

## **LA CORTE DI CASSAZIONE**

ha pronunciato la seguente

### **SENTENZA**

sul ricorso principale proposto da  
ZARRO Romolo,

Contro

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA

e contro

GIANCOLA Pasquale, elettivamente domiciliato in Roma, viale Mazzini,  
n. 11, presso l'avv. Adriano Rossi, che, unitamente all'avv. Vincenzo  
Camerini, lo difende con procura speciale apposta a margine del  
controricorso;

e sul ricorso incidentale proposto

da

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA (già  
Ministero della pubblica istruzione), come sopra rappresentato,  
domiciliato e difeso;

contro

ZARRO Romolo -, come sopra domiciliato e difeso;

e contro

GIANCOLA Pasquale -, come sopra domiciliato e difeso;

- intimato -

per la cassazione della sentenza della Corte di appello di L'Aquila  
n. 6 in data 8 gennaio 2002 (R.G. 248/2001);

### **Fatto**

La Corte di appello di L'Aquila, affermata pregiudizialmente la giurisdizione del giudice ordinario, ha rigettato l'impugnazione principale di Romolo Zarro e quella incidentale del Ministero della pubblica istruzione (poi Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca), confermando la sentenza del Tribunale di Chieti, che, sulla domanda proposta dallo Zarro nei confronti del Ministero e di Pasquale Giancola, aveva affermato, in accoglimento della richiesta subordinata, l'obbligo dell'Amministrazione di valutare nuovamente gli avvicendamenti del personale dirigente in relazione alle sedi richieste dallo Zarro, con il rigetto della pretesa principale di attribuzione dell'incarico di Provveditore agli studi di L'Aquila (sede non indicata tra le preferenze) in luogo di Pasquale Giancola. All'esito di rigetto dell'appello principale la Corte di appello è pervenuta sul rilievo che l'attribuzione dell'incarico di Provveditore agli studi di L'Aquila a Pasquale Giancola, sebbene questi ricoprisse la posizione lavorativa da circa 13 anni, non poteva ritenersi in contrasto con norma imperativa, atteso che tale non può essere considerata la regola della rotazione degli incarichi, dettata dalla legge soltanto quale criterio di scelta in concorso con altri; che lo Zarro, sebbene nominato all'incarico con decreto in data 31 maggio 1999, non era titolare di alcuna pretesa tutelata di fronte al potere dell'amministrazione di ritirare l'atto di conferimento, pretesa che avrebbe potuto sorgere solo con la

stipulazione del contratto; il ritiro, poi, concerneva un atto di diritto privato e non soggiaceva perciò al regime giuridico degli atti amministrativi, in particolare quanto al rispetto delle disposizioni della legge n.241 del 1990.

L'appello incidentale del Ministero è stato giudicato infondato perché basato sulla circostanza che lo Zarro era stato assegnato dal Ministro come risorsa umana per la Regione Abruzzi, circostanza che non era idonea a precludere il trasferimento in altre regioni a seguito dell'assegnazione di un nuovo incarico tra quelli indicati dall'interessato. La cassazione della sentenza è domandata da Romolo Zarro con ricorso per tre motivi e, con ricorso incidentale per un unico motivo, dal Ministero che resiste con controricorso. Al ricorso incidentale resiste con controricorso il ricorrente principale. Resiste con controricorso anche Pasquale Giancola.

## Diritto

1. Preliminarmente, la Corte riunisce i ricorsi proposti contro la stessa sentenza (art. 335c.p.c.).  
2. Il primo motivo del ricorso principale denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 19, comma 1, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni e integrazioni, nonché motivazione illogica e contraddittoria.

Si sostiene l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso l'imperatività del precetto della rotazione degli incarichi dirigenziali, siccome, con l'espressione "di norma", la legge autorizza deroghe limitate e circoscritte, da giustificare debitamente e non certo con i criteri che presiedono alla scelta del personale, i quali rilevano proprio per attuare la rotazione nel pubblico interesse; interpretazione, del resto, suffragata dagli stessi contenuti del D.M. 22 ottobre 1997, nella parte in cui considerava oggetto di particolare valutazione, e perciò eccezionale, il mantenimento dell'incarico per un periodo superiore a cinque anni; sul piano dell'accertamento del fatto, poi, il conferimento dello stesso incarico allo Giancola era avvenuto in considerazione di esigenze del tutto personali da questi rappresentate dopo il conferimento dell'incarico al ricorrente, illogicamente ritenute dalla Corte di appello quali motivate ragioni organizzative e gestionali

3. Il secondo motivo di ricorso denuncia la violazione e falsa applicazione della stessa normativa e dei principi in tema di conferimento di incarichi dirigenziali, nonché motivazione illogica e contraddittoria, per avere la sentenza impugnata considerato insindacabile la scelta dell'amministrazione, sebbene si dovessero comparare interessi in conflitto ed esternare con congrua motivazione le ragioni della decisione.

4. Il terzo motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli art. 3 e 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e dei principi in tema di conferimento degli incarichi dirigenziali, nonché motivazione illogica e contraddittoria.

Si assume che il provvedimento di conferimento dell'incarico si colloca in ambito pubblicistico, concernendo il rapporto organico e non quello di servizio, e riveste perciò natura di atto amministrativo disapplicabile dal giudice ordinario; l'atto di conferimento, una volta comunicato al destinatario, aveva prodotto effetti nella sfera giuridica dello Zarro; per ritrarlo, l'amministrazione non aveva a disposizione che il potere di autotutela, il quale però presuppone l'apertura di un procedimento con obbligo di darne avviso all'interessato, lo svolgimento di adeguata istruttoria e il dovere di motivare l'atto di ritiro.

