

La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi

Edoardo Nicola Fragale

Abstract

Rilevanti modifiche sono state introdotte dal c.d. decreto Balduzzi in ordine alle procedure di conferimento degli incarichi dirigenziali in sanità. Nel tentativo di porre un freno alla politicizzazione delle nomine nelle aziende sanitarie, sovente tracimata anche ai livelli sub-apicali, il decreto introduce forme differenziate di procedimentalizzazione del potere: più accentuate per gli incarichi di struttura complessa, ove la discrezionalità è delimitata tramite il ricorso a procedure selettive a carattere comparativo, suscettibili peraltro di sollevare nuovi dubbi in punto di giurisdizione; meno stringenti, invece, per gli incarichi apicali, dove tuttora è la fiducia a porsi quale canone di scelta del dirigente.

1. Premessa

La disciplina degli incarichi dirigenziali nel comparto della sanità è stata caratterizzata, sin dalle sue origini, dalla presenza di rilevanti tratti di specialità rispetto alla normativa racchiusa negli artt. 19 ss. del d.lgs. 165/2001¹.

Non priva di rilievo, quanto alle ragioni delle peculiarità che connotano la disciplina, è la circostanza che la dirigenza del servizio sanitario sia al proprio interno variamente articolata secondo criteri funzionali (in relazione alle diverse attività di indirizzo strategico, di gestione e professionali²), organizzativi (in relazione alla complessità organizzati-

(1) Cfr. P. LAMBERTUCCI, *Dirigenza sanitaria, responsabilità dirigenziale e gestione delle risorse umane: brevi appunti*, in *Lav. nelle p.a.*, 5, 2006, p. 825.

(2) In relazione alle funzioni esercitare, appare prevalente in dottrina la tesi incline ad intendere le funzioni assegnate al direttore generale come riferite all'attività di gestione complessiva dell'azienda, in modo da salvaguardare la necessaria sfera d'autonomia

va delle strutture dirette) e professionali (in relazione al ruolo medico, sanitario, professionale, tecnico o amministrativo d'appartenenza)³.

Al vertice aziendale si pone, infatti, il c.d. *top management* aziendale, comprendente il direttore generale, scelto fiduciarmente dal governo regionale in funzione dei programmi di salute approvati a livello politico, ed i direttori amministrativo e sanitario, scelti dallo stesso direttore generale⁴.

Ad un livello inferiore si colloca la dirigenza operativa, articolata al proprio interno nella dirigenza del ruolo medico e sanitario – regolata dal d.lgs. 502/1992 e per i profili non espressamente disciplinati dal d.lgs. 165/2001 – e nella dirigenza del ruolo professionale, tecnico ed amministrativo, disciplinata in misura predominante dal d.lgs. 165/2001, salvo i profili di specialità contenuti nel d.lgs. 502/1992⁵.

Benché connotata da soluzioni regolatorie eccentriche, la disciplina della dirigenza qui all'esame si è sin dai suoi esordi caratterizzata, al pari di quella ministeriale⁶, per la rilevanza assegnata all'elemento della "fiducia" in sede di scelta dei dirigenti, in ossequio al paradigma aziendalistico accolto dalle riforme degli anni Novanta.

La logica managerialistica sottesa alla fiduciarità delle nomine ha ricevuto nel tempo il sostanziale avallo nella giurisprudenza.

Nel sindacato giudiziale sugli atti di conferimento degli incarichi, i giudici hanno sovente improntato le proprie valutazioni ad un sostanziale *self restraint*, rispettando l'ampia discrezionalità riconosciuta dalla legge al titolare del potere di nomina.

Senonché, l'assenza di reali forme di procedimentalizzazione del potere di nomina è stata col tempo giudicata quale concausa del

dei dirigenti; v. sul punto G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 397.

(3) Per una disamina delle diverse dirigenze all'interno dell'azienda sanitaria cfr. F. CARINCI, *Il lento tramonto del modello unico ministeriale: dalla "dirigenza" alle "dirigenze"*, in *Lav. nelle p.a.*, 5, 2004, p. 833.

(4) Cfr. *ibidem*.

(5) Cfr. *ibidem*.

(6) Per una ricognizione dei diversi orientamenti pretori sugli incarichi dirigenziali nei ministeri cfr. A. BOSCATI, *Il conferimento di incarichi dirigenziali e il nuovo sistema di accesso alla dirigenza*, in *Giur. it.*, 12, 2010.

crescente livello di politicizzazione delle nomine aziendali, anche al livello della media dirigenza aziendale⁷.

Da qui l'avvertita necessità di correttivi, realizzati oggi con il decreto legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito in legge 8 novembre 2012, n. 189, volto a rinvenire, anche nel particolare settore della sanità, un rinnovato punto di equilibrio tra fiduciarità ed imparzialità, mediante l'adozione di soluzioni – quali l'obbligo per gli incarichi sub-apicali di predisporre vere e proprie graduatorie da cui attingere per il conferimento dell'incarico – forse più lontane dalla matrice aziendalistica voluta dal legislatore degli anni Novanta, ma senz'altro più coerenti rispetto ai ripetuti moniti lanciati dalla Consulta nell'ultimo lustro in tema di autonomia della dirigenza pubblica.

Si assiste così, anche per le nomine in sanità, ad un fenomeno di progressivo affievolimento della discrezionalità nella gestione degli incarichi, secondo una matrice comune alle più recenti riforme intervenute in materia di lavoro pubblico in generale e di dirigenza pubblica in particolare, dove pure la fiduciarità delle nomine è stata nel tempo mitigata da correttivi individuati dapprima in via pretoria e poi anche, seppure solo parzialmente, in via legislativa.

Nelle pagine che seguono si approfondiranno le novità introdotte dalla riforma – che riguardano, seppure in forme meno dirimenti, anche le nomine dei direttori generali – e si esamineranno i punti di continuità e di rottura rispetto al previgente quadro normativo, la cui illustrazione appare, comunque, opportuna per comprendere appieno la portata ed il senso della riforma.

2. Gli incarichi dei dirigenti del servizio sanitario nazionale nel d.lgs. 502/1992

Le riforme delle amministrazioni pubbliche realizzate agli inizi dell'ultimo decennio del secolo scorso si ispiravano al paradigma del c.d. *New Public Management*⁸.

(7) Sul paradosso del managerialismo cfr. M. MAOR, *The Paradox of Managerialism*, in *Public Administration Review*, 1999, pp. 5-18.

(8) Locuzione coniata da C. HOOD, *A public management for all Seasons*, in *Public Administration Review*, 1991, pp. 3-19

Dietro quella stagione di riforme vi era la ferma convinzione che il settore pubblico potesse essere migliorato trasponendovi concetti imprenditoriali propri del settore privato, ciò che avrebbe dovuto innalzare il livello di efficacia e di efficienza dei servizi, deburocratizzandoli e depoliticizzandoli⁹.

Uno dei primi terreni di sperimentazione fu proprio il settore della sanità, dove non a caso si è parlato di aziendalizzazione del servizio sanitario per intendere l'esito finale delle riforme realizzate per effetto della legge delega 421/1992 e del successivo decreto delegato 502/1992.

L'impianto aziendalistico delle riforme degli anni Novanta postulava il riconoscimento in capo al direttore generale di amplissimi poteri di gestione, tramite l'intestazione al vertice aziendale delle prerogative riferite, tra l'altro, all'adozione dell'atto aziendale, all'individuazione degli uffici ed alla nomina dei relativi responsabili¹⁰.

Il riconoscimento di tali ampi poteri si giustificava con la necessità di rendere effettiva, e concretamente azionabile, la responsabilità manageriale del direttore generale per il mancato conseguimento degli obiettivi di salute e di funzionamento dei servizi fissati dall'organo politico regionale, ai sensi dell'art. 3-*bis*, comma 6, d.lgs. 502/1992.

Anche per le nomine aziendali si affermò il convincimento che la responsabilità del direttore generale richiedesse per essere attivata un certo margine di discrezionalità nella scelta dei più stretti collaboratori sanitari.

Per la verità, le scelte inizialmente compiute dal d.lgs. 502/1992 in parte contraddicevano questa idea: il potere riconosciuto in capo al direttore generale nella nomina dei dirigenti di secondo livello (oggi di struttura complessa) veniva, infatti, circondato da garanzie di trasparenza e di imparzialità tali da renderlo sostanzialmente vincolato agli esiti di vere e proprie procedure concorsuali.

Nella sua versione originaria l'art. 15, comma 3, d.lgs. 502/1992 preve-

(9) Sul legame rispetto alle politiche neo-liberali della fine degli anni Ottanta cfr. F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 30.

(10) Art. 3, comma 1-*quater*, d.lgs. 502/1992.

deva infatti per la nomina dei dirigenti di secondo livello un procedimento selettivo di tipo tradizionale, articolato nelle diverse fasi della pubblicazione dell'avviso nella Gazzetta Ufficiale, della designazione della commissione di esperti e della formazione della graduatoria di merito, cui faceva seguito la designazione del responsabile ad opera del direttore generale¹¹.

