

CAPITOLO PRIMO

La privatizzazione del pubblico impiego.

Il nuovo sistema delle fonti del diritto del lavoro pubblico

PREMESSA

Qualunque tentativo di ricostruzione della disciplina della dirigenza in Italia deve necessariamente partire da due tematiche che stanno tra loro come cerchi concentrici, ossia la privatizzazione del pubblico impiego e la separazione (*rectius*, distinzione funzionale) tra politica ed amministrazione.

La direttrice della prima tematica è certamente ravvisabile nell'art. 97 Cost.: *“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”* (c. 1); *“Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”* (c. 3), ma non va trascurato nemmeno l'art. 98 c. 1 Cost., laddove si legge che *“I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione”*.

Da sempre, la materia dell'organizzazione degli uffici è materia di diritto pubblico: del resto, il potere amministrativo, che si esercita attraverso l'attività amministrativa, e che si serve dell'organizzazione quale struttura, è funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico.

Ma “organizzazione” nelle pubbliche amministrazioni è termine ambivalente, e non comprende solo gli uffici, ma anche la gestione delle risorse, *in primis* della risorsa umana, tutte le volte in cui si parla di organizzazione del lavoro.

Orbene, a fronte di paesi, come la Germania, che hanno da sempre identificato organizzazione degli uffici, organizzazione del lavoro e rapporto di impiego nella pubbliche amministrazioni, facendone discendere, per l'unità dello scopo, l'identico regime giuridico pubblicistico, in Italia si è registrata un'evoluzione di stampo giuslavorista, che ha cercato di staccare le questioni attinenti alla titolarità degli uffici pubblici (rapporto d'ufficio) da quelle afferenti il rapporto di lavoro nelle amministrazioni (che, non a caso, da “pubblico impiego” oggi viene più correttamente chiamato “lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”).

Le tappe di questo cammino sono così sintetizzabili, per grandi linee¹:

- una prima fase, dall'Unità d'Italia al fine dell'Ottocento, in cui il lavoro nelle pubbliche amministrazioni venne qualificato come “*locatio operarum*” e sottoposto alle regole del diritto comune, ad eccezione di alcune particolarità afferenti le procedure di reclutamento, il regime pensionistico e la statuizione delle dotazioni organiche;
- una seconda fase, tra la fine dell'Ottocento e il primo decennio del Novecento, in cui, per garantire la giustizia e l'imparzialità dell'azione amministrativa, si attribuirono al Consiglio di Stato le funzioni di giudice speciale dell'attività delle PP.AA. e, con l'adozione dello Statuto del rapporto di lavoro dei dipendenti statali (Legge Giolitti – Orlando n. 290 del 1908) si verificò la definitiva attrazione nell'alveo del diritto amministrativo di un

¹ Sul punto, C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI – M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2000, 94 ss.; IDEM, *L'organizzazione delle P.A. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in Lav. nelle p.a., 2011, 3-4, 391 ss.

rapporto di lavoro del resto non gestito con atti di diritto comune, ma tramite provvedimenti amministrativi;

- siffatto sistema rimase pressoché inalterato almeno fino agli anni Ottanta, quando la materia della contrattazione collettiva con l'intervento dei sindacati, penetrata già sporadicamente e disorganicamente in alcuni settori del pubblico impiego², riuscì ad espandersi in maniera uniforme su tutto il pubblico impiego attraverso la legge – quadro sul pubblico impiego 29 marzo 1983 n. 93³.

La portata innovativa della legge - quadro è ravvisabile nel recepimento di alcuni principi di carattere privatistico (quali quello della contrattazione collettiva nella regolazione del rapporto di lavoro), e nell'introduzione del principio di produttività tra i doveri del pubblico impiegato.

Né bisogna credere, tuttavia, che si sia trattato di un'autentica rivoluzione copernicana, quanto piuttosto di un'incrinatura in una visione che nella sostanza rimase pubblicistica: ed infatti, a termini degli artt. 6 e seguenti della legge, gli accordi – che, con denominazione tutta amministrativista, continuavano a chiamarsi tali e non contratti collettivi – venivano letti come moduli negoziali ma endoprocedimentali, cioè comunque destinati a sfociare in regolamenti governativi che ne

² Dapprima nel settore ospedaliero (L. n. 132/1968 e D.P.R. n. 13071969), poi nelle amministrazioni statali (LL. nn. 775/1970 e 38271975) e parastatali (L. n. 70/1975), poi negli enti locali (D.L. n. 946/1977, conv. in L. n.43/1978) e nell'intero S.S.N. (L. n. 833/1978)

³ Cfr. **F. CARINCI**, *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa*, in *Lav. nelle p.a.*, 2004, 02, 239, il quale definisce la legge quadro come "la talpa" destinata a scavare per tutti gli anni Ottanta fino a portare alla delega del 1992, e il cui merito è da ritrovarsi nell'avere, seppure in maniera "schizofrenica", cominciato a smontare la lettura pan-pubblicistica distinguendo ambiti di regolamentazione lasciati alla legge o all'atto amministrativo, ed ambiti afferenti l'organizzazione del rapporto di lavoro destinati agli accordi sindacali.

recepissero il contenuto⁴. Altresì, anche l'ambito del rapporto individuale di lavoro continuava a svolgersi secondo provvedimenti amministrativi, dalla costituzione (atto di nomina) all'estinzione (accettazione delle dimissioni, ovvero dimissioni d'ufficio).

L'impostazione pan-pubblicistica perdurante ancora per tutti gli anni Ottanta trovava conforto in una lettura del 1° comma dell'art. 97 Cost. - *"I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizione di legge..."* - tale da giustificare non già una semplice riserva di legge, ma una riserva di fonte pubblicistica in materia di organizzazione degli uffici (il che precludeva la privatizzazione anche solo di parte della disciplina).

Questo convincimento derivava anche dalla percezione che il modo in cui i diversi compiti sono distribuiti all'interno della P.A. spiega effetti enormi sulle sue modalità di azione: da qui, l'esigenza di garantirne la predeterminazione e il rispetto per il tramite di una disciplina con fonti normative.

Attraverso la individuazione con legge (o fonte secondaria) dei diversi ruoli operativi all'interno di un apparato, l'amministrazione individuava i modi con i quali esercitare il potere attribuitole dall'ordinamento; e ciò anche sotto il profilo soggettivo e, cioè, anche in relazione all'ufficio che materialmente doveva porre in essere l'attività.

In pratica, attraverso la qualità potestativa dell'azione pubblica si spiegava l'esigenza di prefigurare a priori il percorso lungo il quale si

⁴ cfr. **A. ORSI BATTAGLINI**, *Accordi sindacali e legge quadro sul pubblico impiego: dalle esperienze di settore alla riforma*, Milano, 1984

snoda il potere, per garantire un controllo sulla sua dimensione e sulle modalità del suo esercizio⁵.

Questo ragionamento era ed è perfettamente condivisibile per quanto riguarda quelle scelte in punto di organizzazione degli uffici che sono immediatamente suscettibili di incidere sul modo in cui la P.A. impiegherà il suo potere autoritativo (ciò che accade quando una determinata competenza debba essere esercitata da un organo collegiale anziché monocratico); ma vi sono altri profili di gestione del rapporto di lavoro che non hanno alcun riflesso sull'esercizio dei poteri dell'amministrazione.

Che senso aveva, dunque, ricondurre anche questi profili – cosiddetti di micro-organizzazione – alla disciplina normativa pubblicistica primaria o secondaria?

Sottoporre tutte le scelte di organizzazione, anche quelle minute, alla riserva di fonte normativa, aveva finito per produrre una “rigidità” dell'intero apparato che rischiava di menomare l'obiettivo dell'efficienza dell'azione amministrativa.

Da qui, l'innovativa tesi portata avanti nei primi anni Novanta da Massimo Severo Giannini e da Andrea Orsi Battaglini: esiste un *distinguo* necessario tra uffici e personale, giustificato proprio dal 1° c. dell'art. 97 Cost., temperato con l'art. 39, 1° c. Cost..

Ritenevano infatti gli illustri studiosi che “*la prescrizione costituzionale di un minimo di regolamentazione legislativa non implichi in alcun modo che, soddisfatto questo criterio, la restante*

⁵ A. PIOGGIA, *Organizzazione dei pubblici uffici e poteri della dirigenza pubblica nella legislazione e nella giurisprudenza*, Relazione al convegno del 21.05.2010 su “Il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione”, Università degli Studi di Macerata, Facoltà di Giurisprudenza, Dipartimento di diritto privato e del lavoro comparato, W.P. Libertà, lavoro e sicurezza sociale, 11/12

area di regolamentazione debba ritenersi riservata a fonti secondarie”⁶.

In altri termini, in materia di organizzazione sono parimenti sostenibili entrambe le scelte legislative: o quella di affidarne la regolamentazione di dettaglio alla potestà regolamentare, o di introdurre strumenti negoziali per disciplinare i medesimi aspetti⁷.

⁶ cfr. **A. ORSI BATTAGLINI**, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1993, 461

⁷ Su questa stessa linea si è inserita poi la Corte Costituzionale con sent. 25 luglio 1996, n. 313, che, giudicando della legittimità della duplicazione di regime giuridico cui è stato assoggettato il rapporto di lavoro dirigenziale, ha affermato che imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione non debbono essere necessariamente garantiti dallo statuto pubblicistico del pubblico dipendente, ben potendo, viceversa, trovare attuazione “in un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici”. Nel riconoscere l’idoneità degli strumenti privatistici al perseguimento dei principi di cui all’art. 97 Cost., la Corte ammette, quindi, che l’organizzazione amministrativa, fatta salva una iniziale scelta affidata alla legge, possa poi essere disciplinata da fonti diverse, pubblicistiche e privatistiche insieme.

1. La prima stagione della privatizzazione

Frutto di questo fermento culturale, nonché delle spinte dei sindacati confederali è la prima stagione della privatizzazione del pubblico impiego: quella inaugurata dalla formulazione innovativa della legge delega 23 ottobre 1992 n. 421, tradotta nel D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 e nei successivi D.Lgs. n. 470/1993 e n. 546/1993, e protrattasi fino al 1997.

L'ambizioso disegno riformatore è desumibile dalla formulazione originaria dell'art. 2, c. 1 del decreto delegato, il quale così riassume gli obiettivi della nuova normativa:

- a) accrescere l'efficienza delle amministrazioni in relazione a quella dei corrispondenti uffici e servizi dei Paesi della Comunità Europea, anche mediante il coordinato sviluppo di sistemi informativi pubblici;*
- b) razionalizzare il costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa complessiva per il personale, diretta e indiretta, entro i vincoli di finanza pubblica;*
- c) integrare gradualmente la disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato.*

Il primo obiettivo, quello dell'accrescimento dell'efficienza delle PP.AA., è stato ed è da sempre quello sentito come più urgente: l'amministrazione deve perseguire certamente gli obiettivi costituzionali di imparzialità e buon andamento, ma parte integrante di questo secondo caposaldo costituzionale è certamente offrire una congrua risposta alla domanda di servizi crescente per quantità e qualità, contenendo tuttavia i costi.

Siffatto richiamo all'efficienza va dunque inteso *“in senso lato, cioè comprensivo del miglioramento qualitativo e quantitativo dei servizi*

misurato tanto in relazione ai loro costi quanto alla soddisfazione dei cittadini – utenti (che costituisce il parametro essenziale di questo tipo di attività). Per questo, il termine efficienza non può essere contrapposto a quello di efficacia”⁸.

In questo senso va letto anche il riferimento ai livelli di efficienza negli uffici degli altri paesi della Comunità Europea: il pubblico impiego, poiché parte dell’organizzazione dei singoli Stati membri, non è materia di competenza comunitaria; tuttavia il contenimento della spesa pubblica, di cui il costo del lavoro pubblico è parte consistente, è certamente un obiettivo europeo, che spiega la sua forza cogente specie su Paesi come l’Italia in cui, a fronte di dimensioni elefantache del sistema pubblico, l’efficienza ed i costi dello stesso sono ben al di sopra della media dell’Unione.

