarico, l'oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata dell'incarico, salvo i casi di revoca, nonché il corrispondente trattamento economico.

Tali incarichi sono revocati, secondo le procedure previste dalle disposizioni vigenti e dai contratti collettivi nazionali di lavoro, in caso di: inosservanza delle direttive impartite dalla

direzione generale o dalla direzione del dipartimento; mancato raggiungimento degli obiettivi assegnati; responsabilità grave e reiterata; in tutti gli altri casi previsti dai contratti di lavoro. Nei casi di maggiore gravità, il direttore generale può recedere dal rapporto di lavoro, secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi nazionali di lavoro. Il dirigente non confermato alla scadenza dell'incarico di direzione di struttura complessa e' destinato ad altra funzione con il trattamento economico relativo alla funzione di destinazione previsto dal contratto collettivo nazionale di lavoro; contestualmente viene reso indisponibile un posto di organico del relativo profilo.

### **I contratti a tempo determinato**

L'art. 15-septies del d.lg.svo n. 502, consente ai direttori generali di conferire incarichi per l'espletamento di funzioni di particolare rilevanza e di interesse strategico mediante la stipula di contratti a tempo determinato e con rapporto di lavoro esclusivo, rispettivamente entro i limiti del due per cento della dotazione organica della dirigenza sanitaria e del due per cento della dotazione organica complessiva degli altri ruoli della dirigenza, a laureati di particolare e comprovata qualificazione professionale che abbiano svolto attività in organismi ed enti pubblici o privati o aziende pubbliche o private con esperienza acquisita per almeno un quinquennio in funzioni dirigenziali apicali o che abbiano conseguito una particolare specializzazione professionale, culturale e scientifica desumibile dalla formazione universitaria e post-universitaria, da pubblicazioni scientifiche o da concrete esperienze di lavoro e che non godano del trattamento di quiescenza. I contratti hanno durata non inferiore a due anni e non superiore a cinque anni, con facoltà di rinnovo.

Inoltre, il secondo comma prevede che le aziende unità sanitarie e le aziende ospedaliere possono stipulare, oltre a quelli previsti dal comma precedente, contratti a tempo determinato, in numero non superiore rispettivamente al cinque per cento della dotazione organica della dirigenza sanitaria, ad esclusione della dirigenza medica, nonché al cinque per cento della dotazione organica della dirigenza professionale, tecnica e amministrativa, per l'attribuzione di incarichi di natura dirigenziale, relativi a profili diversi da quello medico, ad esperti di provata competenza che non godano del trattamento di quiescenza e che siano in possesso del diploma di laurea e di specifici requisiti coerenti con le esigenze che determinano il conferimento dell'incarico.

Il trattamento economico e' determinato sulla base dei criteri stabiliti nei contratti collettivi della dirigenza del Servizio sanitario nazionale.

Per il periodo di durata del contratto di cui al comma 1 i dipendenti di pubbliche amministrazioni sono collocati in aspettativa senza assegni con riconoscimento dell'anzianità di servizio.

### **Il licenziamento del dirigente sanitario**

Nel settore sanitario non vi sono specificità degne di rilievo, rispetto al quadro regolativo generale.

In generale, nel settore pubblico, il licenziamento del dirigente deve essere necessariamente assistito da una ragione giustificativa. Infatti, a differenza dell'impegno privato, i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'articolo 97 Cost. richiedono una tendenziale stabilità delle funzioni dirigenziali, la loro continuità<sup>15</sup>.

La Corte costituzionale già con la sentenza n. 313 del 25 luglio 1996 (e con la successiva n. 11/2002) ha chiarito che la valutazione dell'idoneità professionale del dirigente sia affidata a criteri e a procedure di carattere oggettivo, assistite da un'ampia pubblicità e garanzia del contraddittorio

In ogni caso, trova applicazione la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa fondato sull'investimento di fiducia del datore di lavoro (Cass. 14 giugno 2018, n. 15640<sup>16</sup>) ma anche sulla capacità del dirigente di assicurare la legalità, l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa (cfr. Cass. 14 giugno 2017, n. 2017).

Resta fermo che la giusta causa come sempre costituisce una nozione legale rispetto alla quale non sono vincolanti le previsioni dei CCNL, le quali hanno una valenza meramente esemplificativa ed orientativa. Pertanto, il giudice di merito deve procedere ad una autonoma valutazione sull'idoneità della condotta a compromettere il vincolo fiduciario tra datore e lavoratore (*ex ultimis*, Cass. 28 marzo 2022, n. 9931; Cass. 7 maggio 2020, n. 8621)<sup>17</sup>.

Rispetto al dirigente sanitario, vi sono diverse applicazioni di questi principi con riguardo a negligenze gravi poste in essere durante il servizio e valutate in sede giudiziaria anche ai sensi dell'articolo 70 e dell'art. 20 del CCNL; per esempio, Trib. Pavia 13 aprile 2022 – Est. Allieri ha ritenuto legittimo il licenziamento per giusta causa del dirigente medico di una struttura sanitaria, adibito alle "attività tamponi", che aveva omesso di comunicare l'esito di un tampone molecolare Covid-19 di una collega di reparto, poi risultata positiva: tale omissione è considerabile una negligenza di gravità tale da giustificare il licenziamento senza preavviso<sup>18</sup>.

## CONTENZIOSI SERIALI IN MATERIA

La ricerca e l'analisi della produzione giurisprudenziale più recente in questa materia, consente di individuare i contenziosi seriali maggiormente presenti presso gli Uffici giudiziari di merito. Se ne riporta di seguito una sintetica rassegna.

### 1. Aspettativa

Ampio dibattito giurisprudenziale in relazione alla configurabilità di un potere discrezionale o piuttosto vincolato dell'azienda datrice di lavoro del dirigente medico nella valutazione della istanza di aspettativa non retribuita per lo svolgimento di un incarico a tempo determinato presso

---

<sup>15</sup> A. Boscati, La disciplina della dirigenza e del lavoro pubblico a vent'anni dall'approvazione del d.lgs. n. 165/2001: la costante ricerca di un approdo stabile, in *Ist. Feder.*, 2021, 2, pag. 380 e segg.

<sup>16</sup> Tampieri, Novità giurisprudenziali e contrattuali sul licenziamento del dirigente pubblico, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2019, 4, pag. 33 e segg.

<sup>17</sup> G. Picco, Il licenziamento per giusta causa di un dirigente medico tra autonomia del procedimento disciplinare e principio di proporzionalità, in *Lav. Giur.*, 2020, 10, pag. 988) (cfr. Cass. 26 settembre 2016, n. 18858

<sup>18</sup> Costanza Ziani, Vecchi istituti, nuovi paradigmi: la crisi sanitaria e i rinnovati profili di diligenza professionale nel caso di licenziamento del dirigente medico, *ADL*, 5, 2022, 1059.

altro ente ed alla connessa configurabilità in capo al dirigente medico di un diritto potestativo (o meno) alla fruizione di aspettativa senza assegni in base a semplice richiesta (art. 10 della contrattazione collettiva integrativa del 10.2.2004, come modificata dal c.c.n.l. del 3.11.2005).

La questione vale anche per il personale non dirigente.

La Corte di legittimità con la sentenza n. 4878 del 11.3.2015, in ordine alla disciplina contenuta nella contrattazione integrativa del personale non dirigenziale del comparto sanità, ha ritenuto, a fronte dell'ambiguità del dato testuale che tali aspettative sono sottoposte, quanto alla loro concessione, alla valutazione discrezionale dell'amministrazione» per la verifica di compatibilità con le esigenze di servizio.