Tale modello di designazione venne, tuttavia, ben presto giudicato poco coerente con la logica manageriale sottesa al d.lgs. 502/1992.

Per questo motivo il testo dell'art. 15 d.lgs. 502/1992 venne *in parte qua* modificato già nell'anno successivo, per effetto del decreto delegato 7 dicembre 1993, n. 517, prevedendosi una revisione sostanziale del ruolo della commissione di esperti, non più chiamata a formare una graduatoria, ma soltanto a valutare l'idoneità all'incarico dei singoli candidati¹².

Il potere di nomina intestato al vertice aziendale, prima vincolato, diviene, per effetto delle modifiche, discrezionale, assumendo così caratteri tali da consentire al direttore generale di forgiare con il nominato un rapporto essenzialmente fiduciario.

Tali significative modifiche vennero sollecitamente registrate dalla giurisprudenza¹³, che non mancò di rimarcare la coerenza delle innovazioni introdotte in ordine alla scelta fiduciaria della dirigenza col nuovo modello di responsabilità manageriale plasmato dal d.lgs. 502/1992¹⁴.

Le scelte del legislatore divennero, se possibile, ancor più nette con la c.d. riforma *ter* del servizio sanitario nazionale (d.lgs. 229/1999), per effetto della quale venne modificata la composizione della commissione di esperti, in guisa da rafforzarne la componente direttamente designata dal direttore generale¹⁵.

(11) Art. 15, comma 3, d.lgs. 502/1992.

(12) Art. 16 d.lgs. 517/1993.

(13) Tra le tante Consiglio di Stato, sez. V, 10 giugno 2002, n. 3199, in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 1454.

(14) In particolare Consiglio di Stato, sez. V, 10 giugno 2002, n. 3199, cit.

(15) Artt. 15 e 15-*ter*, comma 2, d.lgs. 502/1992, come introdotti dall'art. 13 d.lgs. 229/1999.

Con riguardo, invece, ai meccanismi di selezione delle professionalità chiamate a ricoprire gli organi di vertice delle aziende sanitarie, si è già prima accennato alla circostanza che il rapporto di lavoro del vertice aziendale venne, *ab origine*, qualificato dal legislatore come di diritto privato¹⁶, quasi a voler assimilare la posizione del direttore generale a quella dei vertici delle aziende private, scelti fiduciarmente in vista del raggiungimento di determinati obiettivi¹⁷.

Occorre ora aggiungere che tale qualificazione non impedì di ricondurre la nomina del direttore generale nell'alveo degli atti d'alta amministrazione, espressione di ampia discrezionalità amministrativa¹⁸.

Dopo le iniziali oscillazioni¹⁹, la giurisprudenza riconobbe il carattere essenzialmente fiduciario della nomina, escludendo, con convinzione via via sempre maggiore, la necessità di valutazioni comparative o di approfondita motivazione, salva la necessità dell'attestazione di idoneità e di qualificazione professionale del prescelto rispetto ai programmi e agli obiettivi di salute approvati²⁰. Ad escludere ogni residuo dubbio intervenne, peraltro, lo stesso legislatore, prevedendo che i provvedimenti di nomina regionali dovessero essere adottati senza necessità di valutazioni comparative²¹, a garanzia del carattere esclusivamente fiduciario della nomina.

Si può, dunque, affermare che all'indomani della riforma sanitaria *ter* del 1999, il quadro normativo e giurisprudenziale diviene suffi-

(16) Art. 1, comma 1, lett. *d*), legge 421/1992 ed art. 3 d.lgs. 502/1992.

(17) Tra le tante Cass., sez. un., 16 aprile 1998, n. 3882, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 812 e Cass., sez. un., 24 febbraio 1999, n. 100, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 389.

(18) *Ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. IV, 20 maggio 1996, n. 633, in *Foro Amm.*, 1996, p. 1482.

(19) Per una ricostruzione dei diversi orientamenti cfr. G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 395.

(20) Sulla natura comparativa della scelta, e sul conseguente obbligo di motivazione della scelta, per tutte, Consiglio di Stato, sez. IV, 20 dicembre 1996, n. 1304, in *Giur. it.*, III, 1, 1997, p. 275. Négano, invece, la natura comparativa TAR Lazio, sez. I, 15 luglio 1999, n. 1637, in *Ragiusan*, 188, 2000, p. 74 e Consiglio di Stato, sez. IV, 3 luglio 2000, n. 3649, in *Ragiusan*, 197, 2000, p. 37.

(21) Art. 3, comma 6, del d.lgs. 502/1992, introdotto direttamente dall'art. 3 della legge di delega 419/1998.

cientemente definito nei suoi tratti essenziali, con l'individuazione di soluzioni regolatorie coerenti, ai più diversi livelli, con il principio di fiduciarità delle nomine.

3. Gli incarichi dirigenziali nella giurisprudenza: modelli a confronto

Sotto il profilo storico-evolutivo, è interessante notare come le discipline sulle nomine previste dal d.lgs. 165/2001 e dal d.lgs. 502/1992 in riferimento, rispettivamente, alla dirigenza ministeriale ed a quella medica e sanitaria delle aziende del Ssn siano andate divaricandosi nel diritto vivente a tal punto da condurre col tempo ad esiti interpretativi del tutto antitetici.

Con riferimento alla dirigenza ministeriale, in seno alla giurisprudenza di legittimità è col tempo divenuta ricorrente l'affermazione secondo la quale i criteri di cui all'art. 19, comma 1, d.lgs. 165/2001 obbligherebbero la p.a. a valutazioni anche comparative, all'adozione di adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici di tali scelte, alla luce delle clausole generali di correttezza e buona fede nonché dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.²².

I suggerimenti provenienti dalla giurisprudenza di legittimità²³ sono stati, per la verità, soltanto in parte accolti dalla c.d. riforma Brunetta (d.lgs. 150/2009), in sede di riscrittura del testo dell'art. 19 d.lgs. 165/2001, benché il legislatore fosse vincolato dalla legge delega 15/2009 a ridefinire la disciplina degli incarichi dirigenziali, in modo da renderla conforme ai principi desumibili dalla giurisprudenza costituzionale e dalle giurisdizioni superiori²⁴.

(22) Cfr. Cass., sez. lav., 14 aprile 2008, n. 9814, in *Foro it.*, 2009, 11, I, p. 3074; Cass., sez. lav., 14 aprile 2008, n. 9818, in *Aran Newsletter*, 2, 2008, p. 46; Cass., sez. lav., 26 novembre 2008, n. 28274, in *Giust. civ.*, 12, I, 2009, p. 285; Cass., sez. lav., 30 dicembre 2009, n. 27888, in *Lav. nelle p.a.*, 6, 2009, p. 1081; Cass., sez. lav., 12 ottobre 2010, n. 21088, in *Foro it.*, 3, I, 2011, p. 804.

(23) Indubbiamente influenzata, quanto alla restrittiva lettura dell'art. 19 d.lgs. 165/2001, dalla giurisprudenza della Consulta; cfr. P. Sordi, *La giurisprudenza costituzionale sullo spoil system e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2009, p. 77.

(24) Art. 6, comma 2, lett *b*) legge 4 marzo 2009, n. 15.

In riferimento ai principi di pubblicità e di trasparenza, il decreto delegato 150/2009 ha sì previsto che l'amministrazione debba rendere conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti disponibili nonché i criteri di scelta²⁵, ma senza recepire fino in fondo le indicazioni offerte dalla giurisprudenza di legittimità²⁶, che già da qualche tempo andava reclamando forme ben più pregnanti di procedimentalizzazione, quali il ricorso a forme di selezione comparativa tra i candidati e di adeguata motivazione delle scelte, in adempimento degli obblighi secondari imposti dalle classiche fonti di integrazione del contratto (artt. 1374 e 1375 c.c.)²⁷.

In realtà, anche sul punto critico del mancato rinnovo dell'incarico, il legislatore delegato ha optato per soluzioni di compromesso²⁸.

Se per un verso è stata ammessa la teorica possibilità di una mancata conferma, anche in assenza di una valutazione negativa, dall'altra è stato fatto obbligo alla p.a. che non intenda confermare l'incarico alla sua scadenza ovvero in dipendenza dei processi di riorganizzazione di motivare la propria scelta, dando un congruo preavviso al dirigente²⁹. Per quanto fortemente discussa³⁰, quest'ultima novità è stata ben presto travolta dalla successiva normativa dell'emergenza economica³¹ che,

(25) Così il testo del novellato art. 19, comma 1-*bis*, d.lgs. 165/2001.

(26) Per una critica verso questi aspetti della riforma Brunetta G. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *GDA*, 1, 2010, p. 11.