E’ indubbio che la stipula del Trattato di Maastricht abbia dato nuovi *input* non solo al cammino dell’integrazione europea, ma anche all’amministrazione dei singoli Paesi determinando la necessità di adeguarsi a degli standards di efficienza comuni.

Ma non si può negare nemmeno l’incidenza che sul progetto di riforma hanno avuto gli eventi interni dei primi anni Novanta: innanzitutto, il manifestarsi, in modo sempre più chiaro, della crisi del sistema politico-partitico che per più di quarant’anni aveva governato la società italiana e spesso utilizzato in modo clientelare il pubblico impiego.

Inoltre, sempre maggiormente avvertite erano le preoccupazioni legate al minaccioso espandersi del debito pubblico e alla debolezza della lira, oggetto, peraltro, di una crisi valutaria nell’estate 1992.

⁸ T. TREU, *L’efficienza delle amministrazioni*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, I, 10

A ciò si sono aggiunte le inchieste giudiziarie che hanno reso evidente un sistema di corruzione (la c.d. “tangentopoli”) che, seppur ramificato soprattutto negli apparati pubblici politici, si ripercuoteva sull’efficienza del lavoro pubblico a causa dell’eccessiva invadenza in materia della classe politica, in un’epoca in cui non ancora netta era la separazione tra attività (politica) di indirizzo e attività (dirigenziale) di raggiungimento degli obiettivi e, più in generale, di gestione.

Il secondo obiettivo fissato dal legislatore delegato è la razionalizzazione ed il contenimento del costo del lavoro pubblico: contenere i costi in un’epoca di deficit era abbastanza ovvio; razionalizzarli significava abbattere le rigidità e gli automatismi del sistema retributivo pubblico, che per troppo tempo avevano ostacolato una gestione efficiente delle risorse, basata sul riconoscimento della professionalità e del merito.

Da qui è partita la pluralità dei sistemi di incentivazione del personale (progressioni verticali ed orizzontali, premi di produttività ecc.) che ha determinato una gestione quasi individualizzata della retribuzione, al fine di assegnare le (scarse) risorse solo a seguito della valutazione dell’efficienza del lavoro svolto.

Il terzo obiettivo del legislatore del 1993, l’integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato, può essere letto come obiettivo strumentale rispetto agli altri due sopra citati.

Ed invero, il rapporto tra gli obiettivi dell’efficienza delle amministrazioni e della razionalizzazione del costo del lavoro avrebbe potuto essere impostato in vario modo, facendo prevalere l’uno o l’altro dei poli.

Ed invece, la scommessa del legislatore delegato era che fosse possibile contenere il costo del lavoro senza ridurre la quantità di servizi offerti, semplicemente avvicinando la disciplina del pubblico impiego alla normativa del lavoro privato.

Certamente, molta parte in questa opzione è stata giocata dai sindacati confederali, ma la scelta “efficientista” del Governo era in questo stesso senso, anche se altre erano le vie possibili: basti pensare alla Francia che, pur introducendo scarse modifiche privatistiche nella gestione del personale, aveva puntato sulle modifiche organizzative e sulla modernizzazione delle strutture per potenziare l’efficienza delle amministrazioni.

Ed invece, al legislatore italiano è parso impraticabile puntare sulla capacità di rinnovamento interno alle strutture pubbliche, e si è preferito modernizzare le pubbliche amministrazioni superando con gli strumenti del diritto del lavoro privato alcune rigidità proprie dello statuto pubblicistico dell’impiego.

Dunque, l’organizzazione continuava a rimanere in regime di diritto pubblico, cioè disciplinata con legge o atti normativi o amministrativi⁹, mentre transitava nell’area del diritto comune la gestione dei rapporti individuali di lavoro¹⁰.

⁹ Nello specifico, per “organizzazione” sottoposta a riserva di fonte pubblicistica, la legge delega (art. 2, c. 1 lett. c) individua le seguenti materie: 1) le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell’espletamento di procedure amministrative; 2) gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; 3) i principi fondamentali di organizzazione degli uffici; 4) i procedimenti di selezione per l’accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; 5) i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva. Le dotazioni complessive di ciascuna qualifica sono definite previa informazione alle organizzazioni sindacali interessate maggiormente rappresentative sul piano nazionale; 6) la garanzia della libertà di insegnamento e l’autonomia professionale nello svolgimento dell’attività didattica, scientifica e di ricerca; 7) la disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra l’impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici.

¹⁰ Per **L. MARIUCCI**, *Una riforma in itinere*, in *Lavoro e diritto*, 1996, 3, 493, neanche il pubblico impiego riformato può dirsi veramente privatizzato. L’irriducibile distinzione tra logica

E questo transito si giocava, essenzialmente, sul piano delle fonti regolatrici del rapporto di impiego pubblico.

Ma si poteva passare da un sistema (quello della legge – quadro del 1983) in cui le fasi essenziali del rapporto di lavoro erano scandite da provvedimenti amministrativi, ad un’assoluta inversione nel senso della regolamentazione contrattuale (collettiva e individuale)? E quanto ciò era auspicabile quando il rapporto di lavoro implicava esercizio di potestà pubbliche?

L’art. 2 c. 2 del D.Lgs. n. 29/1993 ha previsto la sottoposizione dei rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A. al codice civile ed alle leggi sul rapporto di lavoro subordinato *“in quanto compatibili con la specialità del rapporto e con il perseguimento degli interessi generali nei termini definiti dal presente decreto”*.

Lo stesso legislatore però, all’indomani del parto, con legge 24 dicembre 1993 n. 537, mutava la formula aperta dell’ *“in quanto compatibili”* con la formula chiusa del *“salvi i limiti stabiliti dal presente decreto per il perseguimento degli interessi generali cui l’organizzazione e l’azione amministrativa sono indirizzate”*.

Si è trattato, certamente, di una formula compromissoria che ha lasciato alla legge di fissare dei “paletti” oltre i quali la privatizzazione non potesse spingersi¹¹.

Probabilmente, l’apposizione di un limite “esterno”, tramite fonte normativa, al sindacato giurisdizionale (transitato, come si avrà modo di esaminare, dal giudice amministrativo a quello ordinario) è parsa la

del profitto e logica dei bisogni determina un solco che distingue il lavoro privato da quello pubblico, e che il nome di privatizzazione non potrebbe mai colmare.

¹¹ Cfr. F. CARINCI, *Il lento tramonto del modello unico ministeriale: dalla “dirigenza” alle “dirigenze”*, in Lav. nelle p.a., 2004, 05,833, si mostra assai critico su tale opzione normativa, ravvisando in essa sia un limite al giudice nel valutare l’applicabilità del diritto comune al caso di specie, laddove conforme allo spirito della norma, sia una fissazione, a priori, di una sfera pubblicistica inattaccabile.

scelta migliore per orientare l'interprete specie in quelle fattispecie in cui il discrimine tra posizione ricoperta nell'ufficio e funzione pubblicistica svolta è più labile¹².

Sta di fatto che mentre negli enti pubblici economici, la natura imprenditoriale dell'attività svolta ha permesso, sin dall'inizio, che di privatizzazione si potesse parlare a tutto campo, nelle amministrazioni che svolgono o soltanto attività autoritativa o anche erogazione di servizi, la finalità pubblica perseguita ha creato una "tellurica linea di confine"¹³ tra pubblico e privato.

Sul piano delle fonti e della giurisdizione, a garanzia del regime pubblicistico degli atti organizzativi (per intendersi, le sette materie enucleate dall'art. 2 lett. c) della L. n. 421/1992), per tale ambito è rimasta la riserva di fonte normativa e la giurisdizione amministrativa; di converso, alla contrattazione collettiva, chiamata a regolamentare gli aspetti "minuti" del rapporto di lavoro è rimasto ben poco spazio, sol che si consideri che dove rapporto di lavoro ed organizzazione degli uffici sembravano intersecarsi, essa inevitabilmente arretrava innanzi alla fonte normativa. Peraltro, il decreto delegato aveva previsto un controllo generalizzato sulla contrattazione collettiva, per cui il Governo impartiva direttive all'ARAN ed autorizzava la stipula dei contratti collettivi per conto di tutte le amministrazioni, comprese quelle con autonomia costituzionalmente garantita, come Regioni, Enti locali ed Università.

¹² Cfr. **M. CALCAGNILE**, *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2010, 01, 187, il quale ritiene in generale che la portata della privatizzazione non sia così dirompente com'è stata declamata, ma si riduce alla graduale integrazione di regole dettate per l'impiego privato in un contesto ontologicamente diverso e che resta, per massima parte, governato da regole e istituti di carattere pubblicistico. Ciò perché, come autorevolmente sostenuto da Fabio Merusi e Antonio Romano, funzione pubblica e rapporto di lavoro "sono fra loro avvinti da un nodo inestricabile" e, conseguentemente, il rapporto di impiego non può essere concepito solo alla stregua del diritto privato.

¹³ **F. CARINCI**, *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa*, cit.

Sicchè il contratto collettivo, lungi dall'essere frutto di libertà negoziale, è stato concepito come il prodotto finale di un procedimento a più stadi, alcuni negoziali e privatistici, altri discrezionali e pubblicistici, con una iperlegificazione dello stesso che mal si adattava alla sua natura.

Conseguentemente, escluse le materie dichiaratamente di organizzazione, escluse anche quelle della “zona grigia”, esclusa tutta la fase antecedente alla costituzione del rapporto di lavoro, fino all'approvazione della graduatoria di concorso, al giudice ordinario, cui veniva assegnata la giurisdizione sul rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. (art. 68 D.Lgs. n. 29/1993) restavano spazi abbastanza angusti ed ambigui¹⁴; ed infine, poiché l'autorizzazione alla sottoscrizione del CCNL era atto del Governo, in quanto tale sottoposto al controllo di legittimità della Corte dei Conti, tre giurisdizioni in pratica finivano per occuparsi dei medesimi contenuti contrattuali¹⁵.

¹⁴ Consolidata era la prassi dei legali di presentare identici ricorsi in punto di rapporto di impiego dapprima davanti al TAR per evitare la decadenza, e poi al Giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro.

¹⁵ Cfr. **M. D'ANTONA**, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle “leggi Bassanini”* in Lav. nelle p.a., 1998, 35 ss.

2. La seconda stagione della privatizzazione

Quanto più è parso inestricabile il groviglio di materie tra organizzazione e disciplina - gestione del rapporto di lavoro pubblico, tanto più il legislatore del 1997 – 1998 ha ritenuto di “spingere” nella direzione della privatizzazione.

Nelle leggi “Bassanini” 15 marzo 1997 n. 59 e 15 maggio 1997 n. 27 è stato posto un nesso esplicito tra il superamento della specialità del pubblico impiego e un’organica riforma amministrativa nel senso del decentramento delle competenze.

Nello specifico, la legge delega n. 59/1997 ha demandato al Governo di compiere un’integrale revisione del D.Lgs. n. 29/1993 alla luce sia dell’art. 97 Cost. sia dei principi della legge delega n. 421/1992, ed in particolare: a completare l’estensione della disciplina di diritto privato al lavoro pubblico; a semplificare e velocizzare le procedure di contrattazione collettiva; a devolvere al Giudice ordinario, senza più eccezioni, la giurisdizione piena su qualunque controversia concernente il rapporto di lavoro, anche con potere di disapplicazione in via incidentale di atti amministrativi presupposti; a prevedere procedure di consultazione delle organizzazioni sindacali firmatarie dei CCNL prima dell’adozione di atti interni di organizzazione aventi riflessi sui rapporti di lavoro.

In attuazione della delega, i decreti legislativi 4 novembre 1997 n. 396 (in materia di contrattazione collettiva e di rappresentanza sindacale nel pubblico impiego), 31 marzo 1998 n. 80 (in materia di organizzazione, rapporti di lavoro e giurisdizione) e 29 ottobre 1998 n. 387 (ulteriori correttivi al D.Lgs. n. 29/1993) hanno introdotto molteplici novità, portando per certi versi ad una sostanziale “riscrittura” del D.Lgs. n. 29/1993, oggi confluita nel D.Lgs. 31 marzo

2001 n. 165, recante “Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche” (c.d. “Testo Unico sul pubblico impiego).