Quanto poi al vaglio di sussistenza delle esigenze di servizio ed organizzative il controllo giudiziale deve essere limitato all'accertamento della conformità del provvedimento datoriale alle finalità di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione e ai doveri generali di correttezza e buona fede, mentre non può arrivare al sindacato di merito delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, salvo vi sia una evidente discriminatorietà, o illiceità del motivo o pretestuosità.

Gli atti di concessione o di rigetto delle istanze di aspettativa hanno natura privatistica e negoziale, ed il datore di lavoro è obbligato al rispetto delle clausole generali di correttezza e buona fede, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento *ex art. 97 Cost.* (cfr. Cass. n. 19425 del 22.08.2013).

## 2) **valutazione**

L'art. 15, comma 5, D. Lgs. 502/92 stabilisce che i dirigenti medici e sanitari sono sottoposti a una verifica annuale correlata e finalizzata alla corresponsione della retribuzione di risultato.

Gli effetti della valutazione positiva delle attività professionali svolte e dei risultati raggiunti sono rilevanti e sono essenzialmente:

- l'attribuzione di incarichi di natura professionale anche di alta specializzazione, di consulenza, studio e ricerca, ispettivi, di verifica e di controllo, nonché di direzione di strutture semplici. Per i dirigenti che hanno già superato il quinquennio, il passaggio alla fascia superiore dell'indennità di esclusività al maturare dell'esperienza professionale richiesta (art. 5, comma 5 CCNL 8 giugno 2000, II biennio);
- l'attribuzione dell'indennità di esclusività della fascia superiore;
- la rideterminazione della retribuzione di posizione minima contrattuale

“Nel rapporto di lavoro della dirigenza medica, l'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 502 del 1992, nella parte in cui prevede che il dirigente sia sottoposto a verifiche periodiche e a fine incarico, e condiziona il conferimento o la conferma dell'incarico all'esito positivo di tali verifiche, ha carattere di norma imperativa, dettata a salvaguardia dell'interesse pubblico della salute dei cittadini...” e di diretta attuazione dell'art.97 della Costituzione (vedi Cass. Civ., Sezione Lavoro, 15 novembre 2017, n. 27120).

La valutazione costituisce un adempimento che deve essere effettuato d'ufficio ex lege, in modo imperativo dalla P.A. In molti casi la valutazione non viene tuttavia eseguita; ciò configura un grave inadempimento contrattuale da parte dell'Azienda Sanitaria.

In questi casi, la condotta illecita posta in essere dall'Azienda resistente è fonte dell'obbligazione risarcitoria, quanto ai danni causati dal mancato adempimento dell'obbligo di valutazione, che ha privato la ricorrente della possibilità di ottenere una valutazione positiva e il conseguente conferimento di un superiore incarico.

La giurisprudenza procede ad una valutazione postuma con una fictio iuris, valutando alcuni elementi (es. la mancata emissione di provvedimenti disciplinari) a dimostrazione e conferma del fatto che la valutazione avrebbe avuto esito positivo.

Vi è quindi una tutela risarcitoria correlata all'omessa corretta valutazione, commisurata al danno relativo alla quota variabile aziendale della retribuzione di posizione che sarebbe maturata.

Non può, invece, essere accolta dal giudice ordinario la domanda volta a ordinare all'Amministrazione di effettuare la valutazione, trattandosi di domanda attinente all'esecuzione di un'attività discrezionale, non vincolata e di condanna a un facere infungibile (Trib. Palermo, 16 febbraio 2022).

### **3. indennità di esclusività**

L'indennità di esclusività costituisce una voce del trattamento economico spettante ai dirigenti sanitari, che optano per il rapporto di lavoro esclusivo. Tale indennità è soggetta ad una specifica disciplina che ne subordina l'erogazione al possesso di diversi requisiti<sup>19</sup>.

La prevalente giurisprudenza ha ritenuto l'indennità di esclusività sottoposta al blocco stipendiale per il personale della Pubblica Amministrazione previsto dall'art. 9 del D.L. n. 78/2010, convertito nella L. 122/2010 (Corte appello Firenze 10.12.2020).

In generale, la giurisprudenza di merito sul tema del c.d. blocco stipendiale di cui all'art. 9 comma 3 d.l. n. 78/2010 conv con modificazioni nella legge n. 122/2010, ha evidenziato la ristrettezza dell'ambito applicativo della norma, rubricata Contenimento delle spese in materia di impiego pubblico che dispone: "Per gli anni 2011, 2012 e 2013 il trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, ivi compreso il trattamento accessorio, previsto dai rispettivi ordinamenti delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non può superare, in ogni caso, il trattamento ordinariamente spettante per l'anno 2010, al netto degli effetti derivanti da eventi straordinari della dinamica retributiva, ivi incluse le variazioni dipendenti da eventuali arretrati, conseguimento di funzioni diverse in corso d'anno, fermo in ogni caso quanto previsto dal comma 21, terzo e quarto periodo, per le progressioni di carriera comunque denominate, maternità, malattia,

---

<sup>19</sup> Debora Benedettelli Indennità di esclusività dei dirigenti dell'Area Sanità: "ratio" dell'istituto e quadro normativo in Sanità Pubblica e Privata 2/2021, pp. 22-30

missioni svolte all'estero, effettiva presenza in servizio, fatto salvo quanto previsto dal comma 17, secondo periodo, e dall'articolo 8, comma 14" (comma 1). Ai sensi della citata normativa, sono esclusi dal blocco stipendiale per il triennio 2011, 2012, 2013 (prorogato anche al 2014, in virtù dell'art. 1 del d. P.R. n. 122/2013) gli "effetti derivanti da eventi straordinari della dinamica retributiva", tra i quali rientrano per espressa previsione di legge "le variazioni dipendenti da eventuali arretrati" nonché il "conseguimento di funzioni diverse in corso d'anno". A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento, nei confronti dei titolari di incarichi di livello dirigenziale generale delle amministrazioni pubbliche, come individuate dall'Istituto nazionale di Statistica (ISTAT), ai sensi del comma 3, dell'art. 1, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non si applicano le disposizioni normative e contrattuali che autorizzano la corresponsione, a loro favore, di una quota dell'importo derivante dall'espletamento di incarichi aggiuntivi".

Sul punto, la giurisprudenza ha soprattutto evidenziato che la norma si riferisce solo agli incarichi di livello dirigenziale generale, e non a quelli di direzione di UOS, che è la struttura basilare e più semplice dell'organizzazione sanitaria.

Inoltre, per l'indennità di sostituzione ex art. 18 c.c.n.l. si è evidenziato che la stessa si fonda su presupposti costituenti un evento straordinario della dinamica retributiva, strettamente connesso alla vacanza dell'incarico dirigenziale e, in quanto tale, privo dei caratteri della ordinarietà e prevedibilità (Corte appello Roma, n. 920/2023).

Questioni di computo e anzianità valutabile.

Secondo Cassazione n. 23311/21 il principio di non discriminazione, sancito dalla clausola 4 dell'Accordo Quadro allegato alla direttiva 99/70/CE, può operare qualora la progressione stipendiale sia condizionata, oltre che dalla maturazione di una data anzianità, dalla valutazione dell'attività prestata, che, quindi, rende la progressione medesima non automatica, come accade in altri comparti.

I ricorrenti, nel caso di specie, avevano lamentato che l'Istituto non aveva tenuto conto, ai fini della quantificazione dell'indennità di esclusività e della retribuzione di posizione unificata, dell'anzianità di servizio maturata sulla base di contratti a tempo determinato, stipulati in successione con intervalli non superiori al mese, ed avevano domandato, previo accertamento dell'effettiva esperienza professionale, la condanna dell'amministrazione convenuta a corrispondere il trattamento previsto in favore dei dirigenti in possesso di un'anzianità non inferiore a cinque anni.