(27) Secondo parte della dottrina neppure il novellato art. 19 d.lgs. 165/2001 avrebbe in effetti introdotto un obbligo di valutazione comparativa; cfr. A. BOSCATI, *Il conferimento di incarichi dirigenziali e il nuovo sistema di accesso alla dirigenza*, in *Lav. giur.*, 12, 2010.

(28) Come rileva G. D'ALESSIO, *Le norme sulla dirigenza nel decreto legislativo di attuazione della legge delega n. 15/2009*, in *Astrid Rassegna*, 2009, p. 103.

(29) In particolare l'art. 19, comma 1-*ter*, d.lgs. 165/2001.

(30) Si vedano le diverse posizioni di S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la riforma Brunetta: verso un equilibrio tra distinzione e fiducia?*, in *GDA*, 1, 2010, p. 43 e G. GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in *Lav. nelle p.a.*, 3-4, 2010, p. 579.

(31) Cfr. art. 9, comma 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

modificando per l'ennesima volta il testo dell'art. 19 d.lgs. 165/2001, ha non solo abrogato la parte del citato art. 19 riguardante l'obbligo di motivazione e di preavviso, in caso di mancato rinnovo, ma ha anche legittimato il mancato rinnovo *ad nutum*, seguito dal conferimento di incarichi di valore economico inferiore, con cancellazione contestuale di tutte le disposizioni di contrattazione collettiva che diffusamente, nelle diverse aree della dirigenza, avevano da tempo introdotto clausole di c.d. salvaguardia economica.

Ritornando al tema delle modalità di conferimento dell'incarico dirigenziale, il nuovo contesto normativo determinato dalla riforma Brunetta del 2009 non ha, comunque, impedito ai giudici di legittimità di dare continuità ai propri precedenti orientamenti circa la necessità di valutazioni comparative e di adeguata motivazione delle scelte, seppure ancora in riferimento a fattispecie *ratione temporis* regolate dalla previgente normativa³².

Ben diverso atteggiamento ha serbato, invece, la giurisprudenza al cospetto della normativa sugli incarichi dirigenziali in sanità, dove, in ossequio alle scelte operate dal d.lgs. 502/1992 in riferimento all'incarico di struttura complessa dei dirigenti del ruolo medico e sanitario, i giudici ordinari hanno continuato a giustificare l'obliterazione degli obblighi di valutazione comparativa e di motivazione col carattere negoziale ed essenzialmente fiduciario dell'atto di nomina.

Ritenuta inapplicabile la legge sul procedimento amministrativo in considerazione del carattere negoziale e non provvedimentale della nomina³³, la giurisprudenza ha, altresì, reiteratamente escluso che forme di procedimentalizzazione ulteriori rispetto a quelle di legge potessero farsi discendere dalle fonti integrative del contratto, in considerazione, ancora una volta, della natura essenzialmente fiduciaria della scelta, rimessa alla responsabilità dirigenziale del direttore generale³⁴.

Astretta entro le coordinate normative tracciate dall'art. 15-ter d.lgs.

(32) Cass., sez. lav., 17 aprile 2012, n. 5999, in www.aranagenzia.it.

(33) Cass., sez. lav., 31 luglio 2009, n. 17852, in *Red. Giust. civ. Mass.*, 9, 2009.

(34) Cass., sez. lav., 5 giugno 2009, n. 13089, in *Foro it.*, 11, I, 2009, p. 2984.

502/1992, la disciplina dell'incarico di struttura complessa dei dirigenti del ruolo medico e sanitario ha, dunque, ben poco risentito dei movimenti tellurici determinati dalle novità normative e giurisprudenziali poc'anzi descritte e questo, a ben vedere, ha finito con l'accentuare lo iato, già prima esistente all'interno degli stessi enti del servizio sanitario, tra le modalità di accesso alla dirigenza apicale medica e quelle previste per le altre posizioni dirigenziali, in relazione alle quali la contrattazione collettiva, per effetto della specifica delega conferita dall'art. 15-ter, comma 1, d.lgs. 502/1992, ha col tempo calibrato criteri e procedure di conferimento dell'incarico non dissimili da quelli ideati dal d.lgs. 165/2001 in riferimento alla dirigenza ministeriale³⁵.

4. La c.d. riforma Balduzzi: ruolo delle Regioni e questioni di diritto intertemporale

In tale quadro si inserisce, dunque, la c.d. riforma Balduzzi.

La relazione illustrativa presentata alle Camere per la conversione in legge del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 individua *apertis verbis* le ragioni dell'intervento di riforma nella necessità di porre rimedio alle inefficienze organizzative indotte, in diverse realtà sanitarie regionali, da fenomeni di eccessiva politicizzazione delle nomine³⁶.

L'obiettivo dichiarato dal legislatore è, dunque, quello di riequilibrare il rapporto tra indirizzo politico e gestione delle aziende sanitarie, introducendo maggiori garanzie di trasparenza e di imparzialità nella nomina dei dirigenti.

Nei documenti parlamentari si dà, peraltro, atto dell'incidenza della disciplina del conferimento degli incarichi apicali e sub-apicali sull'efficienza dei servizi e, di riflesso, sugli stessi diritti fondamentali della persona, ciò che plausibilmente ha indotto il legislatore ad adoperare lo strumento della decretazione d'urgenza.

In coerenza con la necessità di assicurare, già nell'immediato, una netta cesura rispetto al pregresso quadro ordinamentale, il legislatore

(35) Artt. 27 ss. CCNL 8 giugno 2000, dirigenza SPTA.

(36) In questi termini si esprime la relazione illustrativa che accompagna il disegno di legge di conversione.

ha così introdotto disposizioni immediatamente operative, come nel caso delle disposizioni sulla nomina dei direttori di struttura semplice, o comunque necessitanti di una mera attività amministrativa per essere attuate, come nel caso delle nomine dei direttori generali, ove viene demandato alle Regioni il compito di aggiornare o predisporre i nuovi elenchi di idonei, seguendo le nuove prescrizioni, nel termine di novanta giorni dall'entrata in vigore del decreto legge.

Sennonché, proprio il carattere eccessivamente dettagliato della nuova regolamentazione è divenuto oggetto di considerazione critica già nel corso dei lavori parlamentari, a motivo di una paventata lesione delle prerogative regionali di cui all'art. 117 Cost.

Giova a tal riguardo rammentare che le nuove disposizioni insistono, anche per gli aspetti riguardanti gli incarichi dirigenziali, in un ambito legislativo di competenza concorrente ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., dovendosi ascrivere – secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale – in misura prevalente alla materia della “tutela della salute”.

Questo vale, in primo luogo, per le disposizioni relative al conferimento degli incarichi di direzione, peraltro qualificate dal medesimo decreto alla stregua di principi della materia.

Semberebbe, dunque, che lo stesso legislatore abbia, almeno in parte, aderito all'idea, già in passato accolta dalla Corte costituzionale³⁷, secondo cui la materia del conferimento dell'incarico dirigenziale in sanità inerisca, in virtù del principio di prevalenza, non già alla materia, di competenza esclusiva statale, dell'“ordinamento civile” e neppure a quella, di esclusiva competenza regionale, dell'“ordinamento e dell'organizzazione della Regione e degli enti regionali”, bensì alla materia della “tutela della salute”, su cui insiste un titolo di competenza legislativa concorrente.

In realtà non dissimili considerazioni potrebbero essere svolte con riferimento alle procedure di nomina dei direttori generali, la cui di-

(37) Corte cost., 5 maggio 2006, n. 181, in *Giur. cost.*, 3, 2006, nonché, in materia di attività liberoprofessionale *intramoenia* dei dirigenti del Ssn, Corte cost., 14 novembre 2008, n. 371, in *Giur. cost.*, 6, 2008, p. 4420, e la precedente Corte cost. 23 febbraio 2007, n. 50, in *Foro amm. CDS*, 2, 2007, p. 412.

sciplina non appare di per sé riconducibile né alla materia dell'ordinamento civile, nel cui alveo potrebbe semmai ricondursi il successivo contratto di lavoro autonomo, né a quella dell'ordinamento degli uffici regionali ovvero nell'ambito dell'organizzazione sanitaria locale, atteso che – come più volte enunciato dalla Consulta, sia pure in riferimento a tematiche in parte diverse da quelle qui in esame³⁸ – l'organizzazione sanitaria costituisce parte integrante della “materia” costituita dalla “tutela della salute” di cui al terzo comma del citato art. 117 Cost.³⁹.

Più ampi margini di manovra sono stati, almeno all'apparenza, riconosciuti a favore dei legislatori regionali in tema di nomina dei direttori di struttura complessa, avendo il decreto Balduzzi demandato⁴⁰ proprio alle Regioni il compito di regolamentare i criteri e le procedure per il conferimento dell'incarico, sulla scorta di determinati “principi” posti dal legislatore statale.

In tale particolare ambito, la maggiore considerazione serbata nei riguardi delle prerogative regionali è, tuttavia, andata a scapito della chiarezza del quadro normativo.

