

L'interpello per il conferimento dell'incarico: procedura pubblicistica a connotazione negoziale?

di Marco Maria Carlo Coviello

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Caratteristiche pubblicistiche del conferimento dell'incarico. - 3. L'eterogeneità dell'esercizio dei poteri nell'ambito delle strutture ministeriali. - 4. La natura del procedimento di conferimento dell'incarico. - 5. Conclusioni.

1. Premessa

La procedura per il conferimento degli incarichi di funzione dirigenziale non generale è disciplinata dall'articolo 19, comma 1 *bis*, del d.lgs. 165/2001.

Secondo la disposizione, *“l'amministrazione rende conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta; acquisisce le disponibilità dei dirigenti interessati e le valuta”*.

La competenza per il conferimento dell'incarico rientra nelle prerogative del dirigente titolare della direzione generale in cui sono disponibili i posti di funzione.

Al provvedimento di conferimento, che definisce i termini dell'incarico e gli obiettivi e disciplina nel concreto il relativo esercizio accede l'atto contrattuale con cui è definito il corrispondente trattamento economico.

2. Caratteristiche pubblicistiche del conferimento dell'incarico

Il conferimento dell'incarico presenta caratteri spiccatamente pubblicistici¹, in quanto la norma prevede una posizione privilegiata del datore di lavoro, tenuto ad esercitare la propria “discrezionalità gestionale” nell'ambito di limiti non del tutto stringenti.

¹Sull'obbligatorietà del rispetto dell'articolo 19, comma 1, del d.lgs. 165/2001 v. da ultimo Corte dei Conti, Sez. Centrale Controllo, n. 3 del 2013, secondo cui “il conferimento degli incarichi dirigenziali deve avvenire con una procedura di natura concorsuale previa pubblicità dei posti vacanti e predeterminazione dei criteri di valutazione. Si tratta di un sistema che assicura la contemporanea soddisfazione delle esigenze di trasparenza, non discriminazione e buona amministrazione, all'interno del quale i diritti e le aspirazioni del dipendente convivono con le esigenze dell'amministrazione. Sull'includibilità delle regole di pubblicità e di concorsualità nel conferimento degli incarichi dirigenziali quali limiti alla discrezionalità dell'amministrazione nella selezione dei posti vacanti da assegnare, a garanzia e bilanciamento delle aspettative degli interessati con i principi suddetti, si è già espressa questa Sezione Centrale Controllo sugli atti di governo con deliberazione n. - 9 -SSCELG\21\2010\PREV del 21.10.2010, con motivazioni dalle quali il Collegio non intende discostarsi”.

Almeno *prima facie* può, comunque, notarsi che l'unilateralità del conferimento rispetto alla definizione, per esempio, della durata dell'incarico riduce, senza tuttavia annullarla del tutto, la possibilità che tale elemento possa essere nei fatti oggetto di negoziazione tra le parti.

Il presupposto per cui il potere di conferimento dell'incarico implica la facoltà di scelta della durata contrattuale comporta per la procedura, di natura pubblicistica, di assegnazione dell'incarico un profilo di unilateralità ampiamente accentuato. Più in generale, è la stessa articolazione complessiva della procedura che ne evidenzia la finalità pubblicistica².

Del resto, la stessa disposizione di chiusura del già citato articolo 19 (comma 12 *bis*), dove si dispone che le disposizioni in esso contenute costituiscono norme non derogabili dai contratti o accordi collettivi, sembra in qualche modo avvalorare tale ricostruzione.

Tuttavia, va tenuto presente l'impianto complessivo del d.lgs. 165/2001 fa riferimento ad un rapporto di lavoro pubblico regolato, in linea di principio, dalle disposizioni del codice civile³.

L'esercizio della capacità e dei poteri del datore di lavoro privato, di cui all'art. 5, comma 2, di detto decreto, non può allora non trovare applicazione anche in sede di conferimento degli incarichi. Del resto, è stato notato come la recente riforma del 2009⁴ non pregiudichi la scelta di ricondurre nel solco del diritto comune la disciplina del lavoro pubblico, lasciando immutata la previsione in base alla quale i rapporti individuali di lavoro vengono "regolati contrattualmente" (art. 2, comma 3, d.lgs. 165/2001)".