La Corte territoriale, pur dando atto del principio di diritto affermato da Cass. n. 7440/2018, ha ritenuto che l'asserita disparità di trattamento rispetto agli assunti a tempo indeterminato fosse giustificata, quanto alla retribuzione di posizione unificata ed all'indennità di esclusività, da ragioni oggettive, perché la maggiorazione degli importi contrattualmente previsti a detto titolo è legata non alla sola anzianità di servizio bensì anche alla previa verifica ossia a condizioni che nella specie non verificate (Cass. 2020 n. 3231/2020).

Cass. 7303/2020, secondo cui "il trattamento economico, complessivo" spettante al direttore sanitario "non può essere inferiore a quello della dirigenza apicale" e Cass. 12359/2021, secondo cui "al

direttore sanitario ... è attribuito un trattamento economico definito in misura non inferiore a quello previsto dalla contrattazione collettiva nazionale ... per le posizioni apicali della dirigenza medica”

## II. LA DIRIGENZA DEGLI ENTI LOCALI

### Il sistema delle fonti di produzione del diritto

Per i dirigenti degli enti locali, la disciplina fondamentale è contenuta intanto nel Capo III del Titolo IV (artt. 107-111) del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali. - T.U.E.L.). In particolare, l'art. 111 rubricato Adeguamento della disciplina della dirigenza prevede che "Gli enti locali, tenendo conto delle proprie peculiarità nell'esercizio della propria potestà statutaria e regolamentare, adeguano lo statuto ed il regolamento ai principi del presente capo e del capo II del decreto legislativo del febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni ed integrazioni"<sup>20</sup>.

Pertanto, la legge impone un obbligo di adeguamento da parte degli enti locali, nell'autonomia statutaria e regolamentare, ai principi dello stesso TUEL ma anche del TUPI.

Il TUPI – come anticipato nella parte introduttiva - costituisce comunque una disciplina direttamente applicabile (Cass. n. 11015/2017). Invero, a norma dell'art. 1 del TUPI le disposizioni contenute in esso *corpus* "disciplinano l'organizzazione degli uffici e i rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" (comma 1), intendendosi per amministrazioni pubbliche, tra le altre, "le amministrazioni dello Stato, le Regioni, le Province e i Comuni" (comma 2). Tali disposizioni "costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 Cost." (comma 3) e, in quanto tali, devono trovare applicazione pure nell'ambito delle Amministrazioni degli enti locali.

Parallelamente, come chiarito nella sentenza di Cassazione da ultimo citata, gli artt. 88 e 111 del TUEL hanno previsto, rispettivamente, che:

a) "all'ordinamento degli uffici e del personale degli enti locali, ivi compresi i dirigenti" si applicano, oltre a quelle del TUEL, le disposizioni del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni ed integrazioni e quindi, nel tempo, quelle del d.lgs. n. 165 del 2001 (art. 88); b) con particolare riguardo alla disciplina della dirigenza, gli enti locali, nell'esercizio della propria potestà regolamentare e statutaria, devono adeguare i propri statuti e i regolamenti oltre che ai principi dettati dal TUEL e anche a quelli stabiliti del capo II ("Dirigenza") del d.lgs. n. 29 del 1993 e s.m.i. cit. Tale soluzione è stata definitivamente ribadita con il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, art. 40, in ogni caso, è certa l'applicabilità, in aggiunta alla normativa dettata dal TUEL, dell'art. 19 del TUPI dato che il suddetto art. 19 è compreso tra le norme del Capo II del TUPI richiamate dall'art. 111 stesso.

In ogni caso, dati i principi di autonomia vevoli *in subiecta materia* le fonti regolatrici offrono discipline differenziate, che vanno di volta in volta ricostruite a seconda dello specifico contesto ordinamentale di riferimento, salve le regole generali di cui ora si dirà.

### Morfologia essenziale

L'articolo 107 del TUEL disegna e definisce il sistema delle funzioni e della responsabilità della dirigenza.

---

<sup>20</sup> Per un aspetto (la durata minima degli incarichi) per il quale è stato ritenuto che la disciplina ex art. 19 d. lgs. n. 165 del 2001 integri quella posta dal d. lgs. n. 267 del 2000, v. Cass., sez. lav., 13 gennaio 2014, n. 478.

Al primo comma la disposizione ribadisce il principio generale di separazione tra amministrazione e politica, statuendo che i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo.

Inoltre, il medesimo art. 107, al comma 2, introduce un principio di generalità e di tendenziale residualità dei poteri attribuiti ai dirigenti, ai quali spettano tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale (di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108 del TUEL).

Ovviamente, il Testo unico attribuisce ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo politico.

Quanto al reclutamento, l'art. 89 del D.Lgs. n. 267/2000 assegna alla potestà regolamentare degli enti locali i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro anche per la qualifica dirigenziale, secondo i principi fissati dagli artt. 35 e 36 del D.Lgs. n. 165/2001. In difetto si applica la procedura di reclutamento prevista dal D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487.

Si tenga conto che molti dei profili sopra trattati, inerenti alla dirigenza statale di diritto comune, sono vevoli anche per la dirigenza degli enti locali, salvi gli aspetti di seguito evidenziati, in quanto specifici di questo settore ordinamentale.

### **Il conferimento dell'incarico agli interni e agli esterni**

L'art. 109 del TUEL anche se è rubricato "Conferimento di funzioni dirigenziali", e quindi fa riferimento al concetto di "funzioni", in realtà tratta precipuamente degli "incarichi".

La norma oltre a ribadire la regola generale per cui gli incarichi dirigenziali sono conferiti a tempo determinato, precisa che il conferimento ai sensi dell'articolo 50, comma 10, richiede un provvedimento motivato e deve rispettare le modalità fissate dal regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, secondo criteri di competenza professionale, in relazione agli obiettivi indicati nel programma amministrativo del sindaco o del presidente della provincia.

L'attribuzione degli incarichi può prescindere dalla precedente assegnazione di funzioni di direzione a seguito di concorsi.

In linea generale, il conferimento dell'incarico dirigenziale avviene attraverso un provvedimento dell'organo politico di vertice dell'ente locale.

Anche in questo settore ordinamentale, l'incarico può essere conferito a soggetto già dipendente dell'ente locale, cd. di ruolo, o ad un soggetto estraneo all'amministrazione.

In tali ultimi casi, il soggetto interessato viene assunto come dipendente mediante contratto a tempo determinato (come avviene nelle Amministrazioni centrali o nell'ambito delle Aziende sanitarie<sup>21</sup>).

---

<sup>21</sup> Cfr. art. 15-*septies* d. lgs. n. 502 del 1992.

Si applica l'art. 110 TUEL e l'art. 19 co. 5-*bis* e 6, d. lgs. n. 165 del 2001, con l'eventuale disciplina integrativa eventualmente applicabile.

Va, sul punto, subito notato che, secondo la giurisprudenza, pure se l'art. 110 comma 1 del TUEL non richiede la previa, necessaria, valutazione circa l'esistenza di analoghe professionalità all'interno dell'ente, sussiste la necessità di leggere la norma in discorso in connessione con gli artt. 19 comma 6, 7 comma 6 e 36 del dlgs 165/2001, che, comunque, sembra essere ineludibile dalla mera lettura dell'art. 88 del dlgs 267/2000 a mente del quale "all'ordinamento degli uffici e del personale degli enti locali, ivi compresi i dirigenti ed i segretari comunali e provinciali, si applicano le disposizioni del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni ed integrazioni, e le altre disposizioni di legge in materia di organizzazione e lavoro nelle pubbliche amministrazioni nonché quelle contenute nel presente testo unico."