E non è un caso se il terzo degli obiettivi definiti dal testo originario nel 1993 sia stato riscritto nel senso (art. 1, c. 1 lett. c) di *“realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni, curando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti, garantendo pari opportunità alle lavoratrici ed ai lavoratori ed applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato”*: rispetto alla previgente dizione, che auspicava l’integrazione tra la disciplina del lavoro pubblico e quella del privato, il riferimento all’applicazione di condizioni uniformi è parso molto più incisivo e tale da azzerare la clausola di specialità dell’originario art. 2 c. 2¹⁶.

Il confine pubblico – privato, fin qui corrente fra organizzazione e gestione del personale, è stato spostato a monte, e tracciato all’interno del baluardo dell’organizzazione, tra macro-organizzazione (rimasta nel regime pubblicistico) e micro-organizzazione, attratta nell’alveo del diritto comune insieme alla gestione del personale.

A quel punto, il problema è stato chiarire la portata di questi due ambiti.

Argomentando dall’art. 2 c.1 del D.Lgs. n. 29/1993 novellato, sono stati ricompresi nell’organizzazione “alta” (o “macro”): la definizione, sulla base di principi di legge e mediante atti organizzativi, delle linee fondamentali di funzionamento degli uffici; l’individuazione degli

¹⁶ Cfr. T. TREU, *Le tre finalità della riforma*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., I, 9

uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità degli stessi; la determinazione delle dotazioni organiche complessive.

Al di fuori di queste tre materie (in luogo delle sette originarie della legge delega n. 421/1992¹⁷) sembrerebbe potersi desumere, in via residuale, un'amplessissima area di organizzazione "bassa" rimessa a determinazioni di carattere gestionale che l'amministrazione assume con i poteri del privato datore di lavoro (art. 5 c. 2 novellato).

Senonchè, il 1° c. dell'art. 5 ha previsto che *"le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione organizzativa al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'art. 2, comma 1, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa"*, creando un gran problema a livello ermeneutico: è vero che le determinazioni organizzative in questione sono cosa diversa dalle materie di cui all'art. 2 c. 1, e tuttavia presentano il carattere della funzionalizzazione all'interesse pubblico, pertanto appaiono comunque attratte all'area pubblicistica.

Al contrario, *"le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro"* (art. 5, c. 2): se ne desume che, in tutta l'area dell'organizzazione "bassa", l'esercizio del potere non è funzionalizzato all'interesse pubblico; oppure che, se anche è indirizzato al soddisfacimento dell'interesse pubblico, tale

¹⁷ al riguardo, F. CARINCI, *Una riforma "conclusa"*. Fra norma scritta e prassi applicativa, cit, parla di "giallo delle sette materie", essendo le stesse scomparse dalla formulazione del D.Lgs. n. 29/1993 novellato, ovvero trasfuse ed adattate alla nuova formulazione degli artt. 2 c. 1 e 5 cc. 1 e 2. Ritengono al riguardo M. Rusciano e L. Zoppoli che, sebbene le sette materie vadano interpretate in chiave più restrittiva per un avvicinamento ulteriore della disciplina del lavoro pubblico a quella del privato, su di esse "continua, a rigore, ad essere esclusa la possibilità di interventi per via contrattuale": M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *Commento sub art. 2, commi 2 e 3, D.Lgs. n. 29 del 1993*, in *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in NLC, 1999, 1072

finalizzazione non è *in re ipsa*, ma scaturisce dalla scelta riformatrice di coordinare potere organizzativo in regime di privato e interesse pubblico¹⁸.

Pertanto, può essere certamente ascritto all'organizzazione "alta", e dunque alle "determinazioni organizzative " di cui al 1° comma dell'art. 5, un nucleo minimo¹⁹, che comprende:

- a) l'articolazione strutturale dell'amministrazione in uffici dirigenziali di livello generale e subordinato, nonché l'istituzione di particolari tipologie di uffici (relazioni con il pubblico, controllo interno ecc.);
- b) il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali di qualsiasi livello;
- c) la graduazione dei livelli di funzione e responsabilità dirigenziale, ai fini del trattamento economico accessorio;
- d) la definizione dei criteri attinenti alla tipologia di ufficio da creare in relazione alle funzioni (ad es., uffici di funzioni strumentali o finali, uffici collegiali o monocratici) e la definizione dei criteri di raccordo tra le dotazioni organiche e l'effettivo fabbisogno della P.A.;
- e) la definizione di criteri generali attinenti l'organizzazione delle funzioni, delle risorse finanziarie e tecnologiche, delle risorse umane;
- f) la determinazione dell'organico complessivo;
- g) la ripartizione delle risorse tra gli uffici dirigenziali generali;

¹⁸ cfr. A. BELLAVISTA, *Fonti del rapporto. La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., I, 71 ss.

¹⁹ Per contro, da più parti si è sostenuta la difficoltà nel ravvisare il nucleo massimo, ossia il limite di tale categoria.

- h) la definizione delle procedure di selezione ed avanzamento del personale e le determinazioni di avvio delle medesime procedure.

Si tratta, a ben vedere, di atti espressione di un potere pubblicistico, in quanto manifestazione di sovranità ovvero di autoritatività e discrezionalità amministrativa, ed in quanto atti tutti funzionalizzati, cioè vincolati nello scopo alle indicazioni costituzionali e legislative.

Appare evidente che, sul piano delle fonti, esiste per tale tipologia di atti una riserva di fonte normativa primaria o secondaria; sul piano degli atti, l'espressione ovvia è il provvedimento amministrativo, almeno per il sopra citato elenco costituente il nucleo minimo della macro-organizzazione; non è escluso, tuttavia, che vi possano essere scelte di organizzazione degli uffici che possano essere adottate, anziché con atto autoritativo pubblicistico, con atto unilaterale privatistico (in tal caso, rientrante nella micro-organizzazione).

Rientrano invece nell'organizzazione "bassa", dove la P.A. opera con i poteri del datore di lavoro privato (art. 5, c.2), le seguenti materie:

- a) i contratti individuali che definiscono oggetto, obiettivi, durata e trattamento economico per gli incarichi dirigenziali;
- b) l'individuazione degli uffici dirigenziali non generali (salvo che l'ordinamento particolare dell'amministrazione non riconduca espressamente anche questo atto nella macro-organizzazione);
- c) gli atti di conferimento di incarichi di direzione o coordinamento di uffici non dirigenziali;
- d) la ripartizione delle risorse assegnate a ciascuno dei singoli uffici in cui un ufficio dirigenziale generale si articola;
- e) tutta l'organizzazione delle risorse strumentali, sia in termini di gestione del personale (orari di servizio, produttività ecc.) sia in

termini di risorse finanziarie e materiali destinate al funzionamento dell'amministrazione;

- f) la mobilità collettiva;
- g) la gestione del rapporto individuale di lavoro, dalla stipula del contratto di assunzione fino agli atti estintivi dello stesso;
- h) l'attività di disciplina collettiva dei rapporti di lavoro, attraverso la contrattazione nazionale di comparto ed integrativa, compresi i contratti che definiscono il trattamento economico fondamentale ed accessorio dei dirigenti.

2.1 Fonti, atti e giurisdizione nel rapporto di lavoro privatizzato

Sul piano delle fonti, la chiave di volta è costituita dall'art. 2 c. 3 dell'attuale D.Lgs. n. 165/2001, laddove prevede in apertura che *“i rapporti individuali di lavoro di cui al comma 2 sono regolati contrattualmente”*: si esprime, in ciò, la consacrazione del contratto, e dell'autonomia negoziale, quali fonti regolatrici del rapporto di lavoro, a detrimento dell'opposto principio per cui solo il carattere pubblicistico delle fonti di disciplina del lavoro potesse garantire il rispetto dell'art. 97 Cost.

L'autonomia negoziale più “spinta” dalla seconda privatizzazione è di certo quella collettiva. Il contratto collettivo dunque, da un lato assurge a strumento privilegiato della disciplina del rapporto di lavoro pubblico (basti pensare che è fonte esclusiva della disciplina del trattamento economico fondamentale ed accessorio), dall'altro esso presenterebbe caratteri di specialità che lo rendono diverso dai contratti collettivi di diritto comune: se è vero, infatti che esso può essere stipulato solo *“secondo i criteri e le modalità previste dal Titolo III”* (art. 2, c. 3 D.Lgs. n. 29/1993 novellato), ed altresì spiega

efficacia soggettiva generalizzata ai dipendenti della P.A., si qualifica come contratto di diritto speciale, e la contrattazione incontra limiti sconosciuti al settore privato, ma ampiamente giustificabili sol che si consideri la funzione protettiva non solo degli interessi dei lavoratori, ma anche l'interesse pubblico che esso è chiamato a svolgere.

Sarebbe dunque l'art. 97 Cost, e non l'art. 39 Cost., la chiave d'ingresso della contrattazione collettiva nel pubblico impiego, derivandone la funzionalizzazione del contratto collettivo agli obiettivi costituzionali di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione²⁰.

Né può trascurarsi il ruolo del contratto individuale di lavoro, con natura sia costitutiva sia regolativa del rapporto, e tuttavia fortemente "schiacciato" tra la normativa legale e quella contrattuale collettiva.

Del resto, se le determinazioni di micro-organizzazione sono assunte dalla P.A. come il privato datore di lavoro, la natura privatistica di questi atti non richiede necessariamente la forma e la sostanza contrattuale, ma ben può estrinsecarsi in atti a carattere unilaterale, che comunque non costituiscono espressione di potere autoritativo ma sono atti paritetici, e dinanzi ai quali la posizione del lavoratore non è di interesse legittimo di diritto pubblico, bensì di diritto soggettivo,

²⁰ Tuttavia, secondo la dottrina giuslavorista prevalente, nonostante la stretta regolamentazione di legge di ogni aspetto della contrattazione collettiva, i limiti introdotti dal legislatore non offuscano la sostanza dell'autonomia negoziale, ma vanno interpretati come limiti esterni ed esplicito, al di là dei quali l'autonomia collettiva è incondizionata al pari che nel settore privato: cfr. **F. LISO**, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in **F. CARINCI, M. D'ANTONA** (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, cit., 216; contra, **M. RUSCIANO**, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in DLRI, 1996, 256 ss., secondo cui la contrattazione collettiva nel p.i. presenta caratteri così peculiari da non poter essere inquadrata negli schemi interpretativi "classici" dell'autonomia collettiva privata.

oppure di interesse legittimo di diritto privato²¹: per tale ragione, il sindacato è devoluto in via inderogabile al Giudice del lavoro.

Il corretto inquadramento del rapporto consente di escludere che l'attività di diritto privato della P.A., a prescindere dalla tipologia di atto in cui si estrinseca, possa essere assoggettata alle regole dell'atto amministrativo, e particolarmente quelle sulla motivazione e sul contraddittorio endoprocedimentale.

Escluso infatti che gli atti di gestione dei dipendenti pubblici sottostiano al procedimento amministrativo per essere trasparenti, stante la diversità del datore di lavoro pubblico dal privato²², la Cassazione ha puntato sulla natura sostanziale dell'atto di organizzazione e gestione del lavoro, tramite il quale il contraente pubblico può pure incidere unilateralmente sull'esecuzione del contratto senza che tale atto perda natura privatistica, di tal che è impossibile sindacarlo secondo i parametri del provvedimento amministrativo²³.