Pertanto, deve considerarsi sussistente una sorta di contrappeso rispetto all'esercizio dei poteri datoriali, rappresentato dal legittimo affidamento⁵ del prestatore di lavoro e dalla necessaria e diligente collaborazione nello svolgimento delle reciproche prestazioni da parte dei due soggetti del rapporto⁶. Diligenza e buona fede⁷ devono fondare il comportamento di entrambi i titolari della

² Corte Conti, dec. cit., e Corte Conti, Sez Centrale di controllo sugli atti di Governo, n. 3 del 2012

³ Gli stessi atti di conferimento, secondo la Cassazione, non sono ascrivibili alla categoria degli atti pubblicistici, bensì a quella degli atti unilaterali di natura privatistica: cfr., per tutte, Cass., 14 marzo 2008, n. 9814

⁴ Secondo L. Fiorillo, *Il primato della legge e il ruolo subalterno della contrattazione collettiva*, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2012, p. 31, "Non viene disconosciuta la centralità del contratto — individuale e collettivo — nella definizione degli assetti regolativi del rapporto di lavoro. L'ingerenza della fonte unilaterale nella disciplina della materia si traduce, piuttosto, nell'erosione degli spazi d'azione riservati alle fonti negoziali e, soprattutto, in una sua immistione nella gestione degli spazi che alle fonti medesime vengono lasciati".

⁵ In Cass. 20 marzo 2004, n. 5669, si afferma che l'atto di conferimento dell'incarico (rientrante nell'ambito degli atti adottati con la capacità del privato datore di lavoro) è idoneo a ingenerare nel designato l'aspettativa al perfezionamento della fattispecie attributiva dell'incarico, tutelata con il rimedio risarcitorio per l'eventuale lesione dannosa del legittimo affidamento rispetto all'incarico a cui aspira, ma non gli attribuisce prima della stipulazione del contratto diritti ulteriori e diversi da quelli dei quali fosse già titolare di fronte al potere organizzativo retto dal diritto privato: da ciò si fa derivare la possibilità per l'amministrazione di modificare o ritirare l'incarico prima della definitiva assegnazione, potendo il destinatario contestare non in sé il potere di modifica o ritiro, ma solo la legittimità della scelta operata nei suoi confronti, ovvero dedurre la lesione dell'aspettativa quale fonte di danno.

In dottrina, v. A. Boscati, S. Mainardi, V. Talamo, *Unità 1- Dirigenza Area 1*, in "La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni" (a cura di F. Carinci e S. Mainardi), Giuffrè, Milano, 2005: sul problema del diritto all'incarico del dirigente, oltre a citare l'ordinanza 30 gennaio 2002, n. 11, della Corte Costituzionale, secondo cui il concetto di stabilità non si può intendere come implicante necessariamente anche stabilità dell'incarico ma come stabilità del rapporto, gli autori rilevano che appare difficilmente giustificabile dal punto di vista dei principi costituzionali di buon andamento ed economicità la permanenza nell'amministrazione di dirigenti retribuiti, ma concretamente inerti in quanto privi di incarico.

⁶ P. Fusco, *Principi in materia di conferimento di incarichi dirigenziali :il giusto procedimento*, in "La nuova riforma del lavoro pubblico" (a cura di M. Tiraboschi e F. Verbaro), Giuffrè, Milano, 2010.

⁷ Cfr. D. Bolognino, *Prime riflessioni sulla formulazione della delega ex l. 190/2012 in tema di incarichi dirigenziali ed obblighi di comunicazione*, in "Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Commento

relazione contrattuale, ma anche dei meccanismi preliminari che conducono alla definizione dello stesso.