5. La Corte esaminati unitariamente i motivi del ricorso principale, a cagione dell'intima connessione logico - giuridica tra le argomentazioni, li giudica infondati. Il quadro normativo applicabile alla fattispecie risulta dalle disposizioni successivamente raccolte nel

d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in particolare dall'art. 19 del decreto nel testo anteriore alle modificazioni introdotte dall'art. 3 dalla legge 15 luglio 2002, n. 145, testo al quale da ora in poi deve intendersi riferita la citazione di articoli. E tuttavia sarà richiamato anche il testo modificato dalla legge da ultimo menzionata, che fornisce elementi utili all'interpretazione della disciplina precedente.

6. Vanno premesse alcune considerazioni di ordine generale. Nel nuovo sistema del lavoro cd. "privatizzato" (rectius, contrattuale) alle dipendenze di amministrazioni pubbliche statali, la «qualifica dirigenziale» non esprime più una posizione lavorativa inserita nell'ambito di una "carriera" e caratterizzata dallo svolgimento di determinate mansioni, bensì esclusivamente l'idoneità professionale del dipendente, che tale qualifica ha conseguito mediante il contratto di lavoro stipulato all'esito della prevista procedura concorsuale (e conseguente iscrizione prima nel ruolo unico, oggi nei diversi ruoli previsti dall'art. 23, novellato) a svolgerle concretamente (l'inapplicabilità dell'art. 2103 c.c al lavoro pubblico dirigenziale, è sancita espressamente dall'art. 19, comma 1, del decreto). Il dirigente svolge le funzioni inerenti alla qualifica solo per effetto del conferimento, a termine, di un incarico dirigenziale, conferimento che, nel testo previgente dell'art. 19, consta di un atto in forma di decreto (non espressamente menzionato solo per gli incarichi dirigenziali conferiti dal dirigente di ufficio dirigenziale generale, ma tuttavia da ritenere ugualmente richiesto, attesa la considerazione separata del contratto rispetto all'atto di conferimento) e di un contratto al quale è demandata la definizione dell'oggetto, degli obiettivi da conseguire, della durata e del trattamento economico. Nel nuovo testo dell'art. 19, invece, "tutti gli incarichi di funzione dirigenziale nelle amministrazioni statali" sono conferiti mediante "provvedimento", al quale, "accede" un contratto individuale abilitato a definire il "corrispondente trattamento economico". Dunque, da una parte, è stato chiarito che il regime giuridico è identico per tutti gli incarichi dirigenziali; per altra parte, si è stabilito che mediante provvedimento (non più con il contratto, come nella disciplina precedente) vengono individuati l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire, con riferimento alle priorità, ai piani e ai programmi definiti negli atti di indirizzo, alla durata dell'incarico, entro i termini massimi previsti dalla legge, in relazione agli obiettivi prefissati. Nella nuova disciplina il provvedimento assume perciò rilievo centrale, relegando l'accordo negoziale sul piano meramente accessivo ed ausiliario, destinato a regolare solo gli aspetti patrimoniali. Il nuovo articolo 19 reca altresì l'espressa previsione di inderogabilità della disposizione ad opera della contrattazione collettiva.

7. Fatta questa premessa, il problema logicamente prioritario, ai fini della decisione della controversia, è rappresentato dalla natura pubblica o privata dell'atto di conferimento dell'incarico, e ciò per individuare il regime giuridico applicabile onde valutare, in particolare, la fondatezza del secondo e del terzo motivo del ricorso principale. Sulla questione, le opinioni espresse sono molteplici e di segno diverso, ciascuna suffragata da argomentazioni indubbiamente consistenti. Il loro esame coinvolge anche profili inerenti alla giurisdizione, profili che, tuttavia, in presenza del giudicato interno formatosi sulla questione, non vengono in rilievo ai fini processuali della competenza del giudice, ma soltanto per gli aspetti utili alla ricostruzione del complessivo dato normativo sul piano del diritto sostanziale.

8. Nella dottrina, è sicuramente prevalente la tesi che concepisce il conferimento dell'incarico dirigenziale quale esercizio di potere amministrativo autoritativo. Si ritiene generalmente che la tesi abbia ricevuto definitiva conferma dalle disposizioni della l. 145/2002 (con il supporto delle opinioni espresse nella relazione al disegno di legge, nei lavori preparatori e dal Ministro della funzione pubblica nella circolare recante "Modalità applicative della legge sul riordino della dirigenza") e assume a fondamento il rilievo che l'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale, di qualsiasi livello, si colloca nell'ambito dell'ordinamento e