In altri termini, la procedura finalizzata alla copertura dei posti di responsabili dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, mediante contratto a tempo determinato, ai sensi dell'art. 110 comma 1 del TUEL, non può derogare dal rispetto delle prescrizioni dell'articolo 19, comma 6, del d.lgs 165/2001, il quale fornisce due fondamentali e correlate indicazioni:

- l'incarico può essere conferito a soggetti esterni a condizione che la correlata professionalità sia "non rinvenibile nei ruoli dell'Amministrazione"; occorre, quindi, preliminarmente dimostrare, l'assenza totale nei ruoli dell'amministrazione di persone aventi la professionalità necessaria;

- gli "incarichi sono conferiti, fornendone esplicita motivazione", la quale è funzionale alla verifica della particolare e comprovata qualificazione professionale, richiesta ai funzionari da sottoporre a selezione, e della insussistenza di professionalità equivalenti all'interno dell'ente, anche ai fini del controllo della Corte dei Conti sugli atti di conferimento dei predetti incarichi (Cass. civ. Sez. lavoro, 22-02-2017, n. 4621).

A ciò, deve aggiungersi che costituisce „un principio basilare del nostro ordinamento, da tempo unanimemente riconosciuto dalla giurisprudenza contabile, quello in virtù del quale ogni ente pubblico, dallo Stato all'ente locale, deve provvedere ai propri compiti con la propria organizzazione ed il proprio personale.

Detto principio trova in realtà il suo fondamento non solo nel canone costituzionale di buona amministrazione, di cui i principi di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa costituiscono attuazione, ma anche nella considerazione che - atteso che ogni ente pubblico ha una sua organizzazione e un suo personale - è con questa organizzazione e con questo personale che l'ente deve attendere alle sue funzioni.

La possibilità di ricorrere a personale esterno è ammessa nei limiti ed alle condizioni in cui la legge la preveda, stante che tutte le forme di esternalizzazione dell'attività pubblica quali le consulenze, le collaborazioni esterne, i contratti a tempo determinato, hanno la comune e generale funzione di acquisire professionalità qualitativamente e quantitativamente assenti nella pubblica amministrazione, oppure quella di sopperire ad esigenze eccezionali ed impreviste, di natura transitoria“ (T.A.R. Reggio Calabria, n.456/2019).

Ancora, occorre tener conto della disciplina speciale introdotta per l'attuazione del PNRR. In particolare, il D.L. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla L. 21 aprile 2023, n. 41, ha disposto (con l'art. 8, comma 1) che "Al fine di consentire agli enti locali di fronteggiare le esigenze connesse ai complessivi adempimenti riferiti al PNRR e, in particolare, di garantire l'attuazione delle procedure di gestione, erogazione, monitoraggio, controllo e rendicontazione delle risorse del medesimo Piano ad essi assegnate, fino al 31 dicembre 2026, la percentuale di cui all'articolo 110, comma 1, secondo periodo, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti

locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 e' elevata al 50 per cento, limitatamente agli enti locali incaricati dell'attuazione di interventi finanziati, in tutto o in parte, con le risorse del PNRR."

Ha inoltre disposto (con l'art. 8, comma 2) che "Al fine di assicurare la continuita' dell'azione amministrativa e facilitare la realizzazione degli investimenti finanziati, in tutto o in parte, con le risorse del PNRR ovvero con le risorse dei programmi cofinanziati dall'Unione europea e dei programmi operativi complementari alle programmazioni europee 2014-2020 e 2021-2027, ai rapporti di collaborazione instaurati ai sensi dell'articolo 110 del decreto legislativo n. 267 del 2000 non si applicano, fino al 31 dicembre 2026, le disposizioni di cui al comma 4 del medesimo articolo 110. Per le medesime finalita' di cui al primo periodo e fino al 31 dicembre 2026, non si applica nei confronti degli enti locali dichiarati in dissesto o che si trovino in situazioni strutturalmente deficitarie il divieto di cui all'articolo 90, comma 1, del citato decreto legislativo n. 267 del 2000."

Tanto premesso, è giusto il caso di ricordare che l'art. 19, comma 5-bis, del d.lgs. n. 165/01 si riferisce al conferimento di incarichi dirigenziali "a dirigenti non appartenenti ai ruoli di cui all'articolo 23, purché dipendenti delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ovvero di organi costituzionali, previo collocamento fuori ruolo, aspettativa non retribuita, comando o analogo provvedimento secondo i rispettivi ordinamenti", dunque presuppone che il soggetto sia comandato da altra amministrazione, ovvero sia posto in posizione di fuori ruolo per incarichi dirigenziali di pari livello e senza alcuna evidenza pubblica.

Invece l'art. 19, comma 6 si riferisce a soggetti esterni a qualsiasi Amministrazione.

Ai fini del conferimento degli incarichi dirigenziali, l'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001 prevede come premesso che gli incarichi dirigenziali a soggetti esterni all'Amministrazione possono essere conferiti: - fornendone esplicita motivazione; - rendendo conoscibili al personale interno (mediante pubblicazione dell'avviso) il numero, la tipologia e i criteri per l'affidamento degli incarichi; - dopo aver accertato che la professionalità richiesta non sia rinvenibile nei ruoli dell'Amministrazione.

Il Consiglio di Stato (n. 4600/2020; in senso analogo T.A.R. Roma, sez. II, 01/03/2021, n.2479) ha sul punto precisato che l'impossibilità di rinvenire professionalità nei ruoli dell'Amministrazione deve intendersi "nel senso che la ricerca all'esterno deve seguire l'accertamento del possesso dei requisiti richiesti in capo a soggetti già appartenenti ai ruoli dell'Amministrazione e, quindi, anche tra i funzionari direttivi di categoria D, in caso di vacanza in organico di personale dirigenziale. In questo senso depono l'uso del plurale "ruoli" sicché, la norma va riferita sia al ruolo dirigenziale (che va sondato in via principale) che a quello del personale direttivo (che va preso in considerazione in via subordinata), anche al fine di ridurre le spese dell'Amministrazione evitando, ove possibile, il ricorso a professionalità esterne, in linea con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa".

Questo orientamento risulta recepito da ampia giurisprudenza di merito, che ha peraltro osservato che "se obiettivo della riforma del 2009 è quello di rendere eccezionale il ricorso a professionalità esterne, ritiene il Collegio che la preventiva verifica interna debba necessariamente essere condotta tra tutte le professionalità già in servizio nell'ente conferente, quindi non solo tra quelle con qualifica dirigenziale, ma anche tra quelle prive di tale qualifica ma con un quinquennio di esperienza in qualifiche abilitanti all'accesso alla dirigenza ovvero in possesso di particolare specializzazione rispetto all'incarico da conferire, così da giustificare fondatamente l'eventuale ricorso all'esterno e

fornire di effettivo contenuto “l’esplicita motivazione” che deve necessariamente supportare una tale eccezione” (Corte Appello Roma n. 3259/2021).

Tuttavia, risulta sostenuta anche l’opposta tesi (cfr. Tribunale Roma, n. 9601/2021).