Perciò, venendo alla giurisdizione, non stupisce che il giudice del lavoro, nella gran parte dei casi, rifiuti espressamente di impiegare come parametro del proprio sindacato i principi direttivi dell'azione amministrativa, quelli cioè che identificano espressamente un fine da perseguire²⁴. Quando ne ha l'occasione il giudice chiarisce con forza

²¹ Su tale categoria di interessi, ascrivibile al novero dei diritti di cui all'art. 2907 c.c., Cass. Civ., sez. lavoro, 06.04.05 n. 7131; idem, 22.02.06 n. 3880; idem, 22.06.07 n. 14624; Cons. Stato, IV, 03.12.10 n. 8527;

²² Cons. Stato, V, 1 agosto 2001, n. 4189

²³ Cass. SS.UU., 23 dicembre 2003, n. 19787; ma pure Cons. Stato, II, 21 maggio 2003, n. 206 esclude che con riferimento agli atti del rapporto di lavoro assunti secondo gli schemi contrattuali del diritto privato siano predicabili i vizi propri dell'atto amministrativo.

²⁴ In questo senso v. Cass. 20 marzo 2004, n. 5659, che, con riferimento agli atti di gestione del rapporto di lavoro adottati dalla pubblica amministrazione, considera come "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".

come nelle controversie di fronte a lui radicate non vengano mai in questione interessi pubblici, ma soltanto diritti e obblighi del lavoratore e del relativo datore di lavoro, quantunque si tratti di una amministrazione.

La conseguenza principale è l'inapplicabilità della figura dell'eccesso di potere nel sindacato sull'esercizio dei poteri datoriali della pubblica amministrazione.

Anche sotto questo profilo il giudice mostra di intendere il conferimento all'amministrazione di poteri privati come il riconoscimento non certo di una potestà pubblica e perciò funzionalizzata, ma di una sfera di autonomia ben diversa dalla discrezionalità.

Il giudice amministrativo effettua un sindacato costruito tutto dal lato del potere, del quale verifica le modalità di impiego e, quando è discrezionale, il rapporto con la funzione; il giudice ordinario si pone dal lato del diritto che fronteggia l'esercizio di un potere in autonomia privata, ricostruendo i confini di quest'ultima come conseguenza della dimensione del primo: se ad esempio il lavoratore ha diritto a non essere trasferito se non per "comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive", l'autonomia del datore di lavoro risulta circoscritta dalla sussistenza di tali ragioni. Oltre quei limiti, cioè, il potere di trasferire non può espandersi senza violare il contrapposto diritto del lavoratore.

In questa prospettiva è più difficile che una norma fissata dal legislatore con riferimento alle finalità da perseguirsi nell'esercizio della potestà datoriale rientri fra i parametri in base ai quali risolvere una controversia. Perché possa farne parte, infatti, è necessario che chi

contesta l'impiego del potere dimostri di avere un diritto e non un mero interesse (legittimo) al suo rispetto. Normalmente questo non accade dal momento che il giudice ordinario tende a considerare le norme che pongono finalità da perseguirsi da parte dell'amministrazione come orientative dell'autonomia e non direttamente costitutive di diritti.

Dunque, le posizioni soggettive del lavoratore che possono essere fatte valere innanzi al giudice ordinario sono o di diritto soggettivo, o di interesse legittimo di diritto privato; si lamenta cioè la lesione di posizioni di interesse espressamente qualificate dal contratto delle quali si chiede il rispetto; rimangono invece relegati a meri interessi di fatto quelli che il lavoratore possa vantare con riferimento alle innovazioni organizzative (piante organiche ecc.), se non abbiano diretta incidenza sul rapporto di lavoro.

L'area dell'interesse legittimo di diritto pubblico tutelabile innanzi alla giurisdizione amministrativa, pertanto, rimarrebbe limitata alla protezione giuridica riconosciuta dall'ordinamento nei confronti di atti di alta organizzazione che non spiegano diretta incidenza sul rapporto di lavoro, o che comunque si collocano in un momento antecedente alla sua costituzione²⁵.

²⁵ In questa logica, in cui dal giudice ordinario si ottiene una tutela ed un sindacato identici a quelli effettuati nei confronti del datore di lavoro privato, è apparsa incongruente la scelta operata dal Consiglio di Stato, avallata da Corte Cost., 23 luglio 2001, n. 275, nonché da Corte Cost., 9 dicembre 2002, n. 525, e da ultimo confermata da Cons. Stato, Ad Plenaria, parere 22 febbraio 2011, n. 808: quella di consentire, avverso gli atti negoziali di organizzazione e gestione del lavoro, la tutela alternativa costituita dal ricorso straordinario al Presidente della Repubblica; siffatto rimedio ha creato una grave anomalia nel sistema, ripubblicizzando gli atti di gestione e finendo, in pratica, per menomare la natura paritetica delle situazioni controverse, in relazione all'ampio margine di discrezionalità che l'amministrazione conserva nell'eseguire la decisione resa su ricorso straordinario. Si consideri, infine, che nel caso in cui il contro interessato opti per la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario, inevitabilmente il giudice amministrativo dovrà dichiararsi carente di giurisdizione: cfr. sul tema, **E.A. APICELLA**, *Le determinazioni della pubblica amministrazione-datore di lavoro ed il sindacato giurisdizionale*, in Foro Amm. CDS, 2004, 7-8, 2073, nonché **D.F.G. TREBASTONI**, *Tutela dei pubblici dipendenti e lacune normative*, in www.giustizia-amministrativa/documentazione/studi_contributi/2009.

2.2 Il Testo Unico del pubblico impiego

L'obiettivo delle tre leggi Bassanini (n. 59/1997, n. 127/1997, e n. 191/1998) era il decentramento e la semplificazione amministrativa: quest'ultima era così contrastante con l'elefantiasi normativa degli ultimi anni, che la l. n.59/1997 prevede l'obbligo annuale del Governo di presentare un disegno di legge "per la delegificazione di norme concernenti procedimenti amministrativi".

La legge di semplificazione 8 marzo 1999, n.50, accostava l'istanza di delegificazione al Testo Unico, regolato dall'art. 7 e percepito come strumento necessario per razionalizzare le stratificazioni normative in materia di pubblico impiego.

Massimo D'Antona, da sempre sostenitore di un Testo unico del p.i., colse la palla al balzo e così, mentre l'art. 7 contemplava una *deregulation* in ambito organizzativo, egli fece inserire a forza un art. 8, relativo al solo rapporto di lavoro: così, al codice civile ed alla legislazione lavoristica, comune a tutti i lavoratori subordinati, si sarebbe affiancata una fonte di diritto privato del lavoro "speciale", applicabile ai soli impiegati pubblici; e la differenza tra gli artt. 7 e 8 si poneva così sul confine tra la materia organizzativa, da sempre dominio pubblicistico, e l'ambito privatizzato del rapporto di lavoro. Restava, nel momento preparatorio, la preoccupazione che la funzionalizzazione dell'organizzazione all'interesse pubblico potesse de – privatizzare il rapporto di lavoro, ma ci si rese conto che la stessa organizzazione degli uffici si stava emancipando dalla pressione ministeriale: così si tentò di trasfondervi quell'indifferenza e

autonomia rispetto all'organizzazione datoriale, che connota il lavoro privato²⁶.

La scelta del Testo Unico del pubblico impiego è tradizione risalente in Italia: il D.P.R. n. 3 del 1957 era rimasto, per 40 anni, il vero testo unico in materia, eppure evocava la “legittima disuguaglianza” tra amministrazione e dipendente. Da ciò si intuiva il bisogno di mettere un “punto e a capo” nella materia, ed un suggello alla privatizzazione²⁷.

Alla fine del 2000 il Comitato di esperti nominato dal Ministro Bassanini concludeva i lavori, con un'articolazione completa sia della *pars construens*, cioè la disciplina sopravvissuta, sia della *pars destruens*, cioè la normativa abrogata ex lege ed abroganda con la prima tornata contrattuale.

Ma nel frattempo l'assassinio di Massimo D'Antona privò il TUPI (questo il nome dato dagli esperti sostenitori) di un mediatore eccellente: la bozza si scontrò col veto dei sindacati, che ne contestavano metodo e contenuto. Metodo, perché avrebbero preteso una concertazione regolare; contenuto, perché si rilegificava a discapito della contrattazione.

Il Ministro ha sciolto il gruppo di esperti e incaricato il Dipartimento della funzione pubblica dell'onere: il risultato è stato talmente mortificante che nelle stesse parole del dirigente che se ne è fatto

²⁶ la storia del T.U. è ben riassunta da **F. CARINCI**, *Spes ultima dea*, in Lav. nelle p.a., 2001, App. “Il Testo Unico del pubblico impiego”, e **IDEM**, *Il mancato Testo Unico sul pubblico impiego*, in Giorn. Dir. Amm., 2001, n. 11, 178

²⁷ cfr. **V. TALAMO**, *Il d.lgs. n. 165 del 2001 fra tradizione e discontinuità: guida ad un testo unico “meramente compilativo”* in Lav. nelle p.a., 2001, App. “Il Testo Unico del pubblico impiego”

carico, Valerio Talamo, il risultato è, né più né meno che il d.lgs. n. 29 del 1993 reso “attuale”²⁸.

Non a caso, il decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, viene rubricato non come Testo Unico, ma, più pudicamente, “Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”. Si tratta, in sostanza, di un *re-drafting* della legislazione del 1993 e del 1998, con una ripulitura da norme abrogate o non più efficaci, ed una rinumerazione così confusa “da necessitare di una tavola di conversione”²⁹.

La natura meramente “compilativa” del c.d. Testo Unico sul pubblico impiego, D.Lgs. n. 165/2001, non dà luogo ad ulteriori spunti sul piano della privatizzazione, se non per l’art. 71, che reca in rubrica “*Disposizioni inapplicabili a seguito della sottoscrizione dei contratti collettivi*”: al 3° comma si è prevista una disapplicazione espressa della normativa incompatibile ad opera della contrattazione relativa alla tornata contrattuale 1998-2001, ma che è parsa cozzare con la previsione dell’art. 69, che pure aveva previsto la disapplicazione delle norme previgenti al D.Lgs n. 29/1993 contrastanti con il nuovo Testo Unico, ma in via automatica, per il semplice fatto della sottoscrizione dei nuovi contratti collettivi.

In entrambe le norme si legge ben chiara l’importanza della tornata contrattuale 1998-2001, chiamata a “spazzare via” le macerie dell’ante-privatizzazione, ed il contrasto può comunque essere risolto nel senso che, operata l’opera demolitrice automatica con la

²⁸ in termini più miti, lo stesso **V. TALAMO**, *Il d.lgs. n.165 del 2001 fra tradizione e discontinuità*, cit.: “La nuova norma è ricognitiva: coordina, aggiorna, ripulisce...esso si limita a rendere fruibile un complesso normativo comunque affastellato in modo tumultuoso...E’ un obiettivo minore ma non è cosa sbagliata”.

²⁹ questa dura critica, dettata anche dal coinvolgimento emotivo, è di **F. CARINCI**, *Il mancato Testo unico sul pubblico impiego*, in Giorn. Dir. Amm., cit.

sottoscrizione del contratto collettivo (art. 69), la contrattazione collettiva doveva elencare minutamente dette disapplicazioni e regolare, in positivo, gli effetti di tali disapplicazioni tramite un potere sostitutivo³⁰; ciò ad ulteriore riprova della forza regolatrice del rapporto di lavoro e del ruolo di “fonte regina” che la privatizzazione del 1998 le aveva impartito.

³⁰ Cfr. sul punto, **V. TALAMO**, *Legge e contratto collettivo nel lavoro pubblico dopo il D.Lgs. 3 marzo 2000*, n. 165, in *Lav. nelle p.a.*, 2004, 01, 3

3. Verso una ripubblicizzazione del lavoro alle dipendenze della P.A.. Il D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150

L'ultimo intervento normativo degno di rilievo nel cammino della privatizzazione del lavoro pubblico, è sembrato segnare un passo indietro, quasi di ritorno alla legislazione speciale del pubblico impiego.

Il D.Lgs. n. 150 del 2009, meglio nota come “riforma Brunetta”, si caratterizza per una funzione assiologica, perchè prescrive valori come il merito e l'efficienza e li pone quasi ad ideologia di fondo; nel contempo, pur con dei limiti³¹, può essere letto come legge di riforma, nella misura in cui non si pone degli obiettivi immediati, ma cerca di instaurare processi riformatori della P.A. di medio – lungo termine.