dell'organizzazione amministrativa, esulando interamente da quella del contratto e del rapporto di lavoro. così rendendo omogenea, sotto questo profilo, la posizione dei dirigenti "contrattualizzati" e dei dirigenti a regime di diritto pubblico di cui all'art. 3. Si sottolinea che la riserva, ai sensi dell'art. 2, comma 2, alle fonti pubblicistiche dei "modi di conferimento degli uffici di maggiore rilevanza", costituisce previsione in grado di coprire anche l'area dell'atto applicativo di scelta della persona ritenuta maggiormente idonea alla realizzazione degli obiettivi di interesse pubblico. Così definita la natura giuridica degli atti di conferimento (in gran parte riconducibili alla categoria degli atti cd. "di alta amministrazione"), risulterebbe indubbiamente assicurato agli interessati il massimo livello delle garanzie - e correlativamente comprese le esigenze di flessibilità dell'amministrazione - poiché la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, assicurata incondizionatamente dall'art. 113 Cost., dilata notevolmente il numero dei soggetti che possono accedervi e consente la più ampia verifica di legittimità dell'esercizio del potere, quanto al rispetto dei rigorosi oneri formali e dei requisiti sostanziali della correttezza dell'azione amministrativa. E' sufficiente, al riguardo, il richiamo dei principi enunciati dalla giurisprudenza amministrativa in tema di atti di alta amministrazione preordinati alla provvista di personale dello Stato ai massimi livelli, precisati nel senso che i parametri di legittimità ai quali deve essere ragguagliata l'azione amministrativa sono direttamente identificabili negli art. 97 e 113 Cost., oltre che nella disciplina di rango ordinario contenuta nella l. 241/1990, il che implica, da un lato, l'esigenza sostanziale che i soggetti prescelti siano effettivamente di qualificazione professionale adeguata al grado, alla complessità e alla delicatezza delle funzioni inerenti all'ufficio e, dall'altro, l'esigenza formale che dagli atti del procedimento emergano i criteri seguiti dall'amministrazione ai fini della scelta, sì da consentire la puntuale verifica in sede giurisdizionale, anche nel caso degli impiegati statali dei massimi livelli burocratici, nominati su proposta del competente Ministro segretario di Stato mediante delibera del Consiglio dei Ministri, in quanto la "fiducia" sottesa alla nomina è basata non su dati generici, ma sulla ricerca di dati obiettivi. La tesi della natura provvedimentale, a parte le considerazioni che saranno svolte in seguito, deve però confrontarsi con l'espressa attribuzione alla competenza del giudice ordinario delle "controversie concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi ai dirigenti e la responsabilità disciplinare" (art. 63, comma 1), senza alcuna distinzione tra controversie concernenti l'atto e liti aventi a oggetto il contratto e il rapporto. Sul tema della giurisdizione, peraltro, si registra una netta divaricazione tra le opinioni di coloro che pure concordano sulla natura provvedimentale del conferimento dell'incarico dirigenziale.

8. Ad avviso di alcuni, la natura autoritativa da riconoscere al conferimento degli incarichi dirigenziali deve necessariamente portare a concludere che il legislatore ha introdotto nell'ordinamento un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario. L'espressa devoluzione delle controversie al giudice ordinario non può significare altro se non che a questo giudice è stata demandata la tutela anche degli interessi legittimi dei dirigenti. Gli interessi legittimi, caratterizzati dalla natura peculiare di situazione di vantaggio che si contrappone ad altra situazione attiva - il potere amministrativo - riceverebbero nel processo ordinario una tutela certo differenziata (non potrebbe operare, tra l'altro, il termine di decadenza per l'impugnazione), ma equivalente nella sostanza a quella conseguibile nel processo amministrativo: in particolare, anche il giudice ordinario potrebbe demolire l'assetto di interessi determinato dalla p.a. (poiché gli è stato certamente conferito il potere di annullamento), dettando con la decisione i criteri per il nuovo esercizio del potere (cd. effetto conformativo della sentenza di annullamento).

9. L'ipotesi di attribuzione di giurisdizione esclusiva al giudice ordinario viene però persuasivamente confutata, in primo luogo, sulla base della formulazione dell'art. 63, comma 1, nella parte in cui richiama espressamente non il potere di annullamento ma solo quello di disapplicare nel processo ordinario gli atti amministrativi "presupposti", mentre il provvedimento di conferimento, non potendosi considerare presupposto, costituirebbe oggetto di cognizione principale; e ancora, specifica

i poteri del giudice ordinario (tra i quali si potrebbe anche ritenere compreso quello di annullamento di atti amministrativi) con riferimento ai "diritti tutelati" e non certo agli interessi legittimi. Il sistema di tutela giurisdizionale in sede di giurisdizione ordinaria appare pertanto congegnato in guisa tale che soltanto i diritti soggettivi vi hanno accesso, ancorché il fondamento di merito della pretesa dipenda da un provvedimento amministrativo, disapplicabile se illegittimo, non quelle situazioni che possono assumere la consistenza del diritto solo negando l'efficacia tipica di un atto di esercizio del potere amministrativo.

In ogni caso, se la legge dovesse realmente interpretarsi nel senso della devoluzione al giudice ordinario delle controversie sull'esercizio del potere amministrativo per la tutela di interessi legittimi, sarebbe inevitabile il sospetto di legittimità costituzionale in relazione alla portata precettiva dell'art. 103, c. 1°, Cost., giudicato sì infondato dalla Corte Costituzionale, ma, come si dirà, all'esito di un'interpretazione che riconduce ai diritti soggettivi le situazioni del dirigente "contrattualizzato". Come alternativa, ritenuta conforme alle disposizioni degli art. 19 e 63 e alle norme costituzionali, si propone di affermare la giurisdizione amministrativa generale di legittimità sulle questioni inerenti al potere di conferimento, in quanto si collocano completamente fuori dell'area del rapporto di lavoro, del contratto e dei diritti soggettivi in genere, alla quale soltanto può essere riferita nel suo complesso la devoluzione al giudice ordinario delle controversie di lavoro pubblico. La stessa norma, si sottolinea, è esplicita nel contemplare la possibilità che il lavoratore pubblico agisca nei confronti del datore di lavoro non in tale veste, ma in quella di cittadino interessato all'esercizio legittimo del potere (costituendo il rapporto di lavoro una mera "situazione legittimante"), sancendo espressamente che l'eventuale giudizio ordinario in corso sul rapporto e sui diritti non deve essere sospeso a causa della pendenza del giudizio amministrativo di impugnazione dell'atto amministrativo presupposto.