Il decreto legge ha, infatti, abrogato, e con effetto immediato, tutte le previgenti disposizioni relative al conferimento dell'incarico racchiuse nel comma 2 dell'art. 15-ter d.lgs. 502/1992.

Sembrerebbe, pertanto, che la previgente regolamentazione sia stata espunta dall'ordinamento, senza che *medio tempore* siano stati preveduti meccanismi atti ad impedire che ritardi o inerzie regionali nella posizione delle norme di dettaglio possano ridondare in una condizione di perdurante incertezza normativa tale da generare la paralisi dei procedimenti di nomina.

(38) Corte cost., 19 dicembre 2006, n. 422, in *Giur. cost.*, 6, 2006. Con riferimento alle procedure di nomina del direttore generale di azienda ospedaliero-universitaria invece Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233, in *Giur. cost.*, 3, 2006, p. 2327; Corte cost., 17 maggio 2012, n. 129, in *Foro it.*, 7-8, I, 2012, p. 1961.

(39) Tuttavia per l'inerenza della disciplina di decadenza automatica degli organi apicali delle aziende sanitarie alla materia dell'organizzazione sanitaria, di competenza esclusiva regionale v. Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233, in *Giur. cost.*, 3, 2006, p. 2327.

(40) Art. 4, comma 1, lett. d), d.l. 158/2012.

In tema di questioni di diritto intertemporale non pare nemmeno del tutto risolutivo il disposto di cui all'art. 4, comma 2, d.l. 158/2012, ove si prevede che “Le modifiche introdotte dal comma 1 agli artt. 3-*bis*, comma 3, e 15 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 ... non si applicano ai procedimenti di nomina dei direttori generali delle aziende sanitarie locali e delle aziende ospedaliere, nonché dei direttori di struttura complessa, pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto”.

Con la disposizione in esame, il legislatore ha solo inteso ribadire il consolidato orientamento pretorio secondo cui nelle procedure concorsuali, ai fini dell'ammissione dei candidati, della valutazione dei titoli e dello svolgimento degli esami di concorso deve unicamente aversi riguardo al quadro normativo vigente al momento in cui, con la pubblicazione del bando di concorso, la procedura concorsuale prende avvio, irrilevanti essendo eventuali modifiche normative sopravvenute⁴¹.

La verità è che, ad una più attenta analisi, le nuove disposizioni sulle nomine – benché qualificate come principi della materia, come nel caso degli incarichi di struttura complessa – hanno natura tale da conformare con sufficiente grado di precisione il procedimento di conferimento dell'incarico, sì da poter essere immediatamente applicate dalle amministrazioni sanitarie e da sdrammatizzare così anche il problema di eventuali ritardi nell'esercizio della potestà normativa regionale.

5. Procedura di conferimento dell'incarico di struttura complessa: procedura selettiva di diritto privato o concorso finalizzato all'assunzione?

Si tratta adesso di scendere ad esaminare più compiutamente le novità introdotte dal decreto Balduzzi, partendo dalle modifiche normative relative alla procedura di conferimento dell'incarico di struttura complessa.

(41) *Ex plurimis* Cons. St., ad. plen., 24 maggio 2011, n. 9, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2011, p. 989.

Novità di rilievo sono state introdotte, anzitutto, in ordine alla composizione della commissione giudicatrice che è oggi formata dal direttore sanitario dell'azienda interessata nonché da altri tre membri designati per sorteggio all'interno di un elenco nazionale nominativo, costituito dall'insieme degli elenchi regionali dei direttori di struttura complessa della specialità di riferimento⁴².

Viene così ad essere attenuata la componente fiduciarmente nominata dal vertice aziendale, allo scopo di assicurare l'imparzialità delle valutazioni a partire dall'imparzialità degli stessi componenti del collegio.

Le novità di maggiore interesse riguardano, però, le modifiche apportate alla struttura stessa della procedura di selezione che non è più, come prima, finalizzata alla mera verifica di idoneità dei candidati.

L'operato della commissione – che si estrinseca sostanzialmente nell'effettuazione di valutazioni tecniche riferite ai *curricula*, ai titoli professionali ed alle risultanze dei colloqui – si conclude, infatti, con la formazione di una graduatoria e con la comunicazione al direttore generale di una rosa composta da tre soli candidati, diversamente graduati in ragione del punteggio loro assegnato.

L'innovazione appare coerente con la scelta di attenuare i profili di fiduciarità nell'assegnazione degli incarichi e costituisce, per certi versi, un ritorno al passato, atteso che già nella sua versione originaria l'art. 15, comma 3, d.lgs. 502/1992 scandiva un percorso selettivo non dissimile da quello oggi introdotto dal decreto Balduzzi.

In verità negli ultimi anni alcune Regioni avevano già provveduto a ripristinare meccanismi più imparziali di selezione dei dirigenti. Il panorama legislativo regionale si presentava, però, quanto mai variegato. All'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione, molte Regioni avevano rinunciato ad introdurre proprie specifiche regolamentazioni, in questo plausibilmente indotte dalla difficoltà di rinvenire apprezzabili margini di manovra in una materia già ampiamente normata, anche a livello di contrattazione collettiva, nella quale

(42) Elenchi peraltro esistenti già prima formati ai sensi dell'art. 6, comma 2, d.P.R. 483/1997.

appariva davvero arduo discernere le disposizioni statali di principio (inderogabili) da quelle di dettaglio (derogabili).

Solo alcune avevano introdotto significative disposizioni relative alle modalità di selezione dei candidati⁴³, adottando moduli procedurali – come accennato – antesignani di quelli oggi introdotti dal decreto Balduzzi e ben lontani da quelli ideati dal legislatore statale dell'epoca⁴⁴.

Ciò considerato, vi è da chiedersi se le modifiche strutturali apportate dal legislatore statale al procedimento di conferimento dell'incarico non abbiano in qualche modo modificato la natura stessa della procedura, giustificando il giudizio di chi, già sotto il vigore della pregressa regolamentazione, riteneva potesse ravvisarsi l'esistenza di una procedura di natura concorsuale finalizzata all'assunzione o, comunque, all'accesso a funzioni più elevate⁴⁵.

La tesi pubblicistica faceva leva su due diverse argomentazioni riferite, rispettivamente, al carattere essenzialmente comparativo della procedura ed alla circostanza che l'accesso alla posizione, pur essendo riservata a medici del Servizio sanitario nazionale, avvenisse comunque tramite il reclutamento di soggetti esterni all'amministrazione precedente.

Conseguiva da tali considerazioni la riconduzione del conferimento dell'incarico di struttura complessa nell'alveo delle procedure selettive finalizzate all'assunzione, devolute dall'art. 63, comma 4, d.lgs. 165/2001 alla cognizione del giudice amministrativo⁴⁶.

(43) Disposizioni afferenti al *quomodo* della selezione erano state introdotte, per esempio dalla Regione Campania (art. 36-*bis* legge 2 marzo 2006, n. 3), dalla Regione Emilia-Romagna (art. 8, comma 3, l.r. Emilia-Romagna 23 dicembre 2004, n. 29), nonché dalle Regioni Marche (legge 15/2007) e Liguria (legge 41/2006).

(44) Molte leggi regionali avevano tratto ispirazione dalla legge regionale dell'Emilia-Romagna che tra le prime introdusse l'obbligo per la commissione di esperti di concludere le proprie valutazioni formando una rosa di tre soli candidati. La scelta compiuta dalla Regione Emilia-Romagna aveva, peraltro, ottenuto il significativo avallo della Corte costituzionale (Corte cost., 5 maggio 2006, n. 181, in *Giur. cost.*, 3, 2006), benché con argomentazioni poco convincenti, riferite alla natura asseritamente comparativa della selezione prevista dall'art. 15-*ter* d.lgs. 502/1992.

(45) Cfr. punto 9.2. del considerato in diritto Corte cost., 5 maggio 2006, n. 181, cit.

(46) Seguono questo argomentare tra le altre TAR Trieste Friuli-Venezia Giulia, 10 mag-

Tale opinione rimase, però, del tutto minoritaria, sia in dottrina che in giurisprudenza.

Prevalse, invece, l'idea della non riconducibilità allo schema della procedura concorsuale, a motivo del carattere meramente idoneativo della selezione⁴⁷ e della sua finalizzazione al conferimento dell'incarico dirigenziale a favore di soggetti già muniti della qualifica dirigenziale⁴⁸.

In questa diversa prospettiva, il conferimento dell'incarico veniva ricondotto nell'alveo degli atti assunti dalla p.a. con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro ai sensi dell'art. 5 d.lgs. 165/2001, con conseguente devoluzione del relativo contenzioso alla cognizione del giudice ordinario, chiamato dall'art. 63, comma 1, d.lgs. 165/2001 a conoscere proprio delle controversie relative al conferimento e alla revoca dell'incarico dirigenziale⁴⁹.