Tutto ciò comporta che il ricorso all'interpello⁸ da parte dell'amministrazione presuppone la sussistenza di elementi previsti dalla disciplina pubblicistica attraverso, però, un esercizio delle prerogative datoriali che tenga necessariamente conto dei doveri e delle garanzie fissate nella disciplina codicistica⁹.

In termini generali, il meccanismo di conferimento degli incarichi in sede applicativa deve tener conto del quadro di riferimento della riforma del rapporto di lavoro pubblico operata dal d.lgs. 150/2009.

In questo senso, la c.d. "riforma Brunetta" si è concretizzata in un decreto legislativo che, come è stato rilevato¹⁰, da un lato "non accoglie l'invito della legge delega a riqualificare in termini pubblicistici la potestà datoriale", giacché rimane immutata la formula secondo la quale gli organi preposti alla gestione agiscono *'con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro'*, e dall'altro "accentua il tasso di 'specialità' di un modello che, pur presentando caratteri peculiari e differenziati, rimane all'interno del diritto generale del lavoro, in quanto tuttora legato al principio generale che apre l'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, secondo il quale *'I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa'*".

Per tali motivi l'amministrazione in sede d'interpello sembrerebbe avere, per esempio, l'onere di segnalare la presenza di situazioni di incompatibilità che impediscano la riconferma dell'incarico alla scadenza dello stesso, anche attraverso il riferimento ad una preventiva programmazione delle rotazioni che integri con l'esercizio dei poteri e la capacità del privato datore di lavoro la specifica disposizione contenuta nello stesso articolo 19, comma 1 *ter*, del d.lgs. 165/2001¹¹.

Così pure, a corredo di un piano triennale della performance la previsione, anche solo ricognitiva, di un piano di rotazione degli incarichi potrebbe rispondere sia alle esigenze del datore di lavoro pubblico sia alle legittime aspettative dei dirigenti. La stessa specificità del piano della performance è subordinata alla capacità di tale strumento di programmazione di tener conto anche delle dinamiche funzionali e organizzative dell'apparato pubblico, a partire dal conferimento degli incarichi. Un piano della performance che abbia come presupposto una falsata dimensione fattuale delle necessità o opportunità di rotazione è intrinsecamente destinato ad essere inefficace o, quanto

alla legge 190/2012 e decreti attuativi", Eurilink, Roma, 2013, secondo la quale ci troviamo a proposito del conferimento di incarichi "di fronte non ad un'attività amministrativa in cui la P.A. esercita un potere discrezionale, ma nell'ambito di una scelta di natura privatistica". V. anche D. Bolognino, *Garanzia e tutela del dirigente pubblico attraverso il rispetto dei criteri di conferimento dell'incarico: nota a sentenza della Corte di cassazione, 14 aprile 2008, n.9814*, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2008, e G. Nicosia, *La Cassazione blindata la privatizzazione del rapporto di lavoro dirigenziale*, in "Giornale di diritto amministrativo", 2004.

⁸ A Boscati, *Il conferimento di incarichi dirigenziali ed il nuovo sistema d'accesso alla dirigenza*, in "Giurisprudenza italiana", 2010.

⁹ S. Glinianskj, *Riforma Brunetta: il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali tra la fiduciarietà del rapporto e il rispetto di un giusto procedimento negoziale*, in www.lisug.it/sites/lisug/IMG/pdf/ssss.pdf

¹⁰ G. D'Alessio, *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato* in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2012.

¹¹ In altri termini, l'avvenuta abrogazione, ad opera dell'art. 9, comma 32, del d.l. 78/2010, convertito in legge 122/2010, del congruo avviso da parte dell'amministrazione dell'intenzione di non rinnovare l'incarico non esime la stessa organizzazione dalla definizione del piano della performance. Tale documento, allora, non può non dar conto della funzione che deve essere esercitata dal dirigente, giacché il datore di lavoro ha comunque l'onere di assolvere agli obblighi di correttezza e diligenza che permettano al lavoratore di assolvere la propria obbligazione.

meno, a costituire un'indebita giustificazione in caso di non raggiungimento degli obiettivi: infatti, che funzione può avere un piano della performance su base triennale qualora sussistano incarichi dirigenziali in scadenza a uno o due anni dall'approvazione dello stesso? In altri termini, un piano per la rotazione degli incarichi renderebbe il conferimento degli stessi più trasparente, permettendo sia all'amministrazione che ai dirigenti la soddisfacente gestione della procedura con tempi certi e attraverso un'adeguata programmazione¹².