La soluzione, inoltre, non sarebbe in contrasto con la lettera della legge, poiché la devoluzione delle controversie al giudice ordinario dovrebbe intendersi limitata a quelle, pur sempre inerenti alla vicenda del conferimento e della revoca degli incarichi ed alla responsabilità disciplinare, ma instaurate dal dirigente titolare di diritti soggettivi, non di interessi legittimi. In sostanza, conformemente a principi già da tempo elaborati in tema di riparto delle giurisdizioni, apparterrebbero alla giurisdizione amministrativa le controversie aventi ad oggetto il provvedimento come tale, e quindi il corretto esercizio del potere di conferimento; al giudice ordinario le controversie sul contratto accessivo (da considerare tale anche prima della riforma del 2002) e tutte le altre afferenti ai diritti soggettivi, comprese, secondo i più, quelle sulla responsabilità dirigenziale, configurata dalle norme come responsabilità da inadempimento degli obblighi gravanti sul dirigente.

10. Anche questa tesi è suscettibile di molte obiezioni, tra le quali, quella di maggiore consistenza consiste nel rilevare che ne risulterebbero frustrati gli obiettivi perseguiti dal legislatore con la "contrattualizzazione" tra i quali, non certo secondario, quello di sopprimere gli interventi del giudice amministrativo in tema di rapporti di lavoro contrattuali. Malgrado gli sforzi compiuti, inoltre, non sembra riuscito il tentativo di leggere in modo riduttivo l'attribuzione delle controversie alla giurisdizione ordinaria senza alcuna riserva o limitazione; del resto una simile lettura è stata sostanzialmente respinta dalla giurisprudenza costituzionale. La sentenza 275/2001 (e l'ordinanza 525/2002, recante una motivazione pressoché identica) ha giudicato infondata la questione di legittimità della norma che devolve le controversie sugli incarichi al giudice ordinario, prospettata sotto il profilo dell'eccesso di delega, in quanto sarebbe stata creata un'ipotesi di giurisdizione esclusiva ordinaria, estesa, cioè, in via principale e non incidenter tantum, al controllo del corretto esercizio del potere amministrativo e alla tutela di situazioni di interesse legittimo.

La Corte costituzionale (in linea, del resto, con i suoi precedenti: ord. 140 e 165 del 2001), ha premesso che il legislatore ha voluto con la "privatizzazione", sia pure tenendo conto della specialità dei rapporti di lavoro e delle esigenze di perseguimento degli interessi generali, che le posizioni soggettive dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, compresi i dirigenti di qualsiasi livello, fossero riportate, quanto alla tutela giudiziaria, nell'ampia categoria dei diritti di cui all'art. 2907 c.c.; che il principio della

disapplicazione e i relativi limiti ai poteri del giudice ordinario, nei confronti di un atto amministrativo, desunti dal giudice a quo dall'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, sul contenzioso amministrativo, non costituiscono una regola di valore costituzionale, che il legislatore ordinario sarebbe tenuto ad osservare in ogni caso, restando invece rimesso alle sue scelte discrezionale - suscettibili di modificazioni in relazione a una valutazione delle esigenze della giustizia e a un diverso assetto dei rapporti sostanziali - il conferimento a un giudice, sia ordinario sia amministrativo, del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della pubblica amministrazione o di incidere sui rapporti sottostanti, secondo le diverse tipologie di intervento giurisdizionale previste (argomentando dall'art. 113, comma terzo, Cost.); che deve negarsi che l'esistenza di un atto amministrativo presupposto, nelle controversie relative ai rapporti di impiego dei dipendenti di pubbliche amministrazioni, possa costituire limitazione alla competenza del giudice ordinario, quale giudice del lavoro, potendo questi conoscerlo in via incidentale ai fini della disapplicazione, anche quando, nei casi previsti, questo atto presupposto rientri nella residua sfera assegnata alla giurisdizione amministrativa, dovendosi, altresì, escludere che possa sorgere una pregiudizialità amministrativa; che, in ogni caso, qualsiasi problema sulla natura dell'atto di conferimento o di revoca degli incarichi dirigenziali non incide sull'attribuzione della giurisdizione effettuata dal legislatore.

