

***Pubblicato su www.lexitalia.it, 2/2013**

Nota a sentenza n. 295/2013, depositata il 22/01/2013, del Tribunale di Salerno - Sezione Lavoro (giudice Vignes)

di

Giovanni Maria di Lieto

Con decreto n. 4/S del 21/01/2009, il Presidente dell'Iacp Salerno conferiva l'incarico di Direttore del Settore Organizzazione e Affari Legali all'Ing. U. S., con la seguente motivazione: "considerato che, pur essendo insiti nelle procedure per l'individuazione dei soggetti cui conferire un incarico dirigenziale il carattere della discrezionalità ed un margine più o meno ampio di fiduciarità, è indispensabile che le amministrazioni assumano la relativa decisione con una trasparente ed oggettiva valutazione delle professionalità e delle caratteristiche attitudinali; visti la deliberazione del Consiglio di Amministrazione dell'Istituto n. 87/99, il CCNL dell'Area della dirigenza, il Dlgs 165/2001 e la Direttiva della Funzione Pubblica n. 10/2007 recanti i criteri da seguire per l'affidamento degli incarichi dirigenziali; visti i fascicoli personali dei due dirigenti con incarico di Direttore di Servizio, ing. C. C. e ing. U. S. e i loro curricula presenti agli atti di Ufficio; ritenuto che siano prevalenti i requisiti complessivi posseduti dall'ing. U. S., in ragione dello svolgimento di costanti azioni e attività da cui si desume l'attitudine e l'idoneità a ricoprire l'incarico in argomento; ritenuto, in ragione dell'adeguata esperienza professionale acquisita, nonché delle caratteristiche attitudinali conferire l'incarico di Direttore del Settore Organizzazione e Affari Legali all'ing. U. S."

Il ricorrente ing. C. C. deduceva la illegittimità del provvedimento impugnato sulla base delle considerazioni che, in sintesi, di seguito si riportano: "l'ente datore di lavoro non ha tenuto in alcun conto dei criteri preveduti in materia dalle norme di legge e della contrattazione collettiva, fingendo di rendere una motivazione del provvedimento assunto che si è tradotta in una vaga perifrasi

del dettato legislativo, completamente sganciata dai dati reali e, nella sostanza, del tutto fittizia”; “la motivazione che l’ordinamento richiede deve essere reale e agganciata ad elementi oggettivi (in particolare quelli espressamente previsti dalla disciplina di legge e negoziale)”; “l’ente convenuto ha ommesso di compiere ogni effettiva comparazione dei requisiti complessivi posseduti dall’uno e dall’altro candidato”.

La difesa dell’IACP (Avv. Giovanni Maria di Lieto), costituendosi in giudizio, concludeva per l’infondatezza e il rigetto del ricorso, sulla base delle considerazioni che di seguito si riportano.

Gli atti impugnati sono legittimi, l’amministrazione avendo assunto le relative determinazioni con una trasparente valutazione delle caratteristiche individuali e delle capacità professionali, in conformità della legge (art. 19, co. 1, DLgs 165/01) e dei criteri per l’affidamento degli incarichi dirigenziali fissati nella deliberazione del CdA dell’IACP n. 87 del 23/02/99.

Dispone l’art. 19, co. 1, DLgs 165/01 (Incarichi di funzioni dirigenziali): “1. Ai fini del conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, dei risultati conseguiti in precedenza nell’amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, delle specifiche competenze organizzative possedute, nonché delle esperienze di direzione eventualmente maturate all’estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti al conferimento dell’incarico”.

L’esigenza di operare scelte discrezionali ancorate a parametri quanto più possibili oggettivi e riscontrabili evidenzia la necessità che le amministrazioni si dotino preventivamente di un sistema di criteri generali per l’affidamento, il mutamento e la revoca degli incarichi nel rispetto dei principi e delle procedure stabiliti nell’art. 19 DLgs 165/01 (cfr. direttiva del dipartimento per la Funzione Pubblica n. 10 del 19/12/07).

Tali criteri sono contenuti nella deliberazione del CdA dell'IACP n. 87 del 23/02/99 secondo cui l'ente provvede al conferimento degli incarichi dirigenziali tenendo conto di: "a) natura e caratteristiche dei programmi da realizzare; b) attitudini e capacità professionali. [...] A parità di condizioni, si procede alla scelta sulla base degli ulteriori elementi, nell'ordine indicati: 1 – anzianità di servizio; 2 – titoli di servizio posseduti; 3 – funzioni di reggenze e/o ad interim svolte in precedenza; 4 – preferenze espresse dall'interessato".