In ogni caso, è bene tener conto che sussiste un obbligo di procedere all’interpello interno previo, derivante dall’art. 19, comma 6. Sul punto, la Suprema Corte di Cassazione ha precisato che “Costituisce regola immanente al sistema di conferimento degli incarichi dirigenziali il principio, esplicitato dal D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 mediante riformulazione del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 19, comma 6, terzo periodo secondo cui la nomina di un soggetto esterno è condizionata alla previa verifica dell’insussistenza all’interno dei ruoli organici di una professionalità equivalente. Tale regola corrisponde ad una finalità, preminentemente pubblicistica, di economicità, efficienza e buona amministrazione. La motivazione del provvedimento di nomina è funzionale alla verifica esterna del rispetto di tale vincolo, anche ai fini del controllo della Corte dei Conti sugli atti di conferimento di incarichi dirigenziali” (Cass. sez. lav. 22 febbraio 2017, n. 4621).

Circa le questioni di giurisdizione che possono porsi, va tenuto presente l’orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui, le controversie relative al conferimento di incarichi dirigenziali, anche se implicante l’assunzione a termine di soggetti esterni, sono di pertinenza del giudice ordinario, in applicazione del comma 1 dell’art. 63, purché la selezione del destinatario dell’incarico non abbia carattere concorsuale (Sez. Un., 29080/2018; 30/9/2014, n. 20571; Cass. Sez. Un., 8/6/2018 n. 11171, 11172, 11173). E si precisa che non hanno natura concorsuale - con la conseguenza che la giurisdizione spetta al giudice ordinario - le procedure nelle quali la scelta del dipendente avviene in difetto della nomina di una commissione esaminatrice con poteri decisori, della formazione di una graduatoria finale di merito dei candidati all’esito di una valutazione comparativa, connotandosi, per contro, l’individuazione del soggetto cui conferire l’incarico quale espressione di una valutazione dell’ente pubblico di carattere discrezionale.

La possibilità di ricorrere ad incarichi a contratto, cioè alle assunzioni dei dirigenti con contratto a tempo determinato è ammessa dall’art. 110 TUEL, ma ciò può avvenire nei limiti di una quota massima. In particolare, la citata disposizione dispone che lo statuto può prevedere che la copertura dei posti di responsabili dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, possa avvenire mediante contratto a tempo determinato. “Per i posti di qualifica dirigenziale, il regolamento sull’ordinamento degli uffici e dei servizi definisce la quota degli stessi attribuibile mediante contratti a tempo determinato, comunque in misura non superiore al 30 per cento dei posti istituiti nella dotazione organica della medesima qualifica e, comunque, per almeno una unità’.

Fermi restando i requisiti richiesti per la qualifica da ricoprire, l’art. 110 cit. stabilisce che gli incarichi a contratto di cui al presente comma sono conferiti previa selezione pubblica volta ad accertare, in capo ai soggetti interessati, il possesso di comprovata esperienza pluriennale e specifica professionalità nelle materie oggetto dell’incarico.

E’ importante anche ricordare che il comma 2 del medesimo art. 110, affida al regolamento sull’ordinamento degli uffici e dei servizi, negli enti in cui e’ prevista la dirigenza, di stabilire i limiti, i criteri e le modalità con cui possono essere stipulati, al di fuori della dotazione organica, contratti a tempo determinato per i dirigenti e le alte specializzazioni, fermi restando i requisiti richiesti per la qualifica da ricoprire. Tali contratti sono stipulati in misura complessivamente non superiore al 5 per

cento del totale della dotazione organica della dirigenza e dell'area direttiva e comunque per almeno una unita'. Negli altri enti, il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi stabilisce i limiti, i criteri e le modalita' con cui possono essere stipulati, al di fuori della dotazione organica, solo in assenza di professionalita' analoghe presenti all'interno dell'ente, contratti a tempo determinato di dirigenti, alte specializzazioni o funzionari dell'area direttiva, fermi restando i requisiti richiesti per la qualifica da ricoprire. Tali contratti sono stipulati in misura complessivamente non superiore al 5 per cento della dotazione organica dell'ente arrotondando il prodotto all'unita' superiore, o ad una unita' negli enti con una dotazione organica inferiore alle 20 unita'.

Questo ultimo tipo di contratti, per espressa disposizione di legge (art. 110, comma 3), non può avere durata superiore al mandato elettivo del sindaco o del presidente della provincia in carica (sullo *spoils system*, v. infra).

La Corte Costituzionale ha evidenziato in più occasioni la natura straordinaria di questa modalità di reclutamento ( n. 9/2010) rispetto al principio ex art. 97, comma 3, Cost., del pubblico concorso, trattandosi di eccezioni da delimitarsi in modo rigoroso (sent. n. 215/2009 e ì n. 363/2006). Le deroghe sono cioè legittime solo in presenza di peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle, in quanto funzionali alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione (sent. n. 293/2009; n. 81/2006).

Il trattamento economico, equivalente a quello previsto dai vigenti contratti collettivi nazionali e decentrati per il personale degli enti locali, puo' essere integrato, con provvedimento motivato della giunta, da una indennita' ad personam, commisurata alla specifica qualificazione professionale e culturale, anche in considerazione della temporaneita' del rapporto e delle condizioni di mercato relative alle specifiche competenze professionali. Il trattamento economico e l'eventuale indennita' ad personam sono definiti in stretta correlazione con il bilancio dell'ente e non vanno imputati al costo contrattuale e del personale.

Il contratto a tempo determinato e' risolto di diritto nel caso in cui l'ente locale dichiara il dissesto o venga a trovarsi nelle situazioni strutturalmente deficitarie.

Per il periodo di durata degli incarichi di cui ai commi 1 e 2 del predetto articolo nonche' dell'incarico di cui all'articolo 108, i dipendenti delle pubbliche amministrazioni sono collocati in aspettativa senza assegni, con riconoscimento dell'anzianita' di servizio, ed in ciò la norma riecheggia la disposizione generale dell'articolo 19, comma 6 del TUPI.

Per completezza, si ricordi comunque che per obiettivi determinati e con convenzioni a termine, il regolamento puo' prevedere collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalita'. Sul punto, va ricordato che il comma 6 dell'art. 7 del TUPI - disposizione questa inserita nel Titolo I ("Principi generali") - dispone che le amministrazioni pubbliche, per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa ad esperti di provata competenza, soltanto in presenza dei presupposti di legittimità ivi indicati e si è aggiunto che "i regolamenti di cui all'art. 110, comma 6, del TU di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n.267 si adeguano ai principi di cui al comma 6" (comma 6 ter, introdotto con decorrenza dal 12 agosto 2006, dal d.l. n. 223 del 2006, art. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 248 del 2006, richiamato da Cass. 13 gennaio 2014, n. 478, cui si rinvia per eventuali ulteriori approfondimenti).

Pertanto, i regolamenti degli enti devono adeguarsi ai principi ed ai limiti vevoli per tutte le PP.AA. in ordine all'utilizzo di collaborazioni esterne.

Sta di fatto che l'utilizzazione di soggetti esterni avviene in maniera molto ampia negli enti locali<sup>22</sup> e nelle Regioni<sup>23</sup>, anche ai fini del conferimento degli incarichi di dirigenza generale<sup>24</sup>. In questi casi, non essendovi un precedente e sottostante rapporto di servizio, non trattandosi di dirigente di ruolo assunto in quanto vincitore di concorso, il contratto di incarico ha anche la funzione di costituire il rapporto di lavoro dirigenziale a tempo determinato.

In casi più limitati l'incarico viene invece conferito non con un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, ma con le modalità proprie del lavoro autonomo, seppure coordinato e continuativo, come avviene per il direttore generale negli enti locali<sup>25</sup>.

E' bene, inoltre, ricordare che nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale le funzioni dirigenziali, possono essere attribuite, attraverso un provvedimento motivato del sindaco, ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla qualifica funzionale posseduta.

