

Giurisdizione del giudice ordinario in materia di conferimento di incarichi ex art. 110 co. 1, D.lgs. n. 267/2000: il TAR Sicilia conferma l'orientamento ormai consolidato in materia di “selezioni” pubbliche del personale dirigenziale*

di M. R. Calamita - 10 Giugno 2024

1. L'attribuzione di incarichi dirigenziali a tempo determinato ex art. 110 TUEL

Con la sentenza n. 981 del 13 marzo 2024, il TAR Sicilia di Palermo (Sezione Quarta) si sofferma sulla questione relativa alla giurisdizione in tema di selezioni pubbliche per il conferimento di incarichi dirigenziali a tempo pieno e determinato ex art. 110, comma 1, D. Lgs. n. 267/2000.

Un dipendente comunale aveva provveduto ad impugnare l'atto di indizione della procedura di selezione, nonché tutti i relativi atti prodromici, compreso il piano dei fabbisogni triennale dell'Ente.

Per quanto qui rileva, il giudice amministrativo non entra nel merito della questione, soffermandosi – in rito – sulla pregiudiziale relativa alla competenza per materia, dovendo declinare la propria giurisdizione a favore del giudice ordinario.

In primis, urge sottolineare come la materia in commento sia presidiata dal TUEL, in quanto l'attribuzione di incarichi di natura direttiva per gli Enti territoriali trova la propria disciplina all'art. 110, in virtù del quale lo statuto dell'ente può prevedere che la copertura dei posti di responsabili dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, avvenga mediante contratto a tempo determinato.

Per i posti di qualifica dirigenziale, il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi definisce la quota degli stessi attribuibile mediante contratti a tempo determinato, comunque in misura non superiore al 30% dei posti istituiti nella dotazione organica della medesima qualifica.

L'attribuzione dell'incarico avviene previa selezione pubblica volta ad accertare, in capo ai soggetti interessati, il possesso di comprovata esperienza pluriennale e specifica professionalità nelle materie oggetto dell'incarico. Peraltro, la norma prevede la possibilità di conferire – anche al di fuori della dotazione organica – contratti a tempo determinato per i dirigenti e le alte specializzazioni, fermi restando i requisiti richiesti per la qualifica da ricoprire.

Tali contratti sono stipulati in misura complessivamente non superiore al 5% del totale della dotazione organica della dirigenza e dell'area direttiva e comunque per almeno una unità.

I contratti così conclusi non possono avere durata superiore al mandato elettivo del sindaco o del presidente della provincia in carica.

Per il periodo di durata degli incarichi i dipendenti delle pubbliche amministrazioni sono collocati in aspettativa senza assegni, con riconoscimento dell'anzianità di servizio.

2. La giurisdizione in materia di conferimento di incarichi ex art. 110 TUEL

Al fine di comprendere a quale giudice competa decidere sulla controversia avente ad oggetto la selezione per il conferimento di incarichi di natura direttiva a tempo determinato, ai sensi dell'art. 110 TUEL, è necessario soffermarsi sulla natura della procedura di selezione.

In tema di concorsi pubblici, infatti, è ormai nota l'individuazione dello spartiacque tra giurisdizione amministrativa e ordinaria all'atto della sottoscrizione del contratto di lavoro da parte del neoassunto. Infatti, fintanto che la procedura è retta dalle regole che presidiano l'utilizzo del pubblico potere, le eventuali controversie insorgenti dal suo esercizio non potranno che essere sottoposte al vaglio del giudice amministrativo.

Nel momento in cui, invece, la P.A. si "spoglia" delle vesti dell'autoritatività e indossa quelle del datore di lavoro, il rapporto intercorrente tra i due risulterà essere di pari livello, giacché la materia è affidata alle norme di diritto lavoro, a presidio del quale è posta l'attività valutativa del giudice ordinario in funzione del giudice del lavoro.