Il primo degli esiti regolativi della riforma è ravvisabile nella fine del processo di convergenza tra diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e nell'impresa privata e la riapertura di un nuovo ciclo di divergenza.

Così, quando il legislatore delegante della L. 4 marzo 2009 n. 15 all'art. 2 c.1 lett. a) ha indicato tra gli obiettivi della delega, la realizzazione della *“convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato, con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali”*, ha mentito a se stesso, oppure è stato smentito dal legislatore delegato.

La direttrice di fondo delle riforme Bassanini – D'Antona degli anni 1997 – 1998, era stata l'idea che, tramite la forza propulsiva del contratto collettivo, il sistema del diritto del lavoro nell'impresa e quello nelle pubbliche amministrazioni potessero avvicinarsi sempre

³¹ cfr. **B. CARUSO**, *Gli esiti regolativi della “riforma Brunetta”: come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in Lav. nelle p.a., 2010, 02, 235 ss.

più: per questo motivo, agendo sulle fonti, la seconda privatizzazione portava all'applicazione diretta delle norme generali del lavoro nell'impresa (capo I, titolo II del libro V) ai dipendenti pubblici, fatta salva la diversa regolazione legale che tuttavia non avrebbe dovuto essere alternativa, come in effetti era stata sino al 1992.

Gli unici - e limitati - elementi di differenziazione avrebbero dovuto essere costituiti dalle norme contenute nella stessa legge di riforma che aveva come obiettivo primo la contrattualizzazione del lavoro pubblico.

“Il processo di convergenza/assimilazione tra lavoro pubblico e lavoro privato era stato condotto lungo un duplice versante del sistema delle fonti: oltre quello legale, il versante della fonte convenzionale collettiva, la cui efficacia regolativa era stata rafforzata e sostenuta, nel settore pubblico - di fatto equiparandola alla legge - da dispositivi peculiari, extracostituzionali, che hanno felicemente superato il vaglio del controllo di costituzionalità, ma mantenendo, al contempo, i requisiti di flessibilità, adattabilità e aderenza alle situazioni concrete tipiche di quella fonte”³².

Orbene, il decreto Brunetta opera in controtendenza, verso una “neo differenziazione sistemica” che non riproduce, tuttavia, un diritto del lavoro pubblico “speciale”³³.

Resta infatti immutato l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, a norma del quale il rapporto in questione è disciplinato dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa “fatte salve le

³² **B. CARUSO**, *Gli esiti regolativi della “riforma Brunetta”: come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. nelle p.a.*, 2010, 02, 235 ss

³³ Cfr. sempre cfr. **B. CARUSO**, *Gli esiti regolativi della “riforma Brunetta”: come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit.

diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo”³⁴. È tuttora valido, quindi, il principio generale secondo il quale al lavoro pubblico contrattualizzato si applicano le norme contenute nel d.lgs. n. 165 del 2001 e, inoltre, tutte le disposizioni dettate per il rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze di datori di lavoro privati, tranne quelle incompatibili con i precetti contenuti nel d.lgs. n. 165/2001.

Ciò che si ridimensiona, invece, è il 3° comma dell’art.2 del predetto D.Lgs. n. 165/2001, *“i rapporti individuali di lavoro sono regolati contrattualmente”*: nello specifico, mentre nella seconda privatizzazione, si era lasciato al contratto collettivo di disciplinare tutti gli aspetti del rapporto di lavoro, tant’è che il 1° c. dell’art. 40 recitava: *“la contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali”*, il testo sostituito dal d.lgs. n. 150 del 2009 stabilisce ora, nel primo periodo, che la contrattazione collettiva *“determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali”*. Il secondo periodo dello stesso comma 1 elenca le materie che sono escluse dalla contrattazione collettiva (quelle attinenti all’organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell’art. 9, quelle afferenti alle prerogative dei dirigenti, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, quelle elencate nell’art. 2, comma 1, lett. c) della

³⁴ Al riguardo, **M. CALCAGNILE**, *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, cit, 193, ritiene che il riferimento al carattere imperativo delle norme del D.Lgs. n. 165/2001 va letto come conferma dell’impossibile riconduzione del diritto del lavoro pubblico alla disciplina del lavoro privato: sono considerate imperative infatti quelle norme che, essendo poste a tutela di interessi generali ed indisponibili, sono inderogabili per volontà delle parti. Nella specie, le norme del T.U., essendo poste a garanzia dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità, non possono essere derogate né dalla contrattazione collettiva né dal contratto individuale.

legge n. 421 del 1992). Il terzo periodo, infine, indica le materie nelle quali la contrattazione collettiva è consentita, ma “*negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge*” (si tratta delle materie relative alle sanzioni disciplinari e alla valutazione delle prestazioni lavorative ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche).

Si possono distinguere, dunque, tre categorie: 1) quella che comprende le materie nelle quali i contratti collettivi possono liberamente disporre; 2) quella concernenti le materie sulle quali i contratti collettivi non possono assolutamente intervenire; 3) quella comprendente le materie rispetto alle quali i contratti collettivi possono disporre nei limiti stabiliti dalla legge.

L'inosservanza dei limiti alla contrattazione appena descritti (secondo e terzo periodo dell'art. 40, comma 1) è sanzionata dall'art. 2, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 165, a norma del quale, in caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di quei limiti, si applicano gli artt. 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, in tema, rispettivamente, di inserzione automatica di clausole e di nullità parziale dei contratti.

Ciò significa che poiché, come detto prima, le norme del D.Lgs. n. 165/2001 sono norme imperative, tali sono anche quelle che si leggono nell'art. 40, c. 1, di tal che la loro violazione determina la nullità parziale del contratto collettivo (vale a dire che sono cadute solamente le clausole di quel contratto che regolano ambiti preclusi alla fonte negoziale). Se, poi, la clausola contrattuale invalida abbia introdotto una disciplina dell'istituto di volta in volta interessato

difforme da quella prevista dalla legge, le previsioni di quest'ultima si sostituiscono di diritto a quelle contenute nella predetta clausola³⁵.

Tracciando una nuova ripartizione tra materie riservate alla legge statale e alla contrattazione collettiva, e prevedendo in sostanza che gli istituti fondamentali fino ad oggi attribuiti con riserva di legge alla legislazione contrattata tra ARAN e organizzazioni sindacali, debbano trovare definizione esclusiva, in mancanza di espressa delega alla contrattazione, nella norma di legge statale, pare discendere dalla riforma una duplicazione delle fonti sul rapporto di lavoro, con la coesistenza di istituti introdotti con legge statale e nella maggior parte dei casi inderogabili da parte della contrattazione collettiva, e con conseguenti problematiche sul piano della giurisdizione applicabile alla disciplina³⁶.

Dunque, appare evidente una predilezione della fonte coercitiva rispetto a quella pattizia³⁷; del resto, a dispetto della dichiarata “convergenza” tra le fonti, già nei primi documenti programmatici del Ministero per la pubblica amministrazione e l’innovazione del 2008 si sottolineava che *“il principio della privatizzazione, pur prevedendo la competenza della contrattazione collettiva nella materia del rapporto di lavoro, non esclude (né potrebbe), la possibilità che la legge delinei*

³⁵ Contrario a tale impostazione è **B. CARUSO**, *Gli esiti regolativi della “riforma Brunetta”*: come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, cit., secondo cui le norme del TUPI diventano - per un tratto di penna del legislatore - norme imperative, ma non nel senso di norme proibitive la cui violazione, da parte di accordi produrrebbe la nullità assoluta di quest'ultimi; bensì, nel senso di norme cogenti, vale a dire norme ordinarie: la violazione di tale tipologia di norme da parte dell'autonomia negoziale collettiva, produce un possibile effetto correttivo della programmazione negoziale difforme posta in essere dai soggetti contraenti, sindacati e pubbliche amministrazioni.

³⁶ Cfr. **M. DANZA**, *Il rapporto di lavoro nel pubblico impiego dopo la legge Brunetta*, in www.altalex.it, 07.11.2009, il quale osserva come, con tali presupposti, non possa più parlarsi di contrattualizzazione del p.i., almeno nel senso perorato da Massimo D'Antona, ossia nella prevalenza della fonte di regolamentazione di tipo pattizio, evincibile dalla contrattazione collettiva e dalle norme del codice civile.

³⁷ Cfr. **P. SORDI**, *Il sistema delle fonti della disciplina del lavoro pubblico (dopo il d.lgs. n. 150 del 2009)* in Lav. nelle p.a., 2010, 05, 805

un quadro di riferimento normativo che circostanzi l'operatività delle stesse norme collettive"; ed altresì si ricordava il principio basilare, ma escluso dalla privatizzazione quanto ai profili del rapporto di lavoro, che anche l'ordinamento del lavoro scaturito dalla privatizzazione doveva, in ogni caso, fare i conti con *"la necessità che l'esercizio del pubblico potere ... rimanga un potere funzionalizzato alla realizzazione del pubblico interesse"*³⁸.

Ciò nondimeno, più che ri-legificazione, si è ritenuto trattarsi di una ri-focalizzazione della regolazione intorno alle legge, per porre termine alla stagione, non proprio fortunata, del pan-contrattualismo nel pubblico impiego e restaurare l'ordine naturale delle fonti rispetto alla "splendida anomalia" costituita dalla prima e dalla seconda contrattualizzazione³⁹.

Nella sostanza, norme fondamentali nel cammino della privatizzazione non sono state nemmeno toccate: basti pensare all'art. 5 del D.Lgs. n. 165/2001, a termini del cui 1° comma le determinazioni organizzative per assicurare la rispondenza al pubblico interesse dell'azione pubblica erano e rimangono in regime di diritto pubblico; nemmeno è cambiata, in senso pubblicistico, la dizione del 2° comma, per cui comunque le determinazioni in materia di organizzazione degli uffici e gestione del personale sono assunti con i poteri del privato datore di lavoro.

Così, nonostante tutto, secondo illustre dottrina, non sembra scaturire dalla riforma l'"abbandono totale dell'impianto privatistico-contrattuale della disciplina del personale pubblico, e la riesumazione

³⁸ Cfr. Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, *Riforma del lavoro pubblico e della contrattazione collettiva*, Roma, 04.06.2008

³⁹ cfr. **B. CARUSO**, *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta": come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit.

di una “specialità” pubblicistica del regime giuridico della materia: si ha a che fare, piuttosto, con una notevole accentuazione del 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”*⁴⁰.

⁴⁰ G. D’ALESSIO, *Relazione svolta nell’ambito del Corso monografico della Scuola di Specializzazione in Studi sull’Amministrazione Pubblica (SPISA) su “Il nuovo assetto del pubblico impiego a due anni dalla “riforma Brunetta” (Bologna, 18 febbraio 2011)*

CAPITOLO SECONDO

La dirigenza pubblica: evoluzione della legislazione

PREMESSA

L'effettività della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, intesa quale migliore strumento per realizzare il primario obiettivo della riforma del 1992, ossia l'incremento di efficienza dell'azione amministrativa, non poteva che passare da una figura che fosse il corrispettivo dell'imprenditore nel settore privato e che, nell'ambito dei fini che l'amministrazione doveva perseguire, scegliesse i mezzi per concretizzarli.

Ed infatti, la politica fissa le regole che l'amministrazione deve osservare, ma la storia ha provato come non sia necessario, ed anzi sia dannoso, che la scelta dei mezzi per perseguirli spetti ad un soggetto legittimato, direttamente o indirettamente, dal corpo elettorale e, pertanto, scevro da qualunque responsabilità se non quella politica.

Da qui, la figura del dirigente pubblico, che parte con "le capacità e i poteri del privato datore di lavoro", ma che, inevitabilmente, risente della collocazione mediana in cui la legge lo ha posto, in un contesto che ha privatizzato il rapporto di lavoro, ma non l'organizzazione nel suo complesso.