11. Invero, l'esame dei riferiti orientamenti del giudice delle leggi potrebbe indurre alla conclusione che deve sì escludersi la configurazione di interessi legittimi e di poteri amministrativi nell'ambito del rapporto di lavoro pubblico contrattuale, ma gli atti organizzativi e di gestione assumerebbero pur sempre natura di atti amministrativi, non idonei, tuttavia, a degradare a interessi legittimi i diritti attribuiti dal contratto di lavoro. In altri termini, la devoluzione delle controversie al giudice ordinario troverebbe ragione nell'assegnazione delle situazioni soggettive all'area dei diritti, a tutela dei quali al giudice è attribuito il potere di annullare gli atti lesivi (restando escluso l'affievolimento), secondo una prospettiva analoga a quella che si riscontra in altre fattispecie di attribuzione delle controversie al giudice ordinario (es. diniego di ammissione al servizio sostitutivo civile ai sensi dell'art. 5 l. 230/1998; espulsione dello straniero ai sensi dell'art. 13, comma 8, d.lgs 286/1998, come modificato dalla l. 189/2002; autorizzazione al trattamento di dati personali ai sensi dell'art. 152 d.lgs. 196/2003) In queste ipotesi, il giudice ordinario (peraltro, adito in linea di massima secondo il modello processuale formalmente impugnatorio di atti), accertando l'esistenza del diritto, può annullare l'atto per vizi formali o sostanziali, adottando tutte le misure necessarie per l'eliminazione del pregiudizio arrecato dall'atto al titolare del diritto. Una simile lettura peraltro non è stata affatto indicata come l'unica possibile dalla Corte costituzionale e va, comunque, per molteplici ragioni, ritenuta non conforme ai dati di diritto positivo. La Corte costituzionale, infatti, nei limiti segnati dalla prospettazione della questione sotto il profilo dell'eccesso di delega, ha rifiutato il presupposto interpretativo dei giudici remittenti, secondo i quali sarebbe stata attribuita al giudice ordinario la tutela di interessi legittimi, ma senza prendere posizione in ordine alla ricostruzione in positivo del fenomeno giuridico. Nella motivazione non si dice che nella materia degli incarichi intervengono necessariamente atti amministrativi; si dice soltanto che, se così dovesse ritenersi, non per questo la scelta del giudice ordinario ai fini della tutela sarebbe illegittima, essendo pur sempre chiamato a conoscere di diritti soggettivi. Senza perciò porsi in rotta di collisione con i presupposti interpretativi assunti dalla Corte costituzionale a fondamento delle decisioni di infondatezza, si può osservare come l'ipotesi degli atti amministrativi, i quali, pur imponendo divieti e obblighi (generalmente in applicazione di norme e fuori perciò dall'area della discrezionalità amministrativa in senso proprio), ledono (non affievoliscono) diritti che il giudice ordinario tutela eliminando l'atto, risulta del tutto incompatibile con la fattispecie del conferimento degli incarichi. In questa, infatti, non viene certo in evidenza, e comunque non assume rilievo preminente, la prospettiva per così dire "difensiva" contro atti lesivi, trattandosi di tutelare adeguatamente il dirigente nei confronti delle scelte organizzative dell'amministrazione, caratterizzate da amplissima discrezionalità e nei cui confronti la situazione giuridica del dirigente è prevalentemente di segno "pretensivo", cui non gioverebbe la mera demolizione di atti.

E allora, esclusa la configurabilità di poteri e interessi legittimi, soltanto la prospettiva del potere privato e dei diritti (o, come si dice, degli interessi legittimi di diritto privato: vedi Cass., sez. un., 14625/2003) consente di tutelare la pretesa del dirigente a che l'amministrazione tenga comportamenti positivi in adempimento di obblighi formali e sostanziali, eventualmente specificati dalle clausole generali di correttezza e buona fede. La riconduzione del potere di conferimento degli incarichi nella categoria dei poteri di privati, con tutto l'apparato di controllo che la giurisprudenza del lavoro ha elaborato da tempo risalente, sembra costituire il giusto punto di equilibrio tra le esigenze di flessibilità (perseguite con la "privatizzazione") e quelle di garanzia del personale dirigenziale, con risultati conformi ai precetti costituzionali. La Corte costituzionale, infatti, ribadendo che la "privatizzazione" comporta la protezione degli interessi dei dirigenti con la consistenza del diritto soggettivo, ha più volte sottolineato come sia indispensabile che il regime di diritto privato assicuri comunque tutela adeguata del dirigenti onde garantirne l'imparzialità (C. cost. n. 313 del 1996, 11 del 2002, 193 del 2002).

12. Le insufficienze e le contraddizioni, di sistema e rispetto alle scelte del diritto positivo, riscontrate nelle tesi che propugnano la natura amministrativa degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali, inducono a ritenere, soprattutto sulla base delle considerazioni da ultimo svolte, la natura privata degli atti in questione. Il risultato è conforme all'orientamento univocamente espresso dalla sezioni unite della Corte, con riferimento al testo dell'art. 19 vigente prima delle modifiche del 2002, nelle decisioni rese in tema di riparto delle giurisdizioni, secondo il quale l'affermazione legislativa dell'appartenenza delle controversie in tema di incarichi dirigenziali alla giurisdizione ordinaria si radica sull'esserne oggetto i diritti discendenti dal contratto e dal rapporto di lavoro. Si osserva che, da una parte, non si versa nell'ambito delle controversie inerenti a procedure concorsuali di assunzione, in quanto non si discute di operazioni selettive e di graduatoria, venendo in considerazione soggetti già assunti alle dipendenze dell'amministrazione; dall'altra, che la materia del conferimento degli incarichi risulta sottratta al dominio degli atti amministrativi perché non compresa entro la soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici e concernente, invece, il piano del funzionamento degli apparati e, quindi, l'area della capacità di diritto privato. Il conferimento, infatti, è atto che presuppone il disegno organizzativo degli uffici ed appartiene al settore della gestione dei rapporti di lavoro (cfr. ex plurimis, Cass. s.u., 7859, 9650, 9771/2001; 2954/2002; 1128, 7623, 10288/2003).

Questo orientamento non può considerarsi contraddetto dalla pronuncia resa dalle stesse sezioni unite (abbandonando il precedente indirizzo), secondo la quale la scelta legislativa di conservare al dominio dei procedimenti e degli atti amministrativi e, di conseguenza, alla cognizione del giudice amministrativo, le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione (art. 63, comma 4), deve intendersi comprensiva delle controversie in materia di procedure concorsuali cd. interne per l'accesso ad aree o fasce funzionali superiori (Cass., sez. un., 15403/2003). Infatti, il conferimento degli incarichi dirigenziali non concreta procedura concorsuale (i cui elementi essenziali sono: il bando, la valutazione tecnica e l'approvazione di una graduatoria) e i destinatari sono persone fisiche non solo già in servizio ma anche in possesso della relativa qualifica professionale, cosicché resta esclusa in radice la fattispecie della progressione verticale di carriera.