Identicamente l'amministrazione sembrerebbe aver l'obbligo di individuare e comunicare preventivamente i criteri con cui effettuerà la scelta dei dirigenti ai quali conferire gli incarichi. La stessa predeterminazione dei criteri datoriali alla base del conferimento degli incarichi non sembra esaudire compiutamente il dettato normativo che prevede la previa pubblicazione dei canoni attraverso cui effettuare la specifica e singola scelta. Mentre i criteri datoriali, peraltro non predeterminati analiticamente in modo uniforme dalle amministrazioni, attengono alle linee generali di indirizzo del singolo dicastero, gli elementi di scelta per il conferimento dell'incarico attengono al modo in cui la macro organizzazione si cala nel singolo contesto operativo. Per questo motivo la procedura di interpello dovrebbe dar conto degli elementi di intersezione tra l'applicazione dei criteri macro e le specifiche esigenze sottese al singolo incarico esplicitando ciò che, dato il contesto, determinerà la scelta in concreto.

Inoltre, i criteri datoriali non possono identificarsi solamente nell'individuazione dell'incompatibilità o dei limiti temporali allo svolgimento dell'incarico presso quell'ufficio o direzione, ma devono poter individuare in positivo gli elementi attraverso cui effettuare una vera e propria rotazione dei dirigenti all'interno della struttura ministeriale. Per esempio, la preventiva individuazione di funzioni omogenee presenti costantemente presso tutte le direzioni (centri di responsabilità amministrativa) potrebbe permettere la programmazione di una rotazione tra tali funzioni che senza una dispersione di competenze consenta una fluida, equa circolazione della dirigenza e una maggiore condivisione, diffusione e omogeneizzazione del patrimonio di competenze dell'apparato organizzativo. In tal modo, il piano di rotazione degli incarichi costituirebbe una sorta di completamento funzionale del piano della performance in grado di contemperare, attraverso l'esercizio dei poteri del privato datore di lavoro, l'esigenza della dirigenza ad una rotazione che non sia penalizzante con la necessità della pubblica amministrazione di un necessario ricambio nello svolgimento di determinate funzioni, che eviti il cristallizzarsi di situazioni che non aiutano la propensione al cambiamento e possono, altresì, favorire fenomeni di corruzione.

Del resto, la preventiva identificazione del diverso peso da dare per lo svolgimento di un determinato incarico all'esperienza maturata nella stessa funzione ovvero a diverse e particolari competenze acquisite nel corso degli anni garantisce che la scelta risponda ai criteri di imparzialità e buon andamento, ma consente anche di tutelare il legittimo affidamento di tutti i partecipanti alla procedura d'interpello.

¹² Le eventuali segnalazioni di problematiche relative alla rotazione degli incarichi dovrebbero essere rese pubbliche prima del ricorso all'interpello, avendo un ambito soggettivo che prescinde dal caso singolo. Qualora la segnalazione avvenisse solo dopo l'inizio della procedura non soltanto il diritto del dirigente alla conservazione dell'incarico, ma anche la semplice possibilità di concorrere per un differente incarico verrebbe pregiudicata. La mancata preventiva comunicazione potrebbe giustificare una richiesta risarcitoria ovvero, in alternativa, essere qualificata come causa di consumazione del potere della P.A., che perderebbe la "facoltà"/dovere di esercitare la rotazione dei dirigenti negli incarichi. L'esercizio del potere datoriale in questi termini impedirebbe, di fatto, l'assolvimento della prestazione da parte del dirigente.