Per questo, appare condivisibile l'impostazione di Mario Rusciano, secondo il quale, nel mettere davvero a confronto il dirigente pubblico e quello privato (*id est*: l'imprenditore) ci si accorgerà di questo: quest'ultimo esprime il potere economico, ed essendo radicato nell'interesse egoistico alla conquista del mercato per l'aumento del profitto, ha una forza che non incontra limitazioni, almeno nella sua struttura essenziale; invece, il dirigente pubblico esprime un potere

che, essendo legato all'interesse generale, incontra inevitabilmente limiti sostanziali e procedurali - a tutela sia dei dipendenti che della collettività - che, anche nella c.d. micro-organizzazione, ne riducono la discrezionalità. Da qui la conclusione che, essendo i due poteri non paragonabili nella loro essenza, il rinvio alla capacità ed ai poteri del privato datore di lavoro *“si risolve in una finzione giuridica, che non sta in piedi”*⁴¹.

La dirigenza è stata rappresentata come Giano bifronte: una faccia verso il vertice istituzionale e l'altra verso l'apparato amministrativo; si tenterà, in questo capitolo, di ricostruire le dinamiche del rapporto tra politica ed amministrazione, improntato dalla “separazione” (*recte*, distinzione) delle funzioni di indirizzo da quelle di gestione.

E' questa una tematica che, seguendo la metafora usata in apertura di trattazione, sta come un cerchio concentrico all'interno del discorso della privatizzazione, prescelto dal legislatore riformatore quale mezzo “principe” per realizzare l'efficienza dell'azione amministrativa.

Referenti costituzionali per questa tematica sono, ancora una volta, l'art. 97, c.1 Cost.: *“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”*; ma anche il c.2: *“Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari”*.⁴²

⁴¹ **M. RUSCIANO**, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 65-66

⁴² Per un'ampia disamina dell'evoluzione dei rapporti politica – amministrazione, nel senso della distinzione funzionale, si rinvia a **S. LICCIARDELLO**, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per “autonomie” e “diritti” dei cittadini*, Torino, 2000

Ed ancora l'art. 95, c. 2 Cost.: *“I ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei Ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri”*.

1. I funzionari direttivi dello Stato: dalla legislazione post-unitaria a quella fascista

L'ossatura dell'apparato amministrativo dello Stato è stata costituita, per quasi un secolo, dalla Legge 28 marzo 1853 n. 1483 (c.d. Legge Cavour), nella quale ancora neppure di dirigenti si parlava, bensì di funzionari direttivi dello Stato.

A simboleggiare lo scarso interesse del legislatore per la burocrazia, si consideri che l'art. 1 c. 1 della predetta legge disponeva che i Ministri avrebbero provveduto “*all'amministrazione centrale dello Stato per mezzo di Uffici posti sotto l'immediata loro direzione*”; ed il successivo regolamento di attuazione R.D. 23 ottobre 1853 n. 1611, del Segretario generale e dei direttori generali dei Ministeri affermava che essi lavoravano “*direttamente col ministro, e sotto la immediata di lui autorità*” (art. 14), risultando responsabili verso il ministro per le attribuzioni loro fatte dai regolamenti, e per quelle altre che loro fossero delegate (art. 16).⁴³

La *ratio* della normativa fin qui esposta è rinvenibile nelle due direttrici della riforma dello Stato che Cavour cercò di imprimere: nel concentrare (art. 1) l'amministrazione statale nei ministeri, sostituendo la precedente struttura, articolata in ministeri ed aziende (i primi svolgevano l'attività di gestione amministrativa, le seconde svolgevano attività di gestione economica) Cavour rese il Ministero il perno dell'amministrazione statale. A capo dei Ministeri erano posti i Ministri, membri del corpo politico, nei quali venivano così concentrate le responsabilità della direzione (la cosiddetta "gestione morale") e quella di esecuzione (la cosiddetta “gestione economica”).

⁴³ Una panoramica completa sull'organizzazione amministrativa post-unitaria è rinvenibile in V. CERULLI IRELLI, *Corso di Diritto amministrativo*, Torino, 1994, 194 ss.

Del resto, lo stesso Statuto Albertino, concesso dal Sovrano pochi anni prima, nel 1848, poneva quale principio cardine la responsabilità dell'Esecutivo nei confronti del Parlamento.

Ne scaturiva *“l’equivoca figura del ministro italico, che enfatizzava il bifrontismo dell’organo-ministro intrinseco a tutti gli ordinamenti”*⁴⁴; questi, infatti, da un lato era membro del corpo politico e come tale legato al Parlamento ed al Re dal rapporto di fiducia, dall’altro lato era la guida dell’amministrazione. Se, peraltro, la creazione cavouriana della figura del Segretario generale del Ministero serviva a creare un tramite tra questi e la burocrazia, l’alta politicizzazione di questa figura rappresentava l’obiettivo di un’attività amministrativa più rapida, ma soprattutto interamente controllabile dal Governo.

Ed invero, la combinazione tra la responsabilità individuale del Ministro, di origine inglese, estesa dal piano della decisione a quello dell’esecuzione, e la struttura napoleonica dello Stato, accentrato ed organizzato secondo l’archetipo delle strutture militari, determinava come corollario che i funzionari direttivi dello Stato, concepiti come *longa manus* dell'Esecutivo, fossero sostanzialmente privi di attribuzioni proprie e legati al Ministro da una subordinazione gerarchica che a cascata coinvolgeva verso il basso tutti gli uffici e che garantiva l’uniforme indirizzo dell’azione amministrativa, senza pericolo alcuno di defezione dagli ordini ministeriali.

Per cominciare a ragionare in termini di possibili combinazioni del rapporto politica – amministrazione, si può con certezza affermare che siffatto rapporto era, in questo contesto, osmotico, non esistendo soluzione di continuità tra il piano delle scelte e quello dell’attuazione,

⁴⁴ C. D’ORTA, *Politica ed amministrazione* in C. D’ORTA – C. MEOLI, *La riforma della dirigenza pubblica*, Padova, 1994, 4

piuttosto essendoci un'identità di fatto tra vertici politici e amministrativi, caratterizzati dalla stessa estrazione geografica, sociale, culturale e politica, tanto da essere spesso fungibili tra loro nei due diversi ruoli.

Né la rigidità dell'impalcatura organizzativa statale veniva incrinata agli inizi del Novecento: si affacciava certamente una nuova era, con un'amministrazione cresciuta nelle sue dimensioni (da 126.000 dipendenti nel 1891 a 377.00 nel 1910, a 509.000 nel 1923), chiamata a presiedere non solo alle funzioni essenziali (ordine pubblico, istruzione, difesa, rappresentanza all'estero, amministrazione della giustizia, opere pubbliche), ma anche ad esercitare funzioni sociali (si pensi ad esempio, alla prima legislazione speciale per le aree depresse del Sud).

Ed allora, il rapporto politica - amministrazione venne riletto alla luce della normativa sull'impiego pubblico, con la legge 25 giugno 1908 n. 290 (c.d. Legge Giolitti - Orlando) recante il primo statuto di regolamentazione del rapporto di lavoro pubblico: emergevano, è vero, prime guarentigie in favore del dipendente pubblico [1- regole certe circa il reclutamento (di norma, per concorso pubblico); 2 - modalità dell'avanzamento basate su un criterio misto (per anzianità e per merito); 3 - enunciazione dei diritti degli impiegati (compreso quello di associazione)], ma contemporaneamente non veniva scalfito nella sostanza il tratto gerarchico della struttura amministrativa.

In altri termini, all'evoluzione della concezione del rapporto di lavoro per quello *status* particolare che, di lì in avanti, avrebbe contraddistinto il pubblico impiego, non faceva seguito nessuna modificazione dello schema organizzativo.

In continuità si pose anche il R.D. 11 novembre 1923 n. 2395 sullo statuto degli impiegati civili meglio noto come “riforma De Stefani” (dal nome del Ministro delle Finanze che la ideò): essa manteneva l'ordinamento gerarchico delle amministrazioni, che veniva modellato sempre più sul modello militare; sul piano del rapporto di lavoro, poi, per respingere definitivamente i primi timidi accenni di privatizzazione del pubblico impiego che si erano affacciati nel dopoguerra, rafforzava i tratti autoritari dell'ordinamento ed irrigidiva le carriere con l'introduzione di tre gruppi A, B e C e l'istituzione di 13 gradi gerarchici.

Nel complesso, a fronte di un primo intervento di non fascistizzazione della burocrazia, di fatto si registrò, per il processo di politicizzazione globale, una massiccia adesione dei dipendenti pubblici al fascismo, adesione che da facoltativa divenne obbligatoria nel corso degli anni Trenta.

A fronte di un venir meno delle velleità governative di invadere il settore amministrativo, il governo della burocrazia rimase delegato esclusivamente alle gerarchie amministrative, ed i direttori generali, in cambio della rituale adesione al regime, assumevano un ruolo sempre più incisivo nel modello di governo di Mussolini, tanto da divenire una sorta di consiglieri del dittatore⁴⁵.

Dunque, a livello dirigenziale, il circuito politica-amministrazione era ancora senza soluzione di continuità.

⁴⁵ cfr. **C. SILVESTRO – S. BONO**, *Lineamenti di storia dell'amministrazione italiana*, in *Diritto & Diritti*, ottobre 2001

2. La Costituzione repubblicana

Nel corso dei lavori dell'Assemblea Costituente, Costantino Mortati formulò una proposta normativa volta ad attribuire competenze e responsabilità proprie a determinate categorie di funzionari e capi servizio, nel senso che *“ogni ministro dirige l'amministrazione ad esso affidata”* e *“nell'ambito delle sue direttive, i funzionari dirigenti dei vari servizi assumono la diretta responsabilità degli atti inerenti ai medesimi”*.

Si trattava, per tutta evidenza, di una formulazione costituzionale altamente innovativa, in rottura col principio gerarchico in favore della direzione, protesa all'incollamento tra responsabilità formale degli atti e responsabilità materiale.

Ma il Presidente della Commissione, Terracini, si oppose alla proposta, chiedendone la riformulazione, e ciò perché, secondo il sentire comune *“già i direttori generali dei ministeri ritengono di essere i veri dirigenti della Nazione”*⁴⁶.

Questo è il risultato: art. 95, c.2 Cost.: *“I ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei Ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri”*.

Art. 97 c.1 e 2 Cost.: *“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.*

Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari”.

La formula adottata dal legislatore costituente è sembrata creare due antinomie tra l'art. 95 e l'art. 97 Cost. ed una tutta interna all'art. 97 Cost..

⁴⁶ cfr. S. RAIMONDI, *Dirigenza*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1988, 2

La prima: l'affermazione della responsabilità ministeriale individuale per gli atti del dicastero, qualora dovesse ritenersi estesa anche agli atti di amministrazione da esso promananti, andrebbe letta come un'ulteriore affermazione del principio gerarchico; per contro, il 2° c. dell'art. 97 Cost., nel conferire alla legge la predeterminazione di sfere di competenza e responsabilità proprie dei funzionari pare distinguere il piano delle scelte da quello dell'attuazione e preporvi soggetti distinti.

In ogni caso il Costituente, con l'attribuire ai funzionari proprie sfere di azione, parrebbe aver superato il principio gerarchico, eppure non si è spinto fino ad imporre un diverso modello di organizzazione amministrativa.

Vero è, peraltro, che il permanere del principio gerarchico si sarebbe posto comunque in contrasto almeno con gli artt. 2, 3 e 5 Cost. che, costituzionalizzando i principi del pluralismo e del policentrismo funzionale, mal si attagliavano ad un'organizzazione verticistica facente capo ai soli Ministeri. Dunque, si tratterebbe di un assetto superato se non espressamente, almeno implicitamente.

La seconda antinomia: come coniugare il principio della responsabilità ministeriale con il 1° c. dell'art. 97, in punto di imparzialità amministrativa?

Ebbene, l'imparzialità è cosa che mal si concilia con una struttura verticistica dove il Ministro, in quanto espressione di una certa maggioranza, e responsabile davanti a questa, inevitabilmente può condizionare l'azione amministrativa pur di averne il plauso.