Nel caso di specie, nel conferimento dell'incarico di Direttore del Settore Organizzazione e Affari Legali, non è stato possibile tenere conto dei "risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione", perché negli atti organizzativi dell'IACP è prevista la valutazione esclusivamente dei risultati conseguiti dai Dirigenti di Settore e non dei risultati conseguiti dai Dirigenti di Servizio (qualifica che accomunava l'ing. C. C. e l'ing. U. S.).

Nei fascicoli personali dei concorrenti, non vi è valutazione dei risultati conseguiti in precedenza.

Né è stato possibile tenere conto delle "specifiche competenze organizzative possedute" (cioè attinenti al conferimento dell'incarico), perché le mansioni svolte sino a quel momento dall'ing. C. C. e dall'ing. U. S. (come risulta dai curriculum presentati) erano state di natura esclusivamente "tecnica" (attribuzioni tecniche sono specifiche del Settore Tecnico Costruzioni Manutenzioni) e non di natura "amministrativa" (attribuzioni amministrative sono specifiche del Settore Organizzazione e Affari Legali).

Quanto ai criteri di valutazione comparativa della anzianità di servizio e dei titoli di servizio posseduti, si sottolinea che si tratta di criteri residuali (cfr. deliberazione del CdA dell'IACP n. 87 del 23/02/99), destinati a operare soltanto "a parità di condizioni".

Ciò premesso, il Presidente dell'Istituto ha adottato l'atto di nomina attraverso la valutazione delle caratteristiche attitudinali e della professionalità del singolo concorrente, conferendo l'incarico all'ing. U. S. con questa motivazione: "per

svolgimento di costanti azioni e attività da cui si desume l'attitudine e l'idoneità a ricoprire l'incarico in argomento”.

Quanto alle attitudini, non v'è dubbio che si tratti di giudizio ampiamente discrezionale, tenuto conto della natura fiduciaria del rapporto, e pertanto non censurabile sotto il profilo dell'eccesso di potere per difetto di motivazione.

Quanto alle capacità professionali, i curriculum dei due candidati attestano capacità professionali non dissimili.

Nel caso di specie, l'ordinamento mette in condizione l'organo decidente di esprimere la sua scelta tra un novero di potenziali destinatari, egualmente qualificati sul piano professionale. Sicché, la scelta a quel punto prescinde da una puntuale enunciazione delle ragioni che ne sono alla base (la necessaria fiduciarità della scelta esclude di per sé l'onere della motivazione).

In ogni caso - secondo la difesa dell'IACP - nel caso di specie l'atto è motivato: invero, la scelta è stata effettuata sulla base e con espresso riferimento al curriculum presentato dal soggetto nominato, il curriculum evidenziando in capo all'interessato notevoli competenze tecniche, giuridiche e gestionali, esperienze di lavoro, oltre che attività di perfezionamento amministrativo in materia di rilevante interesse.

E l'art. 19, comma 1, DLgs. n. 165 del 2001 si limita a richiedere per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale che l'amministrazione tenga conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati, delle attitudini e delle capacità professionali del «singolo dirigente» (cioè, non vi è obbligo di valutazione comparativa).

Con la sentenza in esame n. 295/2013, depositata il 22/01/2013, il Tribunale di Salerno - Sezione Lavoro (giudice Vignes) accoglie le tesi del difensore dell'IACP.

Premette la sentenza che “l'eventuale inosservanza, nella valutazione compiuta dagli organi preposti, dei doveri imposti dalla disciplina contrattuale e regolamentare, mentre può giustificare una pretesa risarcitoria dei candidati non

prescelti (per perdita delle chances che sarebbero derivate dalla attribuzione dell'incarico), non può giustificare l'annullamento dell'atto di conferimento dell'incarico ad altro aspirante" (cfr. Cass., n. 25314 del 2009).