In tal modo, la procedura per l'attribuzione dell'incarico si colora di una dimensione privatistica che, per quanto ridimensionata dalle recenti interpolazioni del d.lgs. 165/2001, sembra comunque permanere in virtù dei principi generali ai quali lo stesso decreto è ispirato.

Anche la durata dell'incarico dovrebbe costituire un'informazione preventivamente pubblicizzata in sede d'interpello. In tal modo, la stessa disponibilità ad assumere un incarico triennale o quinquennale potrebbe diventare elemento di valutazione o, comunque, fattore diretto ad attribuire trasparenza alla scelta da compiersi. In questo senso appare indubbio, per esempio, che l'eventuale manifestazione di interesse all'assunzione dell'incarico possa essere accompagnata da una vera e propria richiesta in termini di durata contrattuale dello stesso.

Tali elementi, più che travolgere o ridimensionare la dimensione pubblicistica delle prerogative dell'amministrazione, sembrano integrarne i riferimenti con i principi civilistici comunque presenti nel testo unico, con l'unico fine di rendere la scelta il più efficiente e trasparente possibile senza conculcare oltre misura le prerogative e i diritti della dirigenza.

3. L'eterogeneità dell'esercizio dei poteri nell'ambito delle strutture ministeriali.

La funzione integrativa che l'esercizio dei poteri del datore di lavoro pubblico svolge nei confronti del conferimento degli incarichi è, poi, esemplificata dall'eterogeneità delle prassi che le diverse organizzazioni ministeriali adottano in sede d'assegnazione degli incarichi.

Va considerato, a tale riguardo, che la previsione normativa si integra con le disposizioni organizzative delle singole amministrazioni e con le autonome modalità che l'ampio riferimento all'esercizio dei poteri e delle capacità del privato datore di lavoro permette. Il richiamo alla dimensione civilistica consente di prefigurare un'influenza negoziale sulla procedura amministrativa più ampia di quanto ci si potrebbe aspettare.

Può rilevarsi in prima approssimazione che le procedure di conferimento seguite in vari dicasteri (si fa riferimento, in via esemplificativa, al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, al Ministero dello Sviluppo Economico e al Ministero della Difesa) si distinguono non solo in virtù delle diverse disposizioni secondarie, ma anche in relazione al diverso modo di esercitare i poteri datoriali.

Una rassegna analitica della procedura d'interpello evidenzia alcune diversità concernenti il riferimento all'utilizzo dei siti *web*, alle modalità di proposizione delle domande e agli stessi destinatari delle stesse, anche se, evidentemente, non mancano tratti comuni: le tre procedure d'interpello analizzate sono tutte prive dell'esplicita indicazione dei criteri in base ai quali effettuare la scelta; manca, inoltre, qualsiasi riferimento ad un eventuale piano di rotazione, né si esplicita la durata dell'eventuale incarico conferito.

In un'ottica preminentemente datoriale l'interpello del Ministero dello Sviluppo Economico prevede che l'istanza per il conferimento dell'incarico debba essere trasmessa non solo all'ufficio di destinazione e, quindi, debba essere data notizia anche al dirigente generale del centro di responsabilità amministrativa in cui il dirigente presta servizio e al capo dipartimento.

Nell'ambito del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, invece, la procedura di conferimento dell'incarico coinvolge, oltre che la direzione generale in cui il posto di funzione è vacante, anche il segretariato generale e la direzione generale del personale. Nell'ambito della fissazione dei criteri datoriali di conferimento degli incarichi è previsto che il conferimento dell'incarico di funzione dirigenziale non generale avvenga sentito il segretario generale. Inoltre, per quanto riguarda i dirigenti già titolari di incarichi dirigenziali che intendono comunicare la propria disponibilità a ricoprire il posto di funzione vacante viene precisato che l'amministrazione

al riguardo terrà conto dell'esigenza di funzionalità e continuità amministrativa dell'ufficio in cui i dirigenti risultano incardinati, anche in riferimento agli obiettivi da conseguire ai fini della risoluzione consensuale dell'incarico in essere.