Benché la questione sia stata sovente solo incidentalmente affrontata, la giurisprudenza di legittimità ha di recente chiarito che natura privatistica deve riconoscersi non solo all'atto di conferimento dell'incarico in senso stretto, ma anche al procedimento selettivo che lo precede, tra l'uno e l'altro ricorrendo un collegamento tale per cui la sorte

gio 1999, n. 601, in *Lav. nelle p.a.*, 2002, p. 1146; TAR Bari Puglia, sez. II, 24 giugno 1998, n. 615, in *Ragiusan*, 192, 2000, p. 338; TAR Toscana, sez. II, 27 settembre 2002, n. 2135, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 2858; TAR Venezia Veneto, sez. III, 20 dicembre 2002, n. 6675, in *Foro amm. TAR*, 12, 2002.

(47) La commissione di esperti, secondo quanto già ampiamente chiarito, non attribuisce punteggi, non opera una valutazione comparativa dei singoli candidati e non stila alcuna graduatoria di merito.

(48) L'attribuzione dell'incarico dovrebbe determinare a tale stregua una vicenda meramente modificativa, dal lato soggettivo, del rapporto di lavoro, esclusa, dunque, la ricorrenza di vicende novative.

(49) *Ex plurimis* Cass., sez. un., 27 febbraio 2002, n. 2954, in *Foro it.*, I, 2002, p. 2966; Cass., sez. un., 15 maggio 2003, n. 7621, in *Giust. civ. Mass.*, 5, 2003; TAR Campobasso Molise, 18 luglio 2003, n. 614, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 2322; Cass., sez. un., 27 gennaio 2004, n. 1478, in *Foro it.*, I, 2004, p. 3137; Consiglio di Stato, sez. V, 5 febbraio 2007, n. 432, in *Ragiusan*, 287-288, 2008, p. 337; Consiglio di Stato, sez. V, 25 dicembre 2009, n. 8850, in *Foro amm. CDS*, 12, 2009, p. 2876; Consiglio di Stato, sez. V, 14 settembre 2010, n. 6676, in *Foro amm. CDS*, 9, 2010, p. 1865; Consiglio di Stato, sez. III, 8 ottobre 2012, in *Foro amm. CDS*, 10, 2012, p. 2511.

dell'uno incide su quella dell'altro, in omaggio al noto broccardo *simul stabunt simul cadent*⁵⁰.

Ciò considerato, occorre ora verificare se i tradizionali argomenti adoperati dalla giurisprudenza prevalente per affermare la cognizione del giudice del lavoro possano ancor oggi ritenersi attuali, alla luce dalle scelte operate dal legislatore della riforma.

A tal riguardo, è senz'altro opportuno rammentare che per pacifica giurisprudenza l'art. 63, comma 4, del d.lgs. 165/2001 va inteso nel senso che per procedure concorsuali per l'assunzione, riservate alla giurisdizione del giudice amministrativo, debbono intendersi quelle preordinate alla costituzione *ex novo* dei rapporti di lavoro ovvero all'accesso di personale già assunto in una fascia o area funzionale superiore mediante la novazione del rapporto, in forza di una scansione procedimentale caratterizzata dall'emanazione di un bando, dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria di merito⁵¹.

Orbene, sotto il profilo strutturale, non vi è dubbio che, sulla scorta della nuova regolamentazione, l'individuazione del soggetto destinatario dell'incarico avvenga sulla base di una procedura comparativa che prende avvio con la pubblicazione di un bando, si snoda in una fase di valutazione tecnica e si conclude con la formazione di una graduatoria.

Maggiori incertezze si condensano in merito all'aspetto funzionale, mai completamente chiarito in giurisprudenza.

Benché sia indubbio che il conferimento dell'incarico di struttura complessa, per quanto rivolto a vantaggio di soggetti già muniti della qualifica dirigenziale, comporti in punto di fatto la contestuale stipula, con la nuova azienda, del sottostante contratto di lavoro, risulta, invece, tuttora controverso se ciò comporti una mera modifica soggettiva

(50) Cass., sez. lav., 15 novembre 2012, n. 20029, in *Diritto & Giustizia* 2012, 16 novembre; *contra* TAR Sardegna, sez. I, 29 maggio 2009, n. 812, in *Foro amm. TAR*, 5, 2009, p. 1614.

(51) Sull'interpretazione dell'art. 63 d.lgs. 165/2001 tra le tante, da ultimo, Cass., sez. un., 29 maggio 2012, n. 8522, in *Giust. civ. Mass.*, 5, 2012, p. 690.

del contratto *ex latere datoris*, come implicitamente suppone la consolidata giurisprudenza in materia, o una vera e propria vicenda novativa, come sembra invece credere la Consulta quando ricostruisce la vicenda in termini di accesso agli impieghi o di accesso a posizioni funzionali più elevate, ai sensi dell'art. 97 Cost.⁵².

È facile prevedere che la questione animerà, e con rinnovato vigore, il dibattito giurisprudenziale, sul quale potrà esercitare una qualche influenza anche la disposizione contenuta nell'art. 15, comma 7-ter, d.lgs. 502/1992, là dove si prevede che "l'incarico di struttura complessa è soggetto a conferma al termine di un periodo di prova di sei mesi, prorogabile di altri sei, a decorrere dalla data di nomina a detto incarico, sulla base della valutazione di cui al comma 5".

La previsione di un periodo di prova potrebbe, in effetti, offrire suggestive argomentazioni per chi intenda individuare una vicenda novativa di assunzione agli impieghi o di accesso a posizioni funzionali più elevate.

Ma potrebbe anche legittimare una diversa lettura.

In effetti, la previsione di un periodo di prova riferito, *alla lettera*, all'incarico dirigenziale e non al rapporto di lavoro sottostante che, si immagina, dovrà continuare, a seconda delle diverse ipotesi ricostruttive, con la medesima azienda ovvero, secondo più plausibile lettura, con l'azienda di provenienza, potrebbe porre alcuni dubbi di conformità rispetto al parametro di cui all'art. 97 Cost., stante la necessità – più volte rammentata dalla Consulta – che il dirigente disponga di un periodo di tempo minimo, sufficiente a consentire una valutazione del suo operato.

Tornando al tema della natura della procedura, una anticipazione di possibili scenari futuri proviene da quella giurisprudenza intervenuta in ambiti regolati da normative regionali prima segnalate come distoniche rispetto alla pregressa normativa statale ed antesignane rispetto alle scelte solo oggi operate dal decreto Balduzzi.

In un caso nel quale la legislazione regionale prescriveva l'indizione della procedura concorsuale per l'assegnazione dell'incarico direttivo

(52) Cfr. Corte cost., 5 maggio 2006, n. 181, in *Giur. cost.*, 3, 2006.

di struttura complessa, la giurisprudenza amministrativa non ha avuto remore nel risolvere in termini positivi l'interrogativo sulla ricorrenza della giurisdizione del giudice amministrativo, in presenza di contestazioni riferite all'ordine della graduatoria predisposta dalla commissione di esperti⁵³.

Quale che sia la sua natura, la procedura selettiva vale, comunque, soltanto ad orientare e, dunque, ad attenuare la discrezionalità del potere di scelta del direttore generale, senza escluderla del tutto, stante la possibilità riconosciuta dal novellato art. 15 d.lgs. 502/1992 di nominare un candidato diverso da quello collocato in posizione *potiore*, fornendo una articolata motivazione della diversa scelta compiuta.

Questo vuol dire che la maggiore idoneità attestata dal conseguimento del punteggio più alto in graduatoria costituisce elemento di per sé insufficiente ad assicurare il conferimento dell'incarico.

Ne consegue allora che, per effetto del superamento del concorso, il vincitore diviene soltanto titolare di una situazione giuridica meramente strumentale di natura pretensiva, specularmente contrapposta al potere di nomina del direttore generale, atteso che il superamento del concorso non consolida nel patrimonio dell'interessato l'acquisizione di alcun diritto al conferimento dell'incarico dirigenziale.

Se la tesi ricostruttiva qui proposta è corretta, l'avviso pubblico di conferimento dell'incarico non può allora ricondursi al classico schema dell'offerta al pubblico, entro cui normalmente la giurisprudenza di legittimità suole ricondurre il bando di concorso⁵⁴, giacché manca nell'avviso il riconoscimento in capo al vincitore del concorso del diritto a ricoprire la posizione di lavoro disponibile, di converso sempre occorrendo ai fini del conferimento dell'incarico una ulteriore manifestazione di volontà.

L'avviso appare, invece, molto più agevolmente accostabile all'invito ad offrire, costituendo le domande di partecipazione dei singoli

(53) Consiglio di Stato, sez. III, 21 maggio 2012, n. 3108, in *Foro amm. CDS*, 5, 2012, p. 1145.

(54) Sulla natura giuridica del bando cfr. M. AMENDOLA, voce *Concorso a Pubblico Impiego*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1961, VIII. In giurisprudenza Cass., sez. lav., 20 gennaio 2009, n. 1399, in *Lav. nelle p.a.*, 1, 2009, p. 148.

candidati altrettante proposte di stipula del contratto di incarico che il direttore generale si riserva di accettare mediante una espressa ed autonoma manifestazione di volontà.