Data la ricorrenza nel contenzioso, è utile ribadire gli argomenti già prima trattati e relativi alla delicata questione del riparto di giurisdizione in materia di assegnazione dell'incarico a soggetto esterno a fronte di un interesse del dirigente interno allo scorrimento della graduatoria. In sintesi, ogni qual volta la pretesa al riconoscimento del diritto allo scorrimento sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento che disponga di non coprire più (o di coprire diversamente) il posto resosi vacante, anziché avvalersi dello scorrimento della graduatoria del concorso anteriormente espletato, si è in presenza di una contestazione che investe l'esercizio del potere dell'amministrazione, cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, tutelabile innanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, comma quarto, del d.lgs. n. 165 del 2001 (v. Cass. Sez. Un., 24878/2017, cit., ed ivi ulteriori richiami, tra cui Cass. Sez. Un. 20/12/2016, n. 26272; Cass. Sez. Un. 6/5/2013, n. 10404).

A ben vedere, infatti, in questo caso, la controversia ha ad oggetto il controllo giudiziale sulla legittimità della scelta discrezionale operata dall'amministrazione, ossia sulla legittimità di un atto autoritativo con cui l'amministrazione definisce l'alta organizzazione e che l'art. 2, comma 1, d.lgs. n.

165/2001 mantiene in regime di diritto pubblico; simmetricamente, la situazione giuridica dedotta in giudizio appartiene alla categoria degli interessi legittimi, la cui tutela è demandata al giudice cui spetta il controllo sulle modalità di esercizio del potere amministrativo ai sensi dell'art. 103 Cost. In tale ipotesi la controversia non riguarda il diritto all'assunzione bensì i poteri autoritativi dell'amministrazione che ha deciso di coprire il posto attraverso l'indizione di una diversa procedura (ad esempio il conferimento di incarichi esterni o il ricorso alla mobilità esterna), a fronte dei quali è configurabile unicamente una situazione di interesse legittimo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo (Cass. Sez. Un., 29080/2018; 1/6/2017, n. 13851; Cass. Sez. Un. 20/12/2016, n. 26272; Cass. Sez.Un., 1/7/2016, n. 13534; Cass. 06/03/2009, n. 5588).

## **La revoca dell'incarico e lo spoils system**

---

<sup>22</sup> Art. 110 d. lgs. n. 267 del 2000, che prevede l'ulteriore duplicità di contratti "di diritto pubblico" e "di diritto privato".

<sup>23</sup> CARINCI-MAINARDI (a cura di), 466 ss.

<sup>24</sup> Anche in proposito si rinvia a CARINCI-MAINARDI (a cura di), *op. cit.*, 484.

<sup>25</sup> Art. 108 d. lgs. n. 267 del 2000.

Quanto alla revoca dell'incarico dirigenziale, la medesima norma consente che gli incarichi siano revocati in caso di inosservanza delle direttive del sindaco o del presidente della provincia, della giunta o dell'assessore di riferimento, o in caso di mancato raggiungimento al termine di ciascun anno finanziario degli obiettivi assegnati nel piano esecutivo di gestione previsto dall'articolo 169 o per responsabilità particolarmente grave o reiterata e negli altri casi disciplinati dai contratti collettivi di lavoro.

Inoltre, il medesimo art. 109 consente la revoca dell'incarico "negli altri casi disciplinati dai contratti collettivi di lavoro".

I diversi CCNL di settore che si sono succeduti nel tempo hanno di volta in volta disciplinato variamente sia i casi di possibile revoca ante tempus dell'incarico, sia il relativo procedimento.

In particolare, il Contratto Collettivo Nazionale Funzioni locali (il cui comparto è definito dall'art. 7 del Contratto Collettivo Nazionale Quadro 2016-2018 del 13 luglio 2016<sup>26</sup>), prevede all'art. 71 che può essere disposta la revoca anticipata dell'incarico per i motivi di cui all'art. 15 ter, comma 3, del d. Lgs. n.502/1992 e s.m.i. o per effetto della valutazione negativa<sup>27</sup> ai sensi dell'art. 80 o per il venir meno dei requisiti. La revoca avviene con atto scritto e motivato.

E' da notare che il nuovo CCNL non ha quindi riproposto la previsione del previgente art. 13 del c.c.n.l. dirigenza enti locali 1998-2001 del 9 dicembre 1993, secondo cui la revoca anticipata dell'incarico rispetto alla scadenza poteva avvenire solo per motivate ragioni organizzative e produttive.

Su tale ultima disposizione pattizia, risulta sviluppato un ampio contenzioso. Al riguardo, è utile ricordare che in casi di revoca anticipata per motivi organizzativi oggetto d'impugnazione per assenza

---

<sup>26</sup>Art. 7 Aree dirigenziali 1. I dirigenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 1, disciplinati dai contratti collettivi nazionali relativi al rapporto di lavoro pubblico, ivi compresi quelli di livello dirigenziale generale, ove previsti dai relativi ordinamenti, sono aggregati, fermo restando quanto stabilito dall'art. 74, comma 3 del d.lgs. 150 del 2009, nelle seguenti autonome aree di contrattazione collettiva:

A) Area delle Funzioni centrali;

B) Area delle Funzioni locali;

C) Area dell'Istruzione e della ricerca;

D) Area della Sanità.

2. L'area delle Funzioni Centrali comprende i dirigenti delle amministrazioni del comparto delle Funzioni Centrali di cui all'art. 3, ivi inclusi i dirigenti delle professionalità sanitarie del Ministero della Salute di cui all'art. 2 della legge 3 agosto 2007 n. 120, e dai professionisti già ricompresi nelle precedenti aree dirigenziali.

3. L'area delle Funzioni Locali comprende i dirigenti delle amministrazioni del comparto delle Funzioni Locali di cui all'art. 4, i dirigenti amministrativi, tecnici e professionali delle amministrazioni del comparto Sanità di cui all'art. 6, nonché, in relazione a quanto previsto dalla legge n. 7 agosto 2015, n. 124, i segretari comunali e provinciali.

4. L'Area dell'Istruzione e della Ricerca comprende i dirigenti delle amministrazioni del comparto Istruzione e ricerca di cui all'art. 5.

5. L'area della Sanità comprende i dirigenti medici, veterinari, odontoiatri e sanitari delle amministrazioni del comparto Sanità di cui all'art. 6, ivi compresi i dirigenti delle professioni sanitarie di cui all'art. 6 della legge 10 agosto 2000, n. 251, con esclusione dei dirigenti amministrativi, tecnici e professionali di cui al comma 3.

<sup>27</sup> L'art. 107 del D.Lgs. n. 267/2000 prevede, al comma 7, che alla valutazione dei dirigenti degli enti locali si applicano i principi contenuti nell'art. 5, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, secondo le modalità previste dall'art. 147 dello stesso Testo unico, tale disciplina è stata interamente sostituita dal D.Lgs. n. 150/2009, cui le amministrazioni locali debbono adeguarsi.

di effettive giustificazioni, è imprescindibile, ai fini della legittimità della revoca, che non solo formalmente risulti la motivazione espressa dell'atto, ma anche che le ragioni addotte siano effettivamente esistenti ed attinenti al settore cui è preposto il dirigente (v. Cass. 3 febbraio 2017, n. 2972); per esempio, l'esigenza di rotazione non costituisce un sufficiente motivo a tal fine, essendo un elemento da doversi considerare in sede di attribuzione dell'incarico, ma non ai fini della revoca (Cass. n. 21482/2020).