Tornando, dunque, al caso che ci interessa, bisogna domandarsi se la procedura pubblica di selezione del personale direttivo, così come definita all'art. 110 TUEL, sia caratterizzata dagli elementi tipici della procedura concorsuale.

Se così fosse, la relativa giurisdizione sarebbe attribuita al giudice amministrativo. Diversamente, invece, la cognizione delle relative controversie dovrebbe attribuirsi al giudice del lavoro.

Secondo ormai granitica giurisprudenza, la procedura *de qua*, per quanto rivestita di forme atte a garantire pubblicità, massima partecipazione e selezione effettiva dei candidati, non ha le caratteristiche del concorso pubblico, connotandosi, piuttosto, per il carattere fiduciario della scelta, seppure motivata, da parte del Sindaco, nell'ambito di un elenco di soggetti ritenuti idonei sulla base dei requisiti di professionalità indicati nell'avviso.

È proprio il carattere fiduciario dell'attribuzione a non consentire di riservare la cognizione delle relative controversie, ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001, alla cognizione del giudice amministrativo (in questo senso cfr., *ex multis*, Cass. Civ., Sez. Un., ordinanza n. 21600 del 4 settembre 2018; Consiglio di Stato, V, 24 maggio 2021, n. 3993; id. 4 aprile 2017, n. 1549; id. 3 maggio 2019, n. 2867; Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 16 marzo 2020, n. 171; id. 20 dicembre 2021, n. 218).

Più nello specifico, è stato osservato come l'art. 63 citato avrebbe espressamente attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario anche le controversie in tema di conferimento e revoca

di incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni, dovendosi considerare tali atti come mere determinazioni negoziali e non più atti di alta amministrazione, venendo in tal caso in considerazione come atti di gestione del rapporto di lavoro rispetto ai quali l'amministrazione stessa opera con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (cfr. C.G.A.R.S. n. 171 del 16 marzo 2020; Cass. Civ., Sez. S.U. 20 ottobre 2017, n. 24877).

3. Differenza tra concorso pubblico e selezione pubblica

Per tale via è possibile affermare come il *discrimen* tra l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo o al giudice ordinario debba individuarsi nella differenza tra le procedure di assunzione tramite concorso pubblico e quelle, invece, che afferiscono alla selezione pubblica, come quella di cui qui si discute.

Le differenze tra le due tipologie è stata ampiamente chiarita dal Consiglio di Stato proprio con riferimento alla procedura selettiva prevista dall'art.110 TUEL, affermando come il caso menzionato non consista in una selezione comparativa di candidati svolta sulla base dei titoli o prove finalizzate a saggiarne il grado di preparazione e capacità, da valutare (gli uni e le altre) attraverso criteri predeterminati, tramite una valutazione poi espressa con graduatoria finale recante i giudizi attribuiti a tutti i concorrenti ammessi, essendo piuttosto finalizzata ad accertare tra coloro che hanno presentato domanda quale sia il profilo professionale maggiormente rispondente alle esigenze di copertura dall'esterno dell'incarico dirigenziale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2867; id., 4 aprile 2017, n. 1549; id., 29 maggio 2017, n. 2526).

La procedura oggetto del contendere, di fatto, presenta le caratteristiche appena enunciate, di talché indirizzata unicamente a individuare la parte contraente legittimata alla stipulazione del contratto individuale di lavoro subordinato a tempo determinato, senza dare luogo alla formazione di alcuna graduatoria di merito comparativa, con la precisazione che «il Sindaco può riservarsi di non ricoprire alcun incarico», previa raccolta delle istanze di coloro che fossero in possesso, oltre che dei requisiti generali per l'ammissione ai pubblici uffici, anche di quelli per l'accesso alla dirigenza di cui alla scheda allegata all'avviso, fissati nel Regolamento degli Uffici e dei Servizi, parte II del comune interessato.