Peraltro, tale manifestazione di volontà, normalmente motivata *per relationem* tramite rinvio all'ordine di graduatoria, deve essere corredata da analitica motivazione tutte le volte che il direttore generale intenda, invece, disattendere le risultanze della selezione.

Tanto è richiesto allo scopo di consentire al candidato pretermesso di insorgere avverso il provvedimento lesivo, invocando la tutela risarcitoria e, se del caso, anche demolitoria, tramite l'accertamento della nullità per violazione di norme imperative *ex art. 1419 c.c.*, potendosi sostenere – sempre in una prospettiva civilistica⁵⁵ – che la presenza di una analitica motivazione assurga in questa particolare fattispecie a vero e proprio requisito di validità del provvedimento di incarico⁵⁶. In punto di giurisdizione, non pare revocabile in dubbio la devoluzione del contenzioso al giudice ordinario, ove la contestazione cada sul solo provvedimento di conferimento dell'incarico, senza investire anche l'ordine della graduatoria.

Ove, invece, la contestazione sia estesa alla graduatoria redatta dalla commissione giudicatrice, la soluzione in punto di giurisdizione pare dipendere, come prima accennato, dalla risoluzione, più a monte, della questione della riconducibilità o meno della controversia nell'alveo di quelle devolute al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, comma 4, d.lgs. 165/2001.

In proposito è chiaro che, al di là della fondatezza degli argomenti adoperabili a sostegno dell'una o dell'altra tesi, ineludibili ragioni di concentrazione e di effettività della tutela consiglierebbero di mantenere inalterato l'attuale assetto della giurisdizione in materia di incarichi, con conseguente devoluzione dell'intero contenzioso innanzi al giudice ordinario, quale che sia la natura della doglianza portata

(55) Per una possibile diversa ricostruzione della natura dei poteri esercitati dalla p.a. in sede di conferimento dell'incarico *infra*, par. 6.

(56) Il carattere imperativo della norma non è peraltro incompatibile con l'esercizio, da parte del giudice, di più o meno ampi poteri di apprezzamento discrezionale: cfr. E. ROPPO, voce *Contratto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, UTET, 1989.

all'attenzione del giudice e la tesi ricostruttiva prescelta, sebbene il dato normativo poco si presti a consentire – in una prospettiva pubblicistica – un simile risultato, stante la difficoltà di estendere il potere di disapplicazione del giudice ordinario fino al punto da ricomprendere nel novero degli atti presupposti anche gli atti di eventuali procedure concorsuali⁵⁷.

6 ...segue: sulla conferma dell'incarico all'esito della valutazione dirigenziale

Non solo per il procedimento di nomina, ma anche per la conferma dell'incarico il legislatore ha operato scelte che si muovono lungo una direttrice comune rispetto ai più recenti interventi di riforma del lavoro pubblico.

Il nuovo testo dell'art. 15, comma 5, d.lgs. 502/1992, così come riformulato dalla riforma Balduzzi, prevede, infatti, che “l'esito positivo della valutazione professionale determina la conferma dell'incarico o il conferimento di altro incarico di pari livello, senza nuovi o maggiori oneri per l'azienda”.

L'uso da parte del legislatore dell'indicativo presente fa pensare al riconoscimento, in capo al dirigente che abbia ottenuto una valutazione positiva, di un diritto soggettivo pieno e perfetto alla conferma. Se così fosse, si tratterebbe di un enorme passo in avanti rispetto alla regolamentazione pregressa che, con una formulazione meno per-spicua rispetto a quella attuale, prevedeva che l'esito positivo delle verifiche costituisse soltanto una mera condizione per la conferma nell'incarico.

Sennonché il legislatore della riforma ha inteso espressamente mantenere fermo quanto già previsto dall'art. 9, comma 32, d.l. 78/2010, a mente del quale è consentito – da parte delle amministrazioni indicate all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001, tra cui anche quelle del servizio sanitario – di non confermare l'incarico, pure in presenza di valutazioni positive, anche eventualmente disapplicando le più favorevoli disposizioni normative e contrattuali.

(57) Sul divieto di esercitare il potere di disapplicazione in relazione agli atti di pubblici concorsi v. Cass., sez. un., 19 aprile 2010, n. 9224, in *Giust. civ. Mass.*, 4, 2010, p. 559.

Anche in questo caso si pone il problema di verificare se la prospettiva civilistica, oramai da tempo accolta dalla giurisprudenza di legittimità in materia di gestione degli incarichi, consenta di edificare forme di tutela “reale”, a favore del dirigente perdente posto.

A tal riguardo – nella prospettiva di una lettura costituzionalmente orientata della normativa e, perciò, rispettosa dei moniti lanciati dalla Consulta in tema di autonomia della dirigenza – si è di recente autorevolmente affermato in dottrina che il titolare dell’incarico non rinnovato, in qualità di aspirante al rinnovo, possa esercitare l’azione di nullità di tale atto, facendo eventualmente valere la violazione dei doveri di correttezza e buona fede dovuta al mancato rispetto delle garanzie del giusto procedimento, e perfino contestando la motivazione della scelta compiuta alla luce della valutazione comparativa fra il nuovo e il precedente titolare⁵⁸.

La tesi è senz’altro coerente con la giurisprudenza civilistica degli ultimi decenni⁵⁹, mostratasi maggiormente incline ad utilizzare la clausola di buona fede quale strumento di controllo, anche in senso modificativo ed integrativo, del regolamento contrattuale in vista dell’equo contemperamento degli opposti interessi, tanto che si è ritenuto di recente assoggettabile a controllo giudiziale perfino il potere, “libero” ed acausale, del recesso *ad nutum* dal vincolo contrattuale, allo scopo di valutarne il possibile esercizio abusivo⁶⁰.

Sennonché la possibilità di pervenire alla declaratoria di nullità del provvedimento di mancata conferma per violazione del canone di

(58) Cfr. S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2012, p. 39.

(59) In ambito civilistico, a partire più esattamente dalla c.d. sentenza Fiuggi, cfr. Cass., sez. I, 20 aprile 1994, n. 3774, in *Foro it.*, I, 1995, p. 1296. Più risalente nel tempo ed ampia è la giurisprudenza lavoristica sul controllo tramite le clausole di buona fede del potere discrezionale del datore di lavoro: per un’ampia rassegna di giurisprudenza e dottrina V. FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell’impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*, sub art. 2086, in *Il Codice civile – Commentario* diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, Giuffrè, 2012, p. 129; nel lavoro pubblico contrattualizzato cfr. A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004.

(60) Cfr. Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giust. civ. Mass.*, 9, 2009, p. 1331.

buona fede, fatto assurgere al rango di norma imperativa ai sensi dell'art. 1419 c.c., non appare così pacifica in giurisprudenza⁶¹.

In ossequio piuttosto alla nota distinzione tra regole di validità, fissate necessariamente *ex ante* ed in astratto a tutela della certezza dei rapporti giuridici, e regole di condotta, che possono solo giustificare, ove violate, l'attivazione di forme di tutela risarcitorie⁶², la giurisprudenza di legittimità, anche a Sezioni Unite, con orientamento affermatosi anche nella specifica materia del conferimento dell'incarico dirigenziale, ha reiteratamente negato che l'inosservanza dei doveri di correttezza e buona fede possa condurre alla dichiarazione di nullità dell'atto per violazione di norme imperative *ex art. 1419* (c.d. nullità virtuale)⁶³.

Non pare allora errato sostenere che le tradizionali tecniche di tutela del rapporto, imperniate sull'azione di nullità per violazione di norme imperative o sull'azione di esatto adempimento *ex art. 1218 c.c.*⁶⁴, riescano con una certa difficoltà ad intercettare le nuove istanze di tutela emerse nella più recente, ed eclettica, produzione legislativa in materia di gestione degli incarichi dirigenziali.

E tanto dovrebbe forse indurre a ripensare, se non proprio la natura dell'intero rapporto di lavoro dirigenziale, quanto meno quella degli atti di conferimento e revoca degli incarichi, in guisa tale da rendere applicabile, in maniera diretta, le garanzie della legge 241/1990 e le tecniche di tutela, anche a carattere demolitorio, tradizionalmente assicurate dal giudizio amministrativo.

(61) Anche nella nota pronuncia Cass., 18 settembre 2009, n. 20106 non pare chiaro se la Corte faccia conseguire meri effetti risarcitori ovvero effetti reali di inefficacia dell'atto di recesso: così E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giur. com.*, 2, 2011, p. 295.

(62) Sulla distinzione tra regole di validità e regole comportamentali in generale Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giust. civ. Mass.*, 12, 2007.