E' peraltro anche opportuno tener presente che quanto alle conseguenze dell'eventuale illegittimità dell'atto di revoca, non può essere in sé tranciante la considerazione che, essendo ormai decorso il termine dell'incarico, non sarebbe più possibile la reintegrazione dovendosi richiamare, sul punto, quanto affermato dalla Corte a sezioni unite (Cass. n. 3766/2009): «in caso di illegittimità, per contrarietà alla legge, del provvedimento di riforma della pianta organica di un comune, con soppressione delle posizioni dirigenziali, questo deve essere disapplicato dal giudice ordinario, con conseguente perdita di effetti dei successivi atti di gestione del rapporto di lavoro, costituiti dalla revoca dell'incarico dirigenziale, non sussistendo la giusta causa per il recesso ante tempus dal contratto a tempo determinato che sorge a seguito del relativo conferimento, con diritto del dirigente alla riassegnazione di tale incarico precedentemente revocato, per il tempo residuo di durata, detratto il periodo di illegittima revoca». Ovviamente, in caso di sopravvenuto pensionamento, vi è un fatto preclusivo di una riassegnazione residuando solo un'eventuale tutela risarcitoria (Cass. 21482/20<sup>28</sup>).

### *LO SPOILS SYSTEM*

In generale, anche nell'ambito di funzionamento dell'attività amministrativa degli enti locali, resta ferma la distinzione tra il livello d'indirizzo politico e quello proprio dell'azione amministrativa degli uffici. Gli organi d'indirizzo politico in generale non possono quindi intervenire nell'attività dei dirigenti (art. 14, spec. co. 3).

Tale assetto è imprescindibile al fine di garantire la stabilità, l'autonomia e la responsabilità propria del dirigente pubblico, nel rispetto dei principi imposti dall'art. 97 cost.

L'elemento strutturale indicato, cioè la distinzione tra i due livelli, caratterizza, anche nell'ambito dei diversi CCNL che si sono succeduti, le procedure di valutazione e responsabilità.<sup>29</sup>

All'interno di questo contesto ordinamentale, lo spoils system risulta per conseguenza un istituto di natura eccezionale, originariamente previsto in alcuni casi tassativi e tipici e segnatamente dalle seguenti disposizioni:

art. 14, co. 2, TUPI per uffici diretta collaborazione

art. 19, co. 8 e 3, TUPI per uffici apicali delle Amministrazioni dello Stato

art. 110, co. 3 TUEL per specifici contratti di dirigenza negli enti locali.

---

<sup>28</sup>In questo caso, il ricorrente, ottimo dirigente con incarico di direzione dell'Ufficio mobilità riceve, prima della scadenza naturale dell'incarico, un provvedimento del sindaco di assegnazione ad altro incarico per ragioni correlate alla rotazione dei dirigenti. Tizio propone ricorso per ottenere la reintegra dell'incarico precedente.

Il Comune si difende richiamando la norma dell'art. 109 del d.lgs. n. 267 del 2000, ed il CCNL (art. 19) secondo cui la revoca anticipata può avvenire «per motivate ragioni organizzative e produttive». Rappresenta inoltre che la turnazione è a sostegno dei valori di imparzialità e raccomandata dall'ANAC. La Corte, poiché il dipendente era nelle more andato in pensione, ha tra l'altro precisato che «qualora l'attore abbia chiesto l'accertamento di un diritto e la conseguente condanna del convenuto ad un fare, la circostanza che nel corso del giudizio sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione non determina la cessazione della materia del contendere, non estinguendosi l'interesse all'accertamento del diritto controverso (v. Cass. 24 novembre 2017, n. 28100)».

<sup>29</sup> Per un'analisi generale, cfr. Sandro Mainardi, Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica. a proposito di un recente libro, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni 1/2022, 13 ss. Interessante, è anche l'analisi di Valerio Talamo, Incarichi dirigenziali e poteri datoriali: le regole del diritto e le torsioni della politica, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni 1/2022, 1.

La Corte costituzionale è tuttavia intervenuta in più occasioni in questa materia, in maniera molto incisiva. L'itinerario interpretativo seguito dalla Consulta in materia si ritrova autorevolmente ed analiticamente ricostruito nella sentenza della Cassazione n. 11015/2017, i cui passaggi essenziali sono di seguito riportati.

In merito, il ragionamento muove dal rilevare che gli incarichi dirigenziali sono revocati nelle previste ipotesi di responsabilità dirigenziale per inosservanza delle direttive generali e per i risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione ovvero in caso di risoluzione consensuale del contratto individuale (comma 7).

La Corte costituzionale, a partire proprio dalla sentenza n. 103 del 2007 e dalla coeva sentenza n. 104 del 2007, "ha riscontrato profili di illegittimità costituzionale in alcune discipline legislative in materia di spoils system e, nel contempo, ne ha meglio delineato i connotati, precisando che la decadenza automatica - in assenza di valutazioni concernenti i risultati raggiunti, condotte nel rispetto del principio del giusto procedimento - risulta in contrasto con l'art. 97 Cost., sotto il duplice profilo della tutela dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica Amministrazione, oltre che del principio di continuità dell'azione amministrativa.

Questo complesso cammino ha portato il Giudice delle leggi a precisare che le uniche ipotesi in cui l'applicazione dello "spoils system" può essere ritenuta coerente con i principi costituzionali sono quelle nelle quali si riscontrano i requisiti della "apicalità" dell'incarico nonché della "fiduciarità" della scelta del soggetto da nominare, con la ulteriore specificazione che tale "fiduciarità", per legittimare l'applicazione dell'indicato meccanismo, deve essere intesa come preventiva valutazione soggettiva di consonanza politica e personale con il titolare dell'organo politico, che di volta in volta viene in considerazione come nominante.

In assenza di tali requisiti, il meccanismo si pone in contrasto con l'art. 97 Cost., in quanto la sua applicazione viene a pregiudicare la continuità, l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa, oltre a comportare la sottrazione al titolare dell'incarico, dichiarato decaduto, delle garanzie del giusto procedimento (in particolare la possibilità di conoscere la motivazione del provvedimento di decadenza), poiché la rimozione del dirigente risulterebbe svincolata dall'accertamento oggettivo dei risultati conseguiti.

In questo ambito più volte (sentenze n. 228 del 2011, n. 224 e n. 34 del 2010, n. 390 e n. 351 del 2008, n. 104 e 103 del 2007) la Corte costituzionale ha affermato l'incompatibilità con l'art. 97 Cost. di disposizioni di legge prevedenti meccanismi di decadenza automatica dalla carica, dovuti a cause estranee alle vicende del rapporto instaurato con il titolare e non correlati a valutazioni concernenti i risultati conseguiti da quest'ultimo, quando tali meccanismi siano riferiti non al personale addetto ad uffici di diretta collaborazione con l'organo di governo (sentenza n. 304 del 2010) oppure a figure apicali, per le quali risulti decisiva la personale adesione agli orientamenti politici dell'organo nominante, ma ai titolari di incarichi dirigenziali che comportino l'esercizio di funzioni amministrative di attuazione dell'indirizzo politico, anche quando tali incarichi siano conferiti a soggetti esterni (sentenze n. 246 del 2011, n. 81 del 2010 e n. 161 del 2008).

Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di disposizioni regionali che prevedevano la decadenza automatica di figure tecnico-professionali incaricate non già del compito di collaborare direttamente al processo di formazione dell'indirizzo politico, ma di perseguire gli obiettivi definiti dagli atti di pianificazione e indirizzo degli organi di governo locali (sentenze n. 20 del 2016, n. 27 del 2014, n. 152 del 2013, n. 228 del 2011, n. 104 del 2007 e, ancora, n. 34 del 2010) la Corte ha dato rilievo al fatto che "le relative nomine richiedano il rispetto di specifici requisiti di professionalità, che le loro

funzioni abbiano in prevalenza carattere tecnico gestionale" e che i loro rapporti istituzionali con gli organi politici dell'Ente non siano diretti, bensì mediati da una molteplicità di livelli intermedi (sentenza n. 20 del 2016).