Più in generale, va osservato come, in materia di pubblico impiego privatizzato, viga la competenza giurisdizionale del giudice ordinario, salvo le materie specificamente ad esso sottratte dal testo unico sul pubblico impiego.

E tra queste materie vi è appunto quella del concorso pubblico, con le sue peculiari caratteristiche sopra descritte, in assenza delle quali si deve applicare la regola generale della giurisdizione ordinaria.

In tale contesto possono anche richiamarsi i principi espressi in materia dalle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia originata dall'impugnazione di atti di una procedura selettiva finalizzata al conferimento di incarichi dirigenziali a carattere non concorsuale, laddove per concorso si intende la procedura di valutazione comparativa sulla base dei criteri e delle prove fissate in un bando da parte di una commissione esaminatrice, con poteri decisori, e destinata alla formazione di una graduatoria finale di merito dei candidati.

Al di fuori di questo schema, l'individuazione del soggetto cui conferire l'incarico, invece, costituisce l'esito di una valutazione di carattere discrezionale, che rimette all'amministrazione la scelta, del tutto fiduciaria, del candidato da collocare in posizione di vertice, ancorché ciò avvenga mediante un giudizio comparativo tra *curricula* diversi (cfr. Cass. Civ., Sez. S.U. giugno 2016, n. 11711, 30 settembre 2014, n. 20571).

È allora di palmare evidenza come, ove la selezione si manifesti nelle forme tipiche del concorso, verranno in rilievo posizioni di interesse legittimo contrapposte alle superiori scelte di interesse pubblico dell'amministrazione, espresse attraverso forme procedimentalizzate ed una motivazione finale ritraibile dai criteri di valutazione dei titoli e delle prove e dalla relativa graduatoria.

Quando invece la selezione, pur aperta, non si esprima in queste forme tipiche, la stessa mantiene i connotati della scelta fiduciaria, attinente al potere privatistico dell'amministrazione pubblica in materia di personale dipendente.

Per i motivi su esposti, il TAR Sicilia, ai sensi dell'art. 11 c.p.a., ha provveduto a declinare la propria giurisdizione in favore del giudice ordinario, concludendo dunque la vicenda con una pronuncia di inammissibilità del ricorso.

Per completezza si vuole osservare come, invece, attengano alla cognizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie nelle quali, pur chiedendosi la rimozione del provvedimento di conferimento di un incarico dirigenziale (e del relativo contratto di lavoro), previa disapplicazione degli atti presupposti, la contestazione operata dal ricorrente investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo che si assume non essere conforme a legge, perché non lo sono a loro volta gli atti di macro-organizzazione mediante i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi: così Cass. Civ. S.U. 27 febbraio 2017, n. 4881.

Quest'ultima pronuncia ha anche precisato che la giurisdizione ordinaria non può nemmeno essere configurata sulla base del potere di disapplicazione spettante a quest'ultima in materia di pubblico impiego, ex art. 63, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001, poiché questo potere «*presuppone che sia dedotto in causa un diritto soggettivo su cui incida un provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo, mentre nel caso in esame si deduce una situazione giuridica suscettibile di assumere la consistenza di diritto soggettivo soltanto all'esito della rimozione del provvedimento di macro organizzazione*»).

Nel caso *de quo* non viene in rilievo alcun atto di macro-organizzazione ai sensi dell'art. 2 del testo unico di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, in quanto si contesta la scelta specifica con cui l'ente territoriale ha inteso ricoprire un posto di dirigente all'interno della propria organizzazione mediante lo strumento previsto dall'art. 110 d.lgs. n. 267 del 2000.

Maria Rosaria Calamita, avvocato, dottore di ricerca in Scienze Giuridiche, funzionario del Consiglio di Stato

**Il presente contributo rispecchia le idee del suo Autore e non impegna in alcun modo l'Amministrazione di appartenenza.*

Visualizza il documento: [Tar Sicilia, sez. IV°, 13 marzo 2024, n. 981](#)