(63) V. Cass., sez. un., 19 luglio 2011, n. 15764, in *Guida al diritto*, 44, 2011, p. 74. Si veda pure Cass., sez. lav., 1° dicembre 2009, n. 25314, in *Giust. civ.*, 12, I, 2010, p. 2953 e, più di recente, Cass., sez. lav., 16 luglio 2012, n. 12130, in www.aranagenzia.it.

(64) Sulle tecniche di tutela del rapporto in generale cfr. M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, Cedam, 1986, nonché A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2003; con riferimento ai rapporti di lavoro, anche facenti capo ai dipendenti degli enti pubblici economici, C. ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, Milano, Giuffrè, 1988.

Per quanto mai accolta dalla giurisprudenza ordinaria di legittimità, la tesi che intravede nella giurisdizione del giudice ordinario in materia di conferimento e revoca degli incarichi una forma di giurisdizione piena ed esclusiva, estesa cioè alla cognizione degli interessi legittimi ed all'annullamento dei provvedimenti amministrativi, è in effetti da tempo proposta da autorevole dottrina quale risposta più coerente rispetto all'esigenza di un più penetrante controllo giudiziale sull'esercizio del potere riguardante *lato sensu* la gestione degli incarichi⁶⁵. Quale che sia la soluzione accolta, non è in dubbio, comunque, che la problematica questione della natura degli atti di gestione degli incarichi presenti profili di rilevante interesse soprattutto se riguardata sotto l'angolo visuale dell'incarico di struttura complessa, posto che in tale particolare fattispecie alla determinazione di mancata conferma dovrebbe seguire, quale atto strettamente consequenziale, l'indizione di una nuova procedura di natura concorsuale.

Sicché, a ben vedere, la questione del mancato rinnovo presenta apprezzabili profili di interferenza col diverso problema, più volte qui accennato, della giurisdizione sulle controversie relative alla procedura comparativa che precede l'assegnazione dell'incarico.

Accogliendo la tesi che riconduce tale procedura nell'alveo del diritto pubblico, la posizione in cui versa il dirigente perdente posto non dovrebbe, infatti, distinguersi da quella in cui versa l'idoneo in graduatoria rispetto alla determinazione della p.a. di dar luogo al pubblico concorso: in entrambi i casi l'attribuzione del bene della vita dovrebbe necessariamente comportare la previa rimozione, innanzi al giudice amministrativo, della determinazione di indizione della nuova procedura concorsuale⁶⁶.

(65) Tra cui proprio lo stesso S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1, 2012, p. 39; ma anche F. CARINCI, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, in *Lav. nelle p.a.*, 6, 2006, p. 1049.

(66) Sulla giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia promossa dall'idoneo in graduatoria che invoca l'assunzione tramite la previa rimozione del bando Cass., sez. un., 16 novembre 2009, n. 24185, in *Giust. civ. Mass.*, 11, 2009, p. 1598.

7. La procedura di conferimento dell'incarico di direzione generale: quali novità

Meno dirompenti appaiono, invece, le novità introdotte in merito alla nomina dei direttori generali.

Secondo il quadro normativo previgente, la nomina doveva avvenire tra quanti, in possesso dei requisiti previsti dal d.l. 512/1994, si fossero dichiarati disponibili a ricoprire l'incarico, rispondendo all'apposito avviso di selezione pubblicato in G.U. dalla Regione⁶⁷.

Si è già rammentato che, allo scopo di superare le incertezze manifestatesi in seno alla giurisprudenza amministrativa (e penale), la legge delega 418/1998 era intervenuta per escludere espressamente la necessità di dar luogo a valutazioni comparative⁶⁸.

Alcune Regioni – tramite atti normativi di rango legislativo⁶⁹ ovvero, e più frequentemente, tramite puntuali atti amministrativi – avevano individuato una fase procedimentale preliminare di formazione di elenchi di candidati in possesso dei requisiti pretesi dalla legge e, perciò, idonei alla nomina.

In coerenza con tale articolato quadro normativo, la giurisprudenza di legittimità aveva così nettamente distinto il procedimento di nomina in senso stretto, preordinato ad una selezione di tipo non comparativo del nominato, nella quale il candidato sarebbe titolare di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere amministrativo di nomina, dalla precedente fase di predisposizione dell'elenco degli idonei, nella quale il candidato sarebbe, invece, titolare di un vero e proprio diritto soggettivo all'inserimento nell'elenco, da farsi valere innanzi al giudice ordinario⁷⁰.

Ciò considerato in merito al previgente quadro normativo, non pare errato sostenere che la riforma del 2012 si sia limitata a positivizzare

(67) Art. 3, comma 6, d.lgs. 502/1992.

(68) Con disposizione non abrogata, neppure implicitamente, dal d.lgs. 229/1999, così Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26631, in *Giust. civ. Mass.*, 12, 2007.

(69) Art. 24 l.r. Puglia 25 febbraio 2010, n. 4; art. 12 l.r. Lombardia 30 dicembre 2009, n. 33, nonché artt. 11 e 12 l.r. Liguria 14 dicembre 1993, n. 55.

(70) Oltre alla già citata Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26631, anche TAR Milano, Lombardia, sez. III, 16 dicembre 2011, n. 3198, in *Foro amm. TAR*, 12, 2011, p. 3847.

nella legislazione statale soluzioni regolatorie per la verità già affiorate nella prassi (amministrativa e giurisprudenziale) e sporadicamente anche formalizzate nelle stesse legislazioni regionali.

Il nuovo testo dell'art. 3-*bis*, comma 3, d.lgs. 502/1992 prevede, infatti, che le Regioni provvedano alle nomine attingendo agli elenchi di idonei, costituiti da una commissione composta in prevalenza da esperti indicati da qualificate istituzioni scientifiche.

Si prevede, altresì, che alla selezione si acceda col possesso del diploma di laurea magistrale e di una qualificata esperienza dirigenziale.

Dunque, la procedura continua ad essere articolata in una fase preliminare di formazione di un elenco di idonei ed in una fase successiva preordinata all'adozione del provvedimento autoritativo di nomina.

La formazione dell'elenco pare caratterizzata da una valutazione tecnica di idoneità, con una selezione – ed è questa la sostanziale novità – che dovrebbe essere affidata ad una commissione composta in prevalenza da esperti in grado di offrire garanzie maggiori di indipendenza e di imparzialità.

Minime, invece, appaiono le modifiche apportate ai requisiti richiesti per accedere alla selezione (laurea ed esperienza professionale).

Non è da escludere e, anzi, appare ragionevole prevedere che le Regioni regolino più compiutamente la procedura, introducendo criteri e modalità di selezione più specifici, come peraltro espressamente invitate a fare dal novellato art. 3-*bis*, comma 3, d.lgs. 502/1992, anche allo scopo di introdurre requisiti più rigorosi rispetto a quelli *minimi* richiesti per il solo accesso alla procedura dal d.lgs. 502/1992.

Sotto tale aspetto sarà interessante verificare se la previsione di specifici criteri di selezione ed il conseguente svolgimento ad opera della commissione di un'attività di *valutazione tecnica* più che di mero *accertamento tecnico* indurrà la giurisprudenza a rivedere la propria posizione in ordine alla natura delle situazioni giuridiche orbitanti in capo ai candidati nella fase idoneativa e, conseguentemente, anche in ordine al riparto di giurisdizione.

Ciò considerato in ordine alla nomina dei direttori generali, sorprende che, in un quadro normativo statale caratterizzato da una maggiore sensibilità verso il problema della verifica in capo ai prescelti della professionalità necessaria, nessuna particolare disposizione sia stata,

invece, dettata in riferimento alla nomina dei direttori amministrativo e sanitario che continua ad essere affidata, come prima, all'esclusiva responsabilità del direttore generale, senza alcuna previa verifica oggettiva ed imparziale di professionalità.

8. Sulle cause di inconferibilità e di incompatibilità degli incarichi nel d.lgs. 39/2013

Sulle nomine di cui qui si discorre novità significative sono state da ultimo introdotte dal d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, recante disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni⁷¹.

L'intervento legislativo rientra nella più ampia strategia di prevenzione e contrasto ai fenomeni di corruzione delineata dalla legge 190/2012. L'obiettivo è quello di prevenire l'insorgenza di situazioni di conflitto di interesse, in grado di compromettere l'imparzialità ovvero l'immagine di imparzialità del pubblico funzionario, assicurando *ex ante* le migliori condizioni affinché l'attività amministrativa sia sottratta ad impropri condizionamenti di interessi (o gruppi di interesse) esterni, in ossequio ai principi scolpiti dagli artt. 54 e 97 Cost.⁷².

L'ambito di applicazione del decreto è, perciò, assai esteso, comprendendo al proprio interno accanto agli incarichi dirigenziali, non esclusi quelli esterni ed apicali⁷³, delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 d.lgs. 165/2001, anche gli incarichi di amministratore degli enti pubblici e degli enti privati in mano pubblica nonché gli stessi incarichi di direzione di azienda sanitaria ed ospedaliera.