13. La conferma decisiva della natura privata degli atti di conferimento è ravvisabile comunque nel fatto che neppure la riforma attuata con la l. 145/2002 li ha assegnati all'area dei provvedimenti amministrativi (un accenno in tal senso è contenuto già nella citata Cass., sez. un., 1128/2003), sebbene abbia certamente perseguito l'obiettivo di rafforzare i poteri organizzativi dell'amministrazione, dichiarando inderogabile la struttura unilaterale dell'atto da parte della contrattazione collettiva e rendendone preminente il ruolo rispetto al contratto. A questa conclusione inducono molteplici ragioni. Indubbiamente, l'argomento di maggior forza è che il legislatore non ha ritenuto di modificare il testo

dell'art. 63, sebbene necessariamente consapevole del dibattito in corso sul tema della giurisdizione. Va aggiunto che l'art. 19 (nuovo testo) adopera la locuzione "provvedimento", intendendo sicuramente riferirsi all'esercizio di un potere, ma significativamente, nel contesto del vivace dibattito in corso, non aggiunge il predicato "amministrativo", costantemente presente, invece, nelle norme che disciplinano gli atti di esercizio del potere pubblico (l. 241/1990, in particolare, art. 3, e, nell'ambito dello stesso d.lgs. 165/2001, art. 16, lett. d, in relazione alla lett. c, art. 17, lett. b). La disposizione, inoltre, si inserisce in un testo normativo, al quale non si è ritenuto di apportare modifiche, nel quale è enunciato il principio di riserva al dominio del diritto pubblico solo degli atti menzionati dall'art. 2, comma 1, mentre tutti quelli che attengono ai profili organizzativi e gestionali di rapporti di lavoro già costituiti (ed è il caso degli incarichi dirigenziali) sono assunti con la capacità e i poteri del datore di lavoro (art. 5, comma secondo, norma che si riferisce a tutti gli organi competenti ad assumere determinazioni sull'organizzazione degli uffici e la gestione, che possono anche essere gli organi di governo nei casi espressamente contemplati dal decreto, secondo il disposto dell'art. 4, comma 1., lett. g). Quanto alla necessaria struttura unilaterale dell'atto di conferimento, risulta perfettamente compatibile con la natura privata del potere, avendo la legge inteso soltanto rafforzare la posizione di preminenza del datore di lavoro pubblico sul piano dell'organizzazione. Infine, ulteriori elementi interpretativi possono desumersi proprio dal disposto del comma 12-bis dell'art. 19 aggiunto dalla l. 145/2002: "Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme non derogabili dai contratti o accordi collettivi". Infatti, la riforma è stata attuata modificando le disposizioni del d.lgs. 165/2001, cioè lo "statuto" del rapporto di lavoro dei dipendenti contrattualizzati, disposizioni che sono tutte, in linea generale, non derogabili ai sensi dell'art. 2, comma 2 (senza bisogno di clausole esplicite di inderogabilità, che infatti non ci sono), e fatte salve anche rispetto alla legislazione del rapporto di lavoro privato, cosicché soltanto l'effetto di escludere la validità di interventi negoziali comportanti la rinuncia al potere e alla configurazione unilaterale dell'atto di esercizio vale a conferire una reale portata normativa alla previsione espressa di inderogabilità ad opera della contrattazione collettiva. Se cos'è, deve considerarsi presupposta la natura privatistica del potere e la sua inerenza ai rapporti di lavoro; altrimenti la disposizione non avrebbe senso, poiché i poteri amministrativi non sono negoziabili, se non mediante gli accordi di cui all'art. 11 l. 241/1990, ed esulano dalle materie definite dall'art. 40.

14. Pervenuti alla conclusione che l'intera materia degli incarichi dirigenziali è retta dal diritto privato e che l'atto di conferimento è espressione del potere di organizzazione che, nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, è conferito all'amministrazione dal diritto comune a ogni altro datore di lavoro (art. 5, comma 2), non tutti i problemi circa il regime giuridico dell'atto possono considerarsi risolti. Secondo un'opinione, autorevolmente condivisa dal Consiglio di Stato in sede di formulazione dei pareri sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica proposti da lavoratori pubblici "contrattualizzati" (opinione assunta a fondamento dell'ammissibilità stessa del rimedio giustiziale), non sarebbe conforme agli attuali assetti ordinamentali la netta contrapposizione dell'attività di diritto privato a quella di diritto pubblico, dal momento che l'amministrazione (al pari di altri, numerosi, soggetti privati) persegue finalità di interesse pubblico in settori sempre più estesi mediante attività di diritto privato; la nuova prospettiva, sostanziale e non formale, condurrebbe, quindi, a estendere il regime proprio dell'atto amministrativo a tutti gli atti che, provenienti da una pubblica amministrazione (o soggetto equiparato), siano direttamente e immediatamente finalizzati alla cura di un interesse pubblico specifico. La tesi è stata già disattesa dalla giurisprudenza della Corte (Cass. 7704/2003, con riguardo all'inapplicabilità delle disposizioni della l. 241/1990 agli atti emanati dall'amministrazione in veste di datore di lavoro), e va ulteriormente confutata con il rilievo che, contraddittoriamente rispetto alle premesse, finisce per privilegiare proprio il dato formale della natura del soggetto. Al contrario, le tendenze attuali dell'ordinamento privilegiano la sostanza a scapito della forma, consentendo di qualificare come atti (oggettivamente) amministrativi, in ragione di tratti intrinseci, anche quelli



provenienti da soggetti privati; e, all'opposto, di attrarre nell'orbita del diritto privato atti delle pubbliche amministrazioni (degnò di nota è il fatto che il d.l. 1281, approvato dal Senato, intende introdurre, tra l'altro, con l'inserimento del comma 1-bis. nel corpo dell'art. 1 l. 241/1990, il principio: "Salvo che la legge disponga diversamente, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo il diritto privato"). E' dunque la natura dell'atto, non quella del soggetto che ne è autore, a determinarne il regime giuridico.