In sintesi se si tratta di figure tecnico-professionali incaricate non già del compito di collaborare direttamente al processo di formazione dell'indirizzo politico, ma chiamate a svolgere soltanto funzioni gestionali e di esecuzione rispetto agli indirizzi deliberati dagli organi di governo dell'Ente di riferimento il meccanismo dello "spoils system" non è applicabile anche se la nomina è avvenuta fiduciarmente, perché in questo caso la "fiduciarità" della scelta del soggetto da nominare non si configura come preventiva valutazione soggettiva di consonanza politica e personale con il titolare dell'organo politico (vedi, da ultimo: sentenza n. 269 del 2016)".

Nel caso giudicato dalla sentenza qui riportata della Cassazione (n. 11015/2017), trattavasi di un incarico lavorativo di tipo tecnico-professionale, che non implicava il compito di collaborare direttamente al processo di formazione dell'indirizzo politico dell'Ente di riferimento - nella specie, il comune. Tale incarico era stato affidato dal sindaco mediante un contratto che prevede la coincidenza del termine finale del rapporto di lavoro con "lo scadere del mandato elettorale del sindaco". In tale ipotesi, la Suprema corte ha chiarito che non può essere oggetto di dichiarazione di anticipata cessazione da parte del comune, in conseguenza della morte improvvisa del primo cittadino, persona fisica nominante, sull'assunto del "carattere fiduciario" dell'incarico medesimo. Una simile facoltà risulta esclusa da un'interpretazione del combinato disposto dagli artt. 51 e 110, comma 3, primo periodo, e 4, del d.lgs. n. 267 del 2000 con l'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001, costituzionalmente orientata al rispetto dell'art. 97 Cost., come inteso dalla consolidata giurisprudenza costituzionale formatasi in materia di "spoils system".

La copiosa giurisprudenza costituzionale n. 161 del 2008 e n. 103 del 2007, a cui si è conformata la giurisprudenza di legittimità (vedi, per tutte: Cass. 22 luglio 2008, n. 20177; Cass. 9 giugno 2009, n. 13232; Cass. 10 febbraio 2015, n. 2555; Cass. 18 febbraio 2016, n. 3210; Cass. 15 luglio 2016, n. 14593) è pervenuta essenzialmente dunque ai seguenti approdi, autorevolmente indicati nella sentenza richiamata:

a) l'art. 110, comma 3, TUEL non può certamente essere inteso nel senso di consentire l'applicabilità dello "spoils system" ad incarichi non apicali e di tipo tecnico-professionale, a meno che non sia dimostrato che la "fiduciarità" iniziale si configuri come preventiva valutazione soggettiva di consonanza politica e personale tra l'incaricato del titolare dell'organo politico di cui si tratta;

b) a tale risultato ermeneutico si perviene in base all'obbligo dell'interprete di intendere tutte le norme in materia di "spoils system" in senso costituzionalmente orientato al rispetto dell'art. 97 Cost., come interpretato dalla Corte costituzionale;

c) in particolare, rispetto a tale interpretazione è incompatibile l'attribuzione all'espressione "in carica" posta alla fine della prima frase dell'art. 110, comma 3, cit - il cui testo completo, per quanto interessa, è il seguente: "3. I contratti di cui ai precedenti commi non possono avere durata superiore al mandato elettivo del sindaco ... in carica" - del significato di consentire la decadenza automatica dall'incarico tutte le volte in cui il sindaco per una qualunque ragione e, quindi, anche per il suo decesso improvviso, non sia più in carica, in quanto questo equivarrebbe a legittimare il ricorso al meccanismo dello "spoils system" anche in ipotesi nella quali ciò si porrebbe in contrasto con l'art. 97 della Costituzione, come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale;

d) di conseguenza, la su riportata norma non può che essere intesa come diretta a stabilire un limite oggettivo é chiaro di durata massima degli incarichi di cui si tratta (la cui durata minima è quella stabilita dell'art. 19 TUIPI), attraverso un implicito riferimento al precedente art. 51 TUEL, ove è stabilita la durata quinquennale del mandato elettivo "de quo";

e) nello stesso modo devono, quindi, intendersi tutti gli atti che per gli incarichi in parola fanno riferimento alla durata del mandato, quindi anche la clausola contrattuale con la quale si è stabilito che il termine finale del rapporto in oggetto doveva coincidere con "lo scadere del mandato elettorale del Sindaco".

Pertanto, non può operare il meccanismo dello spoils system nei casi di incarico non apicale, conferito per svolgere compiti di tipo tecnico-professionale nell'esercizio di funzioni meramente gestionali, sicché la fiduciarietà della scelta operata dal Sindaco nominante, titolare dell'organo politico "de quo", non risulta essersi basata su una preventiva valutazione soggettiva di consonanza politica e personale tra il nominante e il soggetto incaricato né si deduce che l'incarico sia stato attribuito per svolgere compiti di collaborazione diretta al processo di formazione del relativo indirizzo politico.

E' utile, infine segnalare che secondo la giurisprudenza costituzionale non è possibile l'applicazione dei principi in tema di limiti all'applicazione dei meccanismi di spoils system per la figura del segretario comunale.

Infatti, pur trattandosi di figura apicale che intrattiene con il sindaco rapporti diretti, non è tenuto necessariamente ad una personale adesione agli obiettivi politico-amministrativi del sindaco. La scelta del segretario, infatti, pur fiduciaria e condotta intuitu personae, presuppone l'esame dei curricula di coloro che hanno manifestato interesse alla nomina e richiede quindi non solo la valutazione del possesso dei requisiti generalmente prescritti, ma anche la considerazione, eventualmente comparativa, delle pregresse esperienze tecniche, giuridiche e gestionali degli aspiranti.

Inoltre, il segretario non si limita ad esercitare le sole funzioni di certificazione, di controllo di legalità o di attuazione di indirizzi altrui, ma esegue funzioni di collaborazione e di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi comunali in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti (art. 97, comma 2, del d.lgs. n. 267 del 2000) nonché funzioni consultive, referenti e di assistenza alle riunioni del consiglio e della giunta (art. 97, comma 4, lettera a, del d.lgs. n. 267 del 2000), redige il parere di regolarità tecnica su ogni proposta di deliberazione sottoposta alla giunta e al consiglio dell'ente che non costituisca mero atto d'indirizzo (art. 49 del d.lgs. n. 267 del 2000), in piena coerenza con il ruolo del segretario quale controllore di legalità e anche quale titolare di un ruolo attivo nella fase preliminare della definizione dell'indirizzo politico-amministrativo.

Secondo la Consulta (n. 23/2019), si è insomma in presenza di compiti la cui potenziale estensione non rende irragionevole la scelta legislativa, che permette al sindaco neoeletto di non servirsi necessariamente del segretario in carica quale "riflesso di un non irragionevole punto di equilibrio tra le ragioni dell'autonomia degli enti locali, da una parte, e le esigenze di un controllo indipendente sulla loro attività, dall'altro. Da questo punto di vista, tenendo conto delle ricordate peculiarità delle funzioni del segretario comunale, la previsione della sua decadenza alla cessazione del mandato del sindaco non raggiunge la soglia oltre la quale vi sarebbe violazione dell'art. 97 Cost., non traducendosi

nell'automatica compromissione né dell'imparzialità dell'azione amministrativa, né della sua continuità”.

Non è quindi stata considerata fondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 99, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 267 del 2000.