Non è questa la sede per trattare *funditus* della complessa e, a volte, estremamente analitica regolamentazione.

Ci si limiterà, pertanto, a dar conto delle novità introdotte dal decreto

(71) Per un primo commento G.B. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *GDA*, 2, 2013.

(72) Sul tema dell'imparzialità soggettiva dei funzionari pubblici cfr. F. MERLONI, *L'etica dei soggetti con incarico fiduciario*, in F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, Franco Angeli, 2009.

(73) Come quelli di Segretario generale e di capo Dipartimento, i quali non comportano lo svolgimento in via esclusiva di compiti di gestione.

39/2013, in relazione a quegli aspetti più direttamente pertinenti rispetto al tema che ci occupa, tralasciando volutamente di considerare altri aspetti, pur rilevanti, che, però, una minore incidenza assumono in relazione al procedimento che conduce alla nomina dirigenziale. Le ipotesi di inconfiribilità introdotte dal decreto sono sostanzialmente riconducibili a tre diverse fattispecie.

La prima consegue alla condanna per reati commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, previsti dal capo I del titolo II del libro II del codice penale.

L'ipotesi trova applicazione, senza particolari variazioni se non quelle rese necessarie dal carattere autonomo del rapporto di lavoro⁷⁴, anche nei riguardi dei direttori generali (sanitari ed amministrativi) di azienda sanitaria⁷⁵.

È importante rilevare come l'inconfiribilità possa anche conseguire a pronunce di condanna *non irrevocabili*.

Trattandosi di forme di inconfiribilità derivanti da provvedimenti giurisdizionali non ancora definitivi, il legislatore ha ritenuto opportuno di contenerne la durata massima prevedendo, altresì, la cessazione di diritto in caso di sopravvenienza di una pronuncia, anche non irrevocabile, di proscioglimento⁷⁶.

Alla luce di tale novità, appare quanto meno dubbia la perdurante vigenza dell'art. 3, comma 11, d.lgs. 502/1992, che analoghe forme di inconfiribilità – anche conseguenti a pronunce di condanna non definitive – prevedeva in relazione agli incarichi di direzione di azienda sanitaria.

Le altre ipotesi di inconfiribilità previste dal d.lgs. 39/2013 conseguono, invece, allo svolgimento di incarichi di matrice politica ovvero allo svolgimento di incarichi presso enti finanziati dall'amministrazione conferente: in entrambi i casi specifiche disposizioni sono dettate per i direttori di azienda sanitaria.

(74) Art. 3, comma 6, d.lgs. n. 39/2013.

(75) Per certi aspetti, alcune delle cause di inconfiribilità previste dal d.lgs. n. 39/2013 presentano profili di sovrapposizione rispetto alle più tradizionali cause ostative di assunzione agli impieghi.

(76) Art. 3, comma 6, d.lgs. 39/2013.

A tal riguardo vi è da segnalare come l'unica ipotesi conosciuta dall'ordinamento di inconferibilità degli incarichi per ragioni politiche fosse in precedenza proprio quella contenuta all'interno dell'art. 3, comma 9, d.lgs. 502/1992 (ora abrogata espressamente dall'art. 23 d.lgs. 39/2013), relativa al divieto di nomina a direttore di azienda sanitaria per coloro i quali fossero stati candidati, senza poi risultare eletti, in elezioni europee, nazionali, regionali e locali.

L'art. 8, comma 1, d.lgs. 39/2013 ritorna sulla materia confermando tale ipotesi ed ampliando ulteriormente lo spettro delle inconferibilità ai casi in cui il soggetto abbia in precedenza svolto incarichi politici, graduando diversamente il periodo di c.d. *raffreddamento* in relazione alla natura dell'incarico politico ricoperto.

Come è stato esattamente osservato nei primi commenti, la norma intende evitare che il conferimento degli incarichi – soprattutto se ancorato, come nel caso che ci occupa, ad una valutazione di professionalità del prescelto – sia in qualche modo condizionato da esigenze di ricollocamento di personale politico, ciò che potrebbe condizionare impropriamente anche la successiva azione del titolare dell'incarico dirigenziale, sì da pregiudicare la stessa imparzialità della p.a.

L'imparzialità soggettiva del funzionario è, tuttavia, obiettivo perseguito dal legislatore ricorrendo ad un ampio ventaglio di strumenti, non limitato alle sole ipotesi di inconferibilità degli incarichi.

Si spiega così l'estensione della platea dei destinatari delle previsioni di cui all'art. 53, comma 16-*ter*, d.lgs. 165/2001, introdotte peraltro dalla recente legge 190/2012, relative al divieto per i pubblici dipendenti che abbiano esercitato poteri autoritativi e negoziali di svolgere nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego attività presso i soggetti privati destinatari dell'attività della p.a. L'art. 21 del d.lgs. 39/2013 prevede, infatti, che detto divieto si applichi anche ai funzionari legati da rapporto di lavoro autonomo e, dunque, anche ai direttori di azienda sanitaria.

La disposizione conferma l'approccio sostanzialistico adottato dal legislatore del 2013, finalizzato ad assicurare la correttezza e l'imparzialità del funzionario, quale che sia la natura del rapporto di lavoro. Corposo è, infine, l'intervento sul versante delle incompatibilità, con l'introduzione di fattispecie, integrative di quelle già vigenti, ancorate

allo svolgimento di incarichi presso enti di diritto privato ovvero di natura politica⁷⁷, suscettibili di generare posizioni di conflitto di interessi o di interferire, comunque, con il corretto andamento della p.a.

9. Considerazioni conclusive

Dal quadro normativo sopra tratteggiato emerge certamente il tentativo del legislatore di introdurre, soprattutto con riferimento alla media dirigenza aziendale, maggiori garanzie di trasparenza e di imparzialità nella gestione degli incarichi, allo scopo di porre un argine alla politicizzazione degli apparati.

Con riferimento, in particolare, agli incarichi di struttura complessa, l'obiettivo della gestione imparziale viene realizzato attenuando in maniera significativa, pur senza escluderla del tutto, la discrezionalità nella scelta dei collaboratori sanitari ed imponendo obblighi procedurali in grado di assicurare, *ex post*, un controllo giudiziale sulle scelte più penetrante ed effettivo rispetto a quello consentito sotto il vigore del precedente quadro normativo.

Proprio con riferimento alla latitudine ed all'intensità del sindacato giudiziale sulle nomine dei dirigenti sanitari, è dunque da salutare con favore l'allineamento così realizzato rispetto agli standard di tutela da tempo oramai assicurati nei riguardi delle altre dirigenze.

Perduranti criticità permangono, invece, in ordine al diverso versante della conferma dell'incarico, la cui disciplina continua tuttora a caratterizzarsi per il mantenimento di soluzioni regolatorie già oggetto in passato di diffusi rilievi critici.

Con riferimento, dunque, ai direttori di struttura, non pare errato sostenere che l'introduzione sul piano del diritto positivo di strumenti di selezione secondo il merito – giudicati meglio in grado di assicurare (almeno in teoria) la selezione dei migliori, in ossequio al principio di imparzialità – segni una significativa correzione di rotta rispetto al recente passato: la *mimetica* trasposizione dei modelli aziendalistici, dominati dalla presenza di una amplissima discrezionalità nelle nomine, sembra cedere il passo ad un sistema in parte diverso, in cui la

(77) In entrambi i casi specifiche previsioni sono dettate per i direttori di azienda sanitaria, v. artt. 10 e 14 d.lgs. 39/2013.

logica manageriale viene affinata tramite ricorso a soluzioni ispirate ad una visione più disincantata dei reali meccanismi di funzionamento degli apparati.

Valutazione parzialmente diversa, quanto a grado di profondità dell'intervento legislativo, devono, invece, ricevere le disposizioni relative alle nomine dei direttori generali, in relazione alle quali appare tuttora non superato il modello fiduciario accolto dalla terza riforma sanitaria.

Qui è, infatti, ancora la *fiducia*, seppure da intendersi in senso tecnico ed oggettivo⁷⁸, a porsi quale canone predominante per la scelta del funzionario, avendo il legislatore della riforma inteso puntare, con maggiore decisione, sul diverso versante del consolidamento delle garanzie di professionalità dei candidati, affidandone il vaglio ad una verifica preliminare ed imparziale di idoneità, ma lasciando impregiudicata l'ampia discrezionalità degli organi regionali nell'individuazione del candidato ritenuto meglio in grado di realizzare i programmi di salute approvati.

(78) Sulla distinzione tra fiduciarità politica e fiduciarità tecnica nelle nomine G. ENDRICI, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2000; G. GARDINI, *Imparzialità amministrativa e nuovo ruolo della dirigenza pubblica*, in *Dir. amm.*, 1, 2001, p. 39. In relazione alle nomine di cui qui si discorre cfr. F. MERLONI, *Spoil system, il timore dell'over rulling impedisce alla Corte di fare chiarezza*, in *Le Regioni*, 5, 2010, p. 1136.