15. Si sostiene ancora che, anche escludendo che l'atto privato sia assoggettato alle regole formali dell'atto amministrativo, non si potrebbe negare, sul terreno delle regole sostanziali, che i principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità riguardano ugualmente l'attività provvedimentale e quella da cui derivano rapporti giuridici di diritto privato, perché l'attività dell'amministrazione è sempre volta al perseguimento dell'interesse generale ed è ad esso strettamente vincolata. Con riguardo agli atti di organizzazione e di gestione dei rapporti di lavoro, il supporto normativo viene individuato nel disposto del comma 1 dell'art. 5. che recita: "Le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione organizzativa al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'articolo 2, comma 1 e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa". Sarebbe stata così scolpita, a livello di diritto positivo, la funzionalizzazione dell'attività organizzativa di natura privata, con il giudice ordinario chiamato a verificare l'eventuale contrasto dell'atto con le regole imperative desunte dall'art. 97 Cost ed esplicitate dalla norma in esame. Ma efficacemente si è replicato che gli obiettivi complessivi della riforma resterebbero sostanzialmente vanificati, ove il suo esito dovesse consistere nell'occupazione, da parte del giudice ordinario, degli spazi sottratti al giudice amministrativo, mediante il controllo di tutti gli atti organizzativi che l'amministrazione pone in essere con la capacità del datore di lavoro privato secondo i moduli di verifica della legittimità degli atti amministrativi, perpetuando così la separatezza tra l'area del lavoro pubblico e quello del lavoro privato. Se, dunque, non può dubitarsi della scelta del diritto privato, operata dal comma 2 dello stesso articolo, deve operare il principio fondamentale secondo cui l'atto privato è tale proprio perché non può essere funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico senza contraddirne l'intima essenza di espressione dell'autonomia dell'autore, non avendo il legislatore derogato specificamente a tale principio. L'apparente contraddizione tra primo e secondo comma dell'art. 5, è tuttavia agevolmente risolvibile ove si consideri che, se gli atti sono ascritti al diritto privato, non possono che essere assoggettati ai principi fondamentali dell'autonomia privata e, in primo luogo, alla regola della normale irrilevanza dei motivi; e proprio in tal senso si esprime il comma 3 dello stesso art. 5, laddove prevede che gli organismi di controllo interno verificano periodicamente la rispondenza delle determinazioni organizzative ai principi di cui all'art. 2, comma 1, anche al fine dell'adozione di misure correttive e di sanzioni nei confronti dei responsabili della gestione. Il controllo, quindi, è disciplinato come esclusivamente interno all'organizzazione del soggetto agente; la funzionalizzazione è rilevante soltanto a questi fini, senza influenzare la disciplina dell'atto.

16. L'esito finale del complesso discorso è il giudizio di infondatezza della tesi del ricorrente secondo cui l'atto di conferimento dell'incarico di Provveditore agli studi di L'Aquila non avrebbe potuto essere ritirato senza l'osservanza del procedimento prescritto dalla l. 241/1990, senza ottemperare all'obbligo di motivazione, senza la sussistenza di valide ragioni di pubblico interesse. Sono però necessarie ulteriori precisazioni, siccome la verifica di tutti gli aspetti della questione rende indispensabile l'indagine circa la possibilità di ritirare liberamente la decisione, assunta nell'ambito del diritto privato, di conferire l'incarico al ricorrente. L'esito negativo per il ricorrente anche di questa indagine discende dalla qualificazione dell'atto di conferimento quale atto puramente interno di organizzazione, così come sarebbe per qualsiasi altro datore di lavoro, improduttivo di vincoli negoziali fino alla stipulazione del contratto, il cui contenuto per legge deve essere conforme all'atto stesso, ma senza compromettere il disegno legislativo di assumere il consenso del dipendente a elemento

necessario di completamento della fattispecie, complessa e a formazione successiva, attributiva dell'incarico. Sarebbe stata, al contrario, proprio la prospettiva del provvedimento amministrativo, a rendere incoerente l'impianto normativo, dovendosi considerare allora il rapporto organico già costituito e privo di sostanziali effetti il contratto con soggetto già dipendente dell'amministrazione e obbligato ad espletare le funzioni unilateralmente assegnategli. L'atto di conferimento, che la legge non prevede debba essere comunicato al designato per acquistare efficacia, non è neppure proposta contrattuale, esulando dai suoi contenuti la determinazione del trattamento economico; certo, a differenza di quanto avviene per i comuni datori di lavoro, la scelta organizzativa deve essere consacrata in atto formale, ma ciò si spiega agevolmente in base alle considerazioni già svolte in ordine ai contenuti precettivi dell'art. 5, comma terzo, e alla necessità di consentire l'esecuzione dei controlli ivi previsti. In conclusione, l'amministrazione che, melius re perpensa, lo modifica o ritira, esercita lo stesso potere organizzativo e non il potere amministrativo di autotutela, inconcepibile nei confronti di atti di diritto privato.