In una direzione ancora più marcatamente distante dalla rotazione degli incarichi si può citare il decreto del Ministro della Difesa del 12 Aprile 2011, in cui si dispone che nell'ambito dei criteri di conferimento è possibile procedere, in relazione ai posti disponibili, ad una rotazione degli incarichi in funzione della più efficace ed efficiente utilizzazione delle risorse, nonché dello sviluppo della professionalità dei dirigenti. Tale disposizione sembra, pertanto, rendere solo eventuale la rotazione degli incarichi, mentre ad esempio i criteri datoriali del Ministero del Lavoro prefigurano per determinate funzioni un limite temporale per l'esercizio delle stesse, dopo il quale si rende necessaria la rotazione degli incarichi.

La legittimità della procedura d'interpello, pertanto, si misura sulla corrispondenza al dato normativo, così come interpretato dalla recente giurisprudenza della Corte dei Conti¹³, ma anche sulla compatibilità dei comportamenti gestionali delle amministrazioni con i principi contrattuali.

4. La natura del procedimento di conferimento dell'incarico

La qualificazione del procedimento di conferimento dell'incarico si presta a ricostruzioni ambivalenti e contrastanti.

Il profilo pubblicistico dell'assegnazione dell'incarico è più volte sottolineato dalla Corte dei Conti e da quella dottrina che assegna a tale procedimento una valenza concorsuale. Le garanzie di tutela del buon andamento e dell'imparzialità fonderebbero una procedura concorsuale che deve essere trasparente e finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico e all'efficienza, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa.

La facoltà di scelta dell'amministrazione rientrerebbe nell'ambito della discrezionalità assegnata in sede di conferimento dei poteri alla P.A. dalla legge.

Il controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti sarebbe, quindi, un ulteriore elemento diretto a rafforzare i caratteri provvedimentali dell'atto di conferimento.

Dall'altra parte, si è già dato conto di una interpretazione della procedura che ne accentua i caratteri privatistici, valorizzando i criteri della discrezionalità gestionale¹⁴, in riferimento ai poteri del privato datore di lavoro¹⁵; ciò, in linea con l'orientamento della Cassazione, secondo cui gli atti di conferimento dell'incarico sarebbero atti gestionali¹⁶.

Del resto, non a caso si è parlato di un'accentuazione della specialità di un modello che rimane unitario. Tale ultima ricostruzione sembra trovare conferma in alcuni precedenti giurisprudenziali¹⁷ e in posizioni dottrinali che propongono una interpretazione intesa a conciliare i profili pubblicistici e quelli privatistici.

¹³ Cfr. Corte Conti, Sez. Centrale Controllo, n. 3 del 2013, secondo cui "la motivazione dei provvedimenti di conferimento degli incarichi, fondata su criteri obiettivi e predeterminati, deve essere specifica e puntuale, per rendere chiare e comprensibili le ragioni della scelta effettuata dall'amministrazione e la preferenza accordata ad uno degli aspiranti al posto in relazione agli altri contendenti".

¹⁴ D. Bolognino, *Prime riflessioni sulla formulazione della delega ex l. 190/2012 in tema di incarichi dirigenziali ed obblighi di comunicazione*, cit.

¹⁵ A. Boscati, op. cit.

¹⁶ Cass., 14 aprile 2008, n. 9814.

¹⁷ In Cass., Sez. lav., 8951/2007 si segnala che "il bando indica il contratto di lavoro che l'amministrazione intende concludere (in modo conforme alla delibera di indizione), nonché il tipo e le modalità della procedura, partecipando agli

La dimensione duale dell'atto conferimento dell'incarico, ricostruita in dottrina e giurisprudenza, potrebbe ritrovare unitarietà nell'ambivalente funzione del provvedimento concorsuale. Così come è stato rilevato, "il principio per cui all'organizzazione si provvede con poteri privatistici costituisce punto centrale della riforma individuando nel principio della relatività delle qualificazioni giuridiche il criterio attraverso il quale risolvere eventuali e apparenti discrasie del sistema. In tal modo l'atto organizzativo avrebbe natura di atto amministrativo per tutti i terzi, ivi compreso il lavoratore che agisse nella qualità di cittadino interessato, ma resterebbe pur sempre atto privatistico nei confronti del lavoratore in quanto parte del rapporto di lavoro"¹⁸.