Da ultimo, l'aporia interna al 1° c. dell'art. 97 Cost., "buon andamento ed imparzialità": se il buon andamento si legge in senso "burocratico", come conformità dell'azione alla legge, non v'è dubbio

che l'azione amministrativa possa essere anche imparziale; se invece il buon andamento è inteso in senso "economico", come raggiungimento del risultato al minor costo, ebbene implica delle scelte che non sempre sono imparziali.

Appare condivisibile la tesi di Patroni Griffi per cui probabilmente il Costituente non ha consacrato *apertis verbis* il principio di distinzione funzionale tra politica ed amministrazione non perché esso mancasse di tale valenza intrinseca, ma perché si ritenne sostanzialmente sufficiente al riguardo il tenore degli articoli approvati dalla "Costituzione amministrativa" e del principio di imparzialità in particolare.

Dunque, non è per una mancanza di copertura costituzionale, che vi è ancorché "implicita", ma per assenza di volontà politica che è stato necessario attendere più di un quarantennio per la creazione di un modello legislativo di riconoscimento di sfere autonome di funzioni e responsabilità⁴⁷.

⁴⁷ Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in Lav. nelle p.a., 2009, 02, 273 ss.

3. Il D.P.R. 30 giugno 1972 n. 748

Sin dagli anni Sessanta si cominciò a ragionare non più solo in termini di compattezza dell'indirizzo, ma anche di autonomia e di flessibilità dell'azione amministrativa; l'amministrazione cominciava ad essere percepita, più che come un blocco monolitico, come un insieme di frammenti per ciascuno dei quali occorrevo regole specifiche⁴⁸.

Scoppiarono altresì degli scandali – quello della costruzione dell'aeroporto di Fiumicino e i casi Ippolito e Trabucchi – dai quali originarono le inchieste di varie commissioni parlamentari. In particolare, la Commissione Medici del 1962 rilevò che la mancata attribuzione di competenze esclusive esterne agli organi ministeriali non consentiva di trovare i soggetti realmente responsabili di certe condotte che finivano per confluire tutte nell'alveo di una responsabilità ministeriale di incerta definizione, mentre sarebbe stato preferibile sollevare il Ministro dalla cura dei singoli affari per concentrarne i poteri nell'esercizio di talune funzioni preminenti⁴⁹.

In questo nuovo clima concettuale sui rapporti politica-amministrazione maturò l'idea che l'antinomia tra gli artt. 95 e 97 Cost. fosse solo apparente⁵⁰, e che pertanto la responsabilità del Ministro per gli atti del proprio dicastero andasse letta come generale responsabilità politica per tutti gli atti di quel ramo di amministrazione, e come responsabilità specifica solo per gli atti rientranti nelle sue proprie competenze (nomine dirigenziali, atti di indirizzo ecc.).

⁴⁸ cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere pubblico. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 79

⁴⁹ A. BOSCATI, S. MAINARDI, V. TALAMO, *Rapporto tra organi politici ed organi burocratici*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2005, 19

⁵⁰ cfr. L. CARLASSARE, *Amministrazioni e potere politico*, Padova, 1974, 171

Così il Parlamento, con legge 18 marzo 1968 n. 249 conferì delega al Governo per il riordino dell'amministrazione statale, il decentramento delle funzioni, il riassetto delle carriere e delle retribuzioni dei dirigenti statali.

Vero è che il parametro di riferimento continuava ad essere la riconducibilità di tutta l'attività del ministero alla responsabilità del Ministro, però ci si sarebbe dovuti confrontare, in sede di attuazione della delega, con un contesto normativo del tutto mutato: la legge 17 marzo 1970 n. 281 trasferiva alle neonate regioni a statuto ordinario molte le funzioni amministrative fino a quel momento svolte dall'amministrazione centrale dello Stato, che veniva liberata dall'attività di adozione di provvedimenti e, quindi, era destinata a svolgere solo attività di indirizzo e coordinamento; l'alta burocrazia statale premeva pertanto affinché, a questa perdita di funzioni concrete, facesse da contraltare una normativa di precisazione del nuovo ruolo che la stessa stava assumendo.

In sede di rinnovo della delega, all'art. 12 della legge 28 ottobre 1970 n. 775 si introdusse la previsione di *“una nuova disciplina delle funzioni dirigenziali e delle attribuzioni esterne ed interne degli uffici centrali e periferici delle amministrazioni dello Stato”*; altresì, il legislatore delegato avrebbe dovuto trattare la ristrutturazione dei ministeri con l'individuazione degli uffici dirigenziali.

Ma il D.P.R. 30 giugno 1972, n. 748 non rispettò tale dettame, e ciò gli costò la negazione del visto e della registrazione da parte della Corte dei Conti ⁵¹. In sede di successiva rilettura, tuttavia, il Consiglio dei Ministri non solo non apportò alcuna modifica, ma anzi deliberò di

⁵¹ Corte dei conti, sez. contr., 25.8.1972, n.493

“dargli corso”, asserendo che i due profili, disciplina della dirigenza e ristrutturazione degli uffici erano autonomi.

Alla Corte dei conti non restò allora che registrare il decreto con riserva⁵², nonostante che i suoi rilievi fossero corretti: per le pressioni della burocrazia si disciplinava la dirigenza, ma il fondamento, il riordino dei ministeri, veniva del tutto trascurato⁵³.

Le innovazioni introdotte, al di là delle affermazioni di principio, non appaiono comunque di portata così dirompente: la stessa legge delega del 1970 per una mano concedeva ai dirigenti l’emanazione di atti “anche” a carattere definitivo, per l’altra faceva salvi i poteri connessi alla supremazia gerarchica generale spettante ai Ministri su tutti gli uffici ed in ordine ad ogni attività del dicastero cui erano preposti, ai sensi dell’art. 95 della Costituzione.

Dunque, in sostanza, ai dirigenti venivano finalmente attribuiti non soltanto precisi compiti di direzione di uffici (o ispettivi o di studio), ma, soprattutto, nell’ambito di indirizzi e programmi definiti dal ministro, effettivi e autonomi poteri di decisione, nonché poteri negoziali in nome e per conto dell’amministrazione.

Per converso, in capo al Ministro permanevano i poteri di direttiva, articolati a loro volta in: potere di emanare le direttive, potere di fissare i programmi di massima e di porre eventuali scale di priorità.

Ma soprattutto permanevano in capo all’Esecutivo penetranti poteri di controllo, consistenti nel potere di annullamento per vizi di legittimità, di revoca o riforma degli atti dirigenziali per vizi di merito; potere di revoca o modifica dei provvedimenti concessori emessi dai dirigenti, se ci fossero state ragioni di pubblico interesse; potere di decidere i

⁵² Corte dei Conti, sezz. riunite, 6/12/1972, n.14

⁵³ sul punto cfr. **P. PLUTINO**, *La riforma della dirigenza statale*, Napoli, 1999,36

ricorsi gerarchici avverso atti non definitivi dei dirigenti; potere di avocazione.

Quest'ultimo potere risultava particolarmente pregnante, perché, a prescindere da quale dirigente promanassero gli atti, il Ministro aveva sempre la possibilità di avocare i singoli affari relativi a provvedimenti concessori; inoltre, per gli stessi atti, il Ministro aveva facoltà di riservarsi in via preventiva. In tale contesto, l'avocazione non era giustificata dall'inerzia del dirigente, ma si configurava come una presa di posizione del Ministro, in tanto più intollerabile in quanto si svolgeva su un'ampia gamma di atti, tutti a contenuto altamente discrezionale.

In sintesi, tali poteri di controllo erano straordinari solo di nome, ed anzi simboleggiavano un attaccamento ancora forte alla gerarchia⁵⁴.

Questa contraddizione di fondo tra una forma che riconosceva compiti propri (non ancora competenze esclusive) ai dirigenti, ed una sostanza che li rendeva inefficaci a fronte dell'ingerenza del Ministro, fu la causa della sfortuna del D.P.R. n. 748/1972.

A taluni è addirittura parso che si trattasse solo di una “*riforma di facciata. Facciata probabilmente necessaria...a giustificare gli aumenti retributivi, tra l'altro presto erosi dall'inflazione, richiesti dagli alti vertici burocratici*”⁵⁵.

Tuttavia, secondo altra dottrina⁵⁶, la riforma c'era, seppur timida, ed i problemi sono sorti semmai nell'attuazione, per cui, da un lato i

⁵⁴ sull'ovvietà dell'avocazione nella gerarchia, C. D'ORTA, *Politica e amministrazione*, cit., 70: “la eventuale sovrapposizione dell'organo politico al dirigente, nell'esercizio di poteri pur ordinariamente conferiti a quest'ultimo, esprime un diverso apprezzamento discrezionale del singolo atto, assume una specifica valenza repressiva e di ripristino delle attribuzioni “reali” su quello delle attribuzioni formali, risultante dal riconoscimento di margini di autonomia alla dirigenza”.

⁵⁵ P. PLUTINO, *La riforma della dirigenza statale*, cit., nota a p.36

⁵⁶ C. D'ORTA, *Politica e amministrazione*, cit., 11

Ministri hanno omesso di emanare le direttive per lo svolgimento delle funzioni, dall'altro lato i dirigenti, lungi dal far valere le loro nuove prerogative, hanno accettato supini il ridimensionamento di fatto della portata della riforma. Basti pensare che, nelle more del D.P.R. n.748 non ci fu mai bisogno di annullare, riformare o avocare un atto di un dirigente.

3.1. Il modello di riferimento: il principio gerarchico

Come dianzi esaminato, il principio organizzatore generale che ha connotato dall'inizio le relazioni sia sul piano strutturale che su quello funzionale tra politica ed amministrazione è il principio gerarchico: espressione di un modello monista di potere pubblico, vede la P.A. come un blocco monolitico strutturalmente parte dell'Esecutivo e sottoposta ai suoi comandi⁵⁷.

L'attività di esecuzione viene ripartita tra le diverse unità in cui questo blocco si articola secondo criteri quantitativi, di materia o di valore, ma sempre presupponendo un'identità di fondo della competenza stessa che consente in qualunque momento all'ufficio sopraordinato o al vertice ministeriale di richiamare la pratica.

Non a caso, gli atti che costituiscono espressione tipica di tale relazione interorganica sono: il comando, l'avocazione, il ricorso gerarchico ed i poteri di annullamento, revoca e riforma degli atti dell'ufficio subordinato.

Ciò per l'impossibilità di identificare una competenza propria in capo all'ufficio subordinato ed in generale, in capo a tutta la P.A. rispetto al vertice politico: questo era l'unico legittimato sul piano

⁵⁷ Per l'esame dei principi distributivi della competenze e delle responsabilità, cfr. L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 18 ss.

dell'ordinamento esterno; quella, invece, restava confinata nell'ordinamento interno, con un conseguente scollamento tra il piano della responsabilità formale e quello della responsabilità sostanziale dell'agire amministrativo.

4. Il decreto legislativo 3 febbraio 1993 n. 29

Come accennato nel primo capitolo, la legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, nata per fronteggiare un costo del lavoro pubblico divenuto insostenibile, venne ad essere il contenitore perfetto per la riforma del pubblico impiego, della dirigenza e della mobilità.

Quanto al contesto della riforma, gli scandali che portarono, in quegli anni, a “Tangentopoli”, ebbero una tale eco sull’opinione pubblica da far ritenere improcrastinabile un intervento forte sulla materia: in Italia il difficile rapporto politica – amministrazione era diventato *“un intreccio diffuso tra tecniche di spoils system, nell’accezione tutta italiana delle pratiche clientelari e dell’uso dell’amministrazione pubblica come riserva elettorale, e meccanismi di irresponsabilità dei corpi burocratici”*⁵⁸.

La prima novità del decreto legislativo n. 29 del 1993 fu la sterzata decisiva nel senso della separazione – *melius*, distinzione - tra politica e amministrazione. L’idea di un chiaro riparto di competenze era presente sin dalla formulazione originaria del decreto, e non ha subito mutamenti sostanziali neanche con i decreti correttivi, il decreto legislativo n. 546 del 1993 e il n. 470 del 1993.