Peraltro - e vi è un giusto accenno in tal senso nella motivazione della sentenza impugnata, nel dare atto che nessuna pretesa risarcitoria era stata proposta dallo Zarro - l'emanazione dell'atto di conferimento, quale elemento di una fattispecie a formazione progressiva, produce pur sempre il legittimo affidamento del nominato al completamento della fattispecie, così che, secondo i principi generali, alla delusione dell'aspettativa che non trovi una valida giustificazione è accordato il rimedio risarcitorio, ove il comportamento dell'amministrazione sia stato fonte di danno.

17. La ricostruzione del fenomeno giuridico così operata implica che il dirigente designato dall'atto di conferimento, nel caso di successiva modifica o ritiro, versa, rispetto all'aspirazione all'incarico e fatta salva l'aspettativa tutelata eventualmente con il rimedio risarcitorio, nella stessa situazione in cui si troverebbe se la designazione fosse mancata ab initio, ed è con riferimento a questa situazione che deve valutarsi se l'amministrazione si è resa responsabile della violazione dei diritti (nell'accezione ampia dell'art. 2907 c.c.) del dirigente in relazione ai limiti imposti alle scelte organizzative dalle norme, dagli atti amministrativi circa i modi di conferimento degli uffici e dai contratti collettivi. Nella fattispecie, il diritto azionato non poteva certamente fondarsi sulla mera illegittimità dell'atto di conferimento dell'incarico ad altro dipendente - tema di indagine che, pertanto, risulta del tutto ininfluenza - stante il principio secondo il quale l'ingiustificato, in ipotesi, trattamento di favore riservato a un dipendente non è titolo attributivo di pretese tutelate per altri (Cass., sez. un., 4570/1996, che ha confermato il precedente costituito da Cass., sez. un. 6031/ 1993). Né lo Zarro ha prospettato altra causa petendi, considerato anche l'accertamento di merito che l'incarico in questione non era compreso tra quelli richiesti dal ricorrente principale, il che gli preclude la contestazione della determinazione negativa adottata dall'amministrazione nei suoi confronti. Il ricorso principale va, dunque, rigettato in base al seguente principio di diritto: «In tema di incarichi dirigenziali nelle amministrazioni statali, secondo la disciplina contenuta nell'art. 19, d.lgs. 165/2001 - sia con riguardo al testo originario, sia a quello modificato dall'art. 3 l. 145/2002 - l'atto di conferimento, a necessaria struttura unilaterale e non recettizio, ha natura di determinazione assunta dall'amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, a norma dell'art. 5, comma 2, dell'indicato decreto, la cui formale adozione rileva esclusivamente sul piano dell'organizzazione e ai fini dei controlli interni di cui al comma 3 dello stesso articolo 5. Ne consegue che, pur essendo idoneo a ingenerare nel designato l'aspettativa al perfezionamento della fattispecie attributiva dell'incarico, tutelata con il rimedio risarcitorio per l'eventuale lesione dannosa di legittimo affidamento, rispetto all'incarico al quale aspira, non gli attribuisce, prima della stipulazione del contratto, diritti ulteriori e diversi da quelli dei quali non fosse già titolare di fronte al potere organizzativo retto dal diritto privato, cosicché l'atto di conferimento può essere liberamente modificato o ritirato nell'esercizio dello stesso potere e non di autotutela decisoria amministrativa (senza perciò incontrare i limiti procedurali e sostanziale di questa), essendo ammesso l'interessato a contestare, non, in sé, il potere di modifica o ritiro, ma solo la legittimità della scelta operata nei suoi confronti, ovvero a

dedurre la lesione dell'aspettativa quale fonte di danno».

18. Il ricorso incidentale dell'amministrazione censura la statuizione di conferma della decisione di primo grado, nella parte in cui, in accoglimento della domanda subordinata di Romolo Zarro, aveva ordinato all'Amministrazione di valutare le preferenze espresse ai fini del conferimento di un nuovo incarico.

Si deduce che la direttiva del Ministro, di assegnazione agli uffici della Regione Abruzzo, precludeva di valutare le preferenze espresse per incarichi fuori Regione; che le norme sopravvenute, avendo modificato radicalmente l'organizzazione degli uffici periferici del Ministero, non consentivano di dare esecuzione al comando giudiziale.

19. Il ricorso incidentale è in parte infondato e in parte inammissibile. E' infondato nella parte cui denuncia nella sostanza un errore di diritto. Ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. c) d.lgs. 165/2001, il Ministro assegna le risorse, comprese quelle umane, ripartendole tra gli uffici di livello dirigenziale generale, mentre sono i preposti a questi uffici ad avere il potere di conferire incarichi dirigenziali, senza altre limitazioni. Pertanto, la preclusione al conferimento di incarichi fuori regione non rappresenta un effetto collegato dalla legge all'atto ministeriale.

E' inammissibile nella parte in cui prospetta questioni nuove nel giudizio di legittimità, oltre tutto al solo fine di denunciare problemi di eseguibilità concreta del comando giudiziale nel mutato contesto organizzativo.

20. In conclusione, vanno rigettati sia il ricorso principale sia il ricorso incidentale. La natura e la novità delle questioni trattate rendono evidente la sussistenza di giusti motivi per compensare interamente le spese del giudizio di cassazione tra tutte le parti.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi; rigetta il ricorso principale e il ricorso incidentale; compensa interamente tra tutte le parti le spese del giudizio di cassazione. Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 9 dicembre 2003.