“E' ormai principio consolidato che nella materia che ne occupa l'atto di conferimento di un incarico dirigenziale costituisce espressione di una scelta di carattere fiduciario, di tipo negoziale, sia pure nel rispetto delle esigenze di buon andamento della pubblica amministrazione sicché, in applicazione dei canoni fissati dall'art. 97 Cost., è necessario che siano adottate modalità procedurali atte a garantire le condizioni di un trasparente e imparziale esercizio dell'attività amministrativa. Ne consegue, secondo una consolidata giurisprudenza di legittimità, l'inesistenza di un dovere di motivazione comparativa fra i diversi aspiranti, atteso che la scelta operata dai vertici dell'Ente deve essere senz'altro 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 e n. 15764 del 2011). Nella specie, in assenza di rilievi circa il regolare svolgimento del procedimento, nulla è stato specificamente dedotto che possa integrare gli estremi della violazione del canone in questione. Viceversa, la dedotta carenza assoluta di motivazione, anche a voler prescindere da quanto in precedenza motivato sul punto, non è stata supportata da una replica specifica a quanto espressamente esposto nella memoria di costituzione”.

Invero, è consolidata nella giurisprudenza di legittimità la tesi della natura non concorsuale della procedura di conferimento degli incarichi dirigenziali

(specificamente in tema di incarichi dirigenziali di secondo livello nelle aziende del servizio sanitario nazionale), tesi che argomenta come la scelta sia orientata a ricercare non il migliore in assoluto, ma il soggetto in possesso delle attitudini necessarie per gestire, organizzare e dirigere il lavoro che afferisce all'incarico da ricoprire (cfr. Cass. civ., sez. un., 19/7/2011, n. 15764; Cons. Stato, sez. V, 29/12/2009, n. 8850).

La corte suprema (Cass. 6 marzo 2009 n. 5457) ritiene che l'esercizio del potere unilaterale negoziale e la natura fiduciaria della scelta del dirigente al quale conferire l'incarico di secondo livello vincolino l'Amministrazione al rispetto dei criteri indicati dal bando e quelli legali, oltre che del divieto di discriminazione e del canone di correttezza e buona fede che presidiano ogni rapporto obbligatorio contrattuale, ma non impongano la motivazione della nomina effettuata, che costituisce scelta di carattere essenzialmente fiduciario. Nello stesso senso, Cass. civ., sez. un., 19/7/2011, n. 15764, Cass. 3 novembre 2006 n. 23549 e Cass. 12 novembre 2007 n. 23480, che chiarisce come l'indicazione delle ragioni della scelta nell'atto di nomina non comporti, di per sé, autolimitazione dell'amministrazione, con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale si esercita esclusivamente sull'osservanza delle procedure di legge o contratto collettivo e che, qualora l'amministrazione abbia osservate le regole procedimentali, il dipendente pubblico non è titolare di un diritto che possa considerarsi leso dall'atto di conferimento e non può chiederne l'annullamento, non avendo quindi interesse all'esame dei suoi aspetti formali.

Invero, nell'art. 19, comma 1, DLgs. n. 165 del 2001, non vi è alcun riferimento a obblighi di valutazione comparativa, la norma limitandosi a richiedere per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale che l'amministrazione tenga conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati, delle attitudini e delle capacità professionali del «singolo dirigente» (cfr. Sordi, La giurisprudenza costituzionale sullo spoils system e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni, in Arg. dir. lav., 2009, 84).

Nell'art. 19, comma 1, cit. non v'è alcun riferimento a concorsualità (o para-concorsualità) e, quindi, a obblighi di valutazione comparativa e mancano nella disciplina del conferimento degli incarichi dirigenziali indicazioni circa

l'individuazione del novero dei soggetti potenzialmente interessati alla valutazione comparativa (Sordi, op. cit.). Né la norma prevede una partecipazione al procedimento di conferimento degli incarichi, al quale, essendo di natura privatistica, non si applica la legge n. 241 del 1990 (Cass. 22 febbraio 2006 n. 3880; Cass. 16 gennaio 2006 n. 758; Cass. 18 febbraio 2005 n. 33609).

Su posizioni contrarie, si pongono Cass. 26 novembre 2008 n. 28274, e Cass. 14 aprile 2008 n. 9814, che propendono per l'obbligo per l'amministrazione, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede (applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 cost.), di procedere nel conferimento degli incarichi dirigenziali a valutazioni comparative, all'adozione di adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e a motivare le ragioni giustificatrici delle nomine; secondo questo orientamento (minoritario in giurisprudenza), la violazione di tali limiti configurerebbe inadempimento contrattuale, produttivo di danno risarcibile.

12/2/2013

Giovanni Maria di Lieto