Tale ricostruzione sistematica non metterebbe in discussione i consolidati criteri di riparto di giurisdizione, la cui applicazione rimarrebbe in qualche modo intatta, però ricondurrebbe ad unità il sistema, riconoscendo la naturale valenza negoziale della procedura per l'affidamento degli incarichi.

Il doppio ambito permetterebbe quindi alla dirigenza di poter esplicitare un'interlocuzione negoziale già all'atto della manifestazione di interesse al conferimento, supplendo ovvero integrando attraverso tale esercizio le lacune procedimentali lasciate dalla norma.

Tale interlocuzione "contrattuale" garantirebbe, oltre un effettiva trasparenza, anche una maggiore efficacia della procedura di scelta.

5. Conclusioni

Il procedimento concorsuale di conferimento dell'incarico sembra avere una doppia connotazione, al tempo stesso pubblicistica e privatistica. La conciliazione di tali aspetti comporta per l'amministrazione un attenta programmazione e una maggiore attenzione nell'espletamento delle procedure e nell'esercizio dei poteri attinenti al datore di lavoro.

La sopravvenuta necessità di rendere conciliabili le procedure con le previsioni della legge 190/2012, così come attuate dal d.lgs. 33/2013, testimonia però l'accresciuta molteplicità delle variabili che vincolano l'esercizio dei poteri datoriali in tema di rotazione degli incarichi.

In prospettiva, il rischio è che la rotazione, così come il carattere concorsuale del conferimento degli incarichi, si trasformi in una sorta di mero adempimento, lasciando l'amministrazione rigida e immutabile a detrimento di un efficiente impiego e utilizzazione delle risorse umane.

Tutto ciò a seguito di un procedimento spiccatamente pubblicistico, che comunque fa del datore di lavoro pubblico il *dominus* della gestione degli incarichi con una serie di contrappesi che allo stato sembrano rimessi più che altro alla informale forza negoziale della dirigenza e alla consapevolezza e dignità personale del singolo dirigente.

A questo proposito, si può notare che l'eventuale ulteriore irrigidimento dell'amministrazione attraverso una falsa o formalistica applicazione della rotazione degli incarichi potrebbe comparativamente rivalutare l'efficacia di un meccanismo di avvicendamento della dirigenza basato sulle disposizioni sul punto contenute nei precedenti contratti collettivi: tali disposizioni

interessati l'intento di addivenire alle assunzioni. Pertanto, al bando va riconosciuta una natura giuridica duplice: di provvedimento amministrativo nella parte cui concreta un atto del procedimento di evidenza pubblica del quale regola il successivo svolgimento; ma anche di atto negoziale negli aspetti sostanziali, in quanto concreta proposta al pubblico, condizionata negli effetti all'espletamento del procedimento concorsuale e all'approvazione della graduatoria".

¹⁸ P. Picone, *La prestazione di lavoro per conto delle organizzazioni pubbliche*, pubblicazione di servizio del Ministero di Grazia e Giustizia- Direzione generale dell'organizzazione giudiziaria, Roma, 1998.

consentivano al dirigente di chiedere la destinazione ad una nuova e diversa funzione alla scadenza di un precedente incarico almeno biennale salvo consentire, in caso di mancato accoglimento della richiesta, l'automatica concessione dell'assenso alla mobilità esterna.

In altri termini, l'unilaterale gestione della rotazione degli incarichi sembra in prospettiva prefigurare un assetto molto meno flessibile ed efficiente di quanto si possa realizzare attraverso l'utilizzo dello strumento negoziale opportunamente impiegato e incentivato dall'amministrazione nell'ambito di un piano di rotazione.