Questi i punti fondamentali della riforma:

1. attribuzione dell'autonomia gestionale ed operativa ai dirigenti: la legge ha attuato in modo netto il principio di separazione tra politica ed amministrazione, riservando ai dirigenti l'attività gestionale e al Ministro il solo potere di indirizzo e coordinamento. L'art. 3 del decreto legislativo sancisce una netta distinzione delle rispettive competenze. In base ad esso, agli organi di governo è riservata l'individuazione degli obiettivi

⁵⁸ L. MARIUCCI, *Una riforma in itinere*, in *Lavoro e diritto*, 1996, n.3, 492

generali e dei programmi da realizzare e la verifica della corrispondenza dei risultati dell'attività espletata agli indirizzi impartiti; alla dirigenza spetta la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica. Ciò comporta per il dirigente, in definitiva, la possibilità di adottare tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno⁵⁹; sul versante interno, poi, i dirigenti generali assumono (art. 14) le determinazioni relative all'organizzazione e gestione del rapporto di lavoro con le capacità ed i poteri del privato datore di lavoro, per tali intendendosi anche poteri di verifica e controllo sugli uffici subordinati che si spingono fino al potere sostitutivo in caso di inerzia⁶⁰;

2. in via consequenziale, l'affermazione del principio di responsabilità: l'autonomia dirigenziale nella gestione del proprio ufficio, al fine del conseguimento degli obiettivi fissati in sede politica, comporta la responsabilità per il perseguimento degli obiettivi stessi;
3. il “quasi” superamento della relazione gerarchica tra la dirigenza ed il ministro: in virtù di un procedimento “a cascata”, il ministro fissa gli obiettivi, adotta gli atti di indirizzo ed assegna ai dirigenti le quote di bilancio per garantirne l'attuabilità. Dunque, a fronte dell'ordine, che pretende mera applicazione, l'atto tipico in cui si concretano le scelte governative diventa la direttiva che non comporta mera obbedienza, ma *“implica un adeguamento valutativo da parte*

⁵⁹ Cfr. C. COLAPIETRO, *Governo e Amministrazione - I La dirigenza pubblica tra imparzialità e indirizzo politico*, Torino 2004, 72

⁶⁰ Si noti in ciò la differenza sostanziale rispetto allo strumento dell'avocazione: essa opera in via preventiva, mentre la sostituzione opera solo successivamente all'accertamento dell'inerzia dell'ufficio preposto all'affare

*dell'ufficio subordinato e ammette, in estrema ipotesi, la non attuazione, purchè motivata*⁶¹;

4. “quasi” superamento della gerarchia, perché residua in capo al Ministro, a termini dell’art. 14, c. 3, un potere di avocazione, seppur esperibile in via d’eccezione e per comprovati motivi di necessità ed urgenza.

L’esperienza applicativa del D.Lgs. n. 29/1993 ha dimostrato che sarebbe stato meglio prevedere, piuttosto, un potere sostitutivo in caso di inerzia analogo a quello esperibile dal dirigente generale nei confronti degli uffici subordinati; altrettanto auspicabile sarebbe stata un’abrogazione espressa degli altri poteri di autotutela presenti nel D.P.R. n. 748/1972, invece della “pilatesca” formulazione dell’art. 74 del D.Lgs. n. 29/1993 per cui *“nei confronti del personale con qualifiche dirigenziali non trovano applicazione le norme del D.P.R. n. 748 del 1972 incompatibili con quelle del presente decreto*⁶².

5. la semplificazione delle qualifiche dirigenziali, che passano dalle tre previgenti a due (dirigente generale e dirigente), nonché la previsione di tre diversi meccanismi di conferimento dell’incarico dirigenziale⁶³; si tenga presente, tuttavia, che in

⁶¹ C. D’ORTA, *Politica e amministrazione*, cit., 27

⁶² Cfr. S. CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del p.i.*, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, I, 1993, 292 ss. : *“in questa formula non si sa se apprezzare di più l’ipocrisia (essa non abroga disposizioni, prevede che non si applichino ...), oppure l’ignavia (se c’era chi doveva stabilire le norme incompatibili, questo era proprio il legislatore)”*. Ed in effetti, l’ambiguità del dettato normativo ha permesso, ad esempio, al Consiglio di Stato, di emettere parere favorevole alla sopravvivenza del ricorso gerarchico al ministro avverso gli atti dei dirigenti generali, ritenendolo a garanzia del cittadino interessato ad un riesame della faccenda, almeno fino a quando il legislatore non lo avesse espressamente fatto oggetto di abrogazione: Cons. Stato, 15.12.1993, parere n. 302/1993.

⁶³ Cfr. S. CASSESE – A. MARI, *L’oscuro ruolo dell’alta dirigenza italiana*, in *Politica del diritto*, 2001, 1, pp. 13-14. La prima, più tradizionale, disposta con decreto del Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del ministro competente, a favore di persone dotate di professionalità adeguata alle funzioni da svolgere, con qualifica di

questa prima tornata riformatrice, la dirigenza generale viene esclusa dalla privatizzazione del rapporto di lavoro, che resta dunque interamente in regime di diritto pubblico e sotto la giurisdizione amministrativa⁶⁴.

4.1 La “novella” del 1998 e il Testo Unico del 2001

Il d.lgs. n. 80/1998, oltre a privatizzare il rapporto di lavoro anche per la dirigenza generale, attua la “sterzata finale” nel senso della distinzione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione; siffatta distinzione viene integralmente trasfusa nel D.Lgs. n. 165/2001 in questo senso:

1. agli organi di governo spettano, “in particolare”: le decisioni in materia di atti normativi e l’adozione dei relativi atti di indirizzo interpretativo ed applicativo; la definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l’azione amministrativa⁶⁵; l’individuazione delle risorse e la loro ripartizione tra gli uffici dirigenziali generali (art. 3 c 1 D.Lgs. n. 29/1993 novellato, oggi art. 4, c. 1 T.U.). Per contro, ai dirigenti spetta l’adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi quelli che impegnano l’amministrazione all’esterno⁶⁶; essi godono di autonomi poteri di spesa, di gestione delle risorse

dirigente dei ruoli delle stesse amministrazioni; la seconda, disposta con le stesse modalità, ma in favore di esperti di particolare qualificazione, esterni all’amministrazione; la terza, consistente nel conferimento di incarichi di dirigente generale con contratto di diritto privato di durata massima di cinque anni.

⁶⁴ Ciò creando una discrepanza nel regime interno alla dirigenza tale da determinare, ad opera del TAR Lazio, il sollevamento di questione di legittimità costituzionale, risolta in senso favorevole alla privatizzazione da Corte Cost., 25.07.1996 n. 313

⁶⁵ Al fine di permettere concretamente il circuito indirizzo-gestione, la novella del 1998 fissa termini più stringenti al ministro per la definizione delle direttive e l’assegnazione dei budget: al più tardi, entro 10 giorni dall’entrata in vigore della legge di approvazione del bilancio.

⁶⁶ Il riferimento espresso non più alla sola gestione, ma anche all’adozione di atti e provvedimenti a rilevanza esterna, nonché l’attribuzione della responsabilità del risultato è indice del conferimento in via esclusiva ai dirigenti del potere di amministrazione concreta.

umane, strumentali e di controllo, e conseguentemente sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei risultati (art. 4, c. 2 T.U.). A chi in dottrina ha ritenuto che la dizione del c. 1 fosse troppo "aperta" nell'indicare "in particolare", e non in maniera tassativa, quali fossero le materie riservate all'esecutivo, è possibile obiettare che la novella del 1998 introduce due clausole di salvaguardia dell'autonomia dirigenziale: la prima, al 3° c. del medesimo art. 4, per cui le attribuzioni dirigenziali di cui al 2° c. sono derogabili solo "*espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative*"; la seconda (art. 45 c. 1 D.Lgs. n. 80/1998, oggi confluita nella norma di chiusura dell'art. 70 c.7 D.Lgs. n. 165/2001), per cui "*le disposizioni che conferiscono agli organi di governo l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi... si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti*";

2. al fine di consentire al Ministro l'elaborazione degli obiettivi, la trasfusione di essi nelle direttive e l'assegnazione delle risorse, viene prevista al c. 2 dell'art. 14 del D.Lgs. n. 165/2001 la creazione di uffici di *staff*, ossia strutture amministrative di diretta collaborazione al ministro, la cui disciplina è rimessa alla fonte regolamentare;
3. quanto ai poteri straordinari ancora in capo all'esecutivo, la novella del 1998 li abroga espressamente (art. 14 c.3 T.U.)⁶⁷.

⁶⁷ del resto, nella Relazione sull'attuazione del decreto legislativo n. 29/1993, la Corte dei conti si era interrogata sull'abuso fatto dall'esecutivo del potere di avocazione per necessità ed urgenza, tale che veniva da interrogarsi se si trattasse di invasione di campo da parte dei Ministri, o piuttosto di riluttanza da parte dei dirigenti ad assumersi le responsabilità connesse all'adozione degli atti.

Solo in caso di inerzia o ritardo il Ministro fissa un termine perentorio per l'adozione dell'atto: qualora permanga l'inerzia del dirigente, o in caso di grave inosservanza delle direttive da cui possa discendere pregiudizio per l'interesse pubblico, il Ministro, salvi oscuri "casi d'urgenza" (in cui sembrerebbe poter intervenire direttamente) e comunque previa contestazione, può nominare un commissario *ad acta*⁶⁸. Di poi, l'espresso riferimento abrogativo solo ai poteri di revoca, riforma, riserva ed avocazione, fa sì che si mantenga in capo al Ministro il residuo potere di annullamento in autotutela; con ciò creandosi un'evidente contraddizione, per l'attribuzione alla politica di un'insolita funzione di garanzia della legalità⁶⁹.

4. tutti i dirigenti statali vengono inseriti in un Ruolo Unico e distinti in due fasce, cioè incaricati di uffici di livello dirigenziale generale o di livello dirigenziale: in pratica, la qualifica viene applicata all'ufficio ed alle mansioni connesse, e non al soggetto titolare;
5. ad eccezione del personale delle amministrazioni ritenute più espressive della sovranità (magistrati, avvocati dello Stato, personale militare e di polizia ... art. 2 D.Lgs. n. 165/2001) che permane in regime di diritto pubblico, anche la dirigenza generale viene investita dalla seconda privatizzazione e dunque vede nel contratto la disciplina del rapporto di lavoro e – lo si

⁶⁸ Favorevole all'organo ausiliario terzo è **L. TORCHIA**, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 72; contra, **P. PLUTINO**, *la riforma della dirigenza statale*, cit., 132, il quale nota che, comunque, il commissario promana dal vertice politico e, a rigor di logica, in caso di inerzia volontaria, il soggetto più adatto a sostituirsi sarebbe quello che prefigge l'obiettivo disatteso, dunque il Ministro personalmente.

⁶⁹ Cfr. **G. D'AURIA**, *La tormentata riforma della dirigenza pubblica*, in Lav. nelle p.a., 2001, 30

vedrà in appresso – anche l'individuazione dei profili fondamentali dell'incarico.

4.2 Altre attribuzioni dirigenziali: dalla Legge Frattini (L. n. 145/2002) alle riforme Brunetta (D.Lgs. n. 150/2009) e Tremonti (L. n. 122/2010), allo spending review (L. n. 135/2012)

Poiché obiettivo della trattazione è – almeno per il momento – il superamento del modello gerarchico attraverso una nuova ripartizione legislativa tra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione, non ci si soffermerà sullo snodo degli conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, rinviando sul tema ai capitoli successivi, anche per ravvisare la portata incisiva spiegata dalle riforme del 2002 e del 2009 – 2010.

Fermandosi solo sul profilo delle attribuzioni, la riforma operata con legge 15 luglio 2002 n. 145 (c.d. legge Frattini) non le tocca nella sostanza, se non per potenziarle a favore della dirigenza.

1. Né l'art. 4, né l'art. 14 del T.U. del pubblico impiego (ossia le norme cardine sull'indirizzo politico – amministrativo) vengono modificati; all'art. 17, a seguito dell'elencazione delle funzioni dirigenziali, viene aggiunto un comma 1 bis, che prevede la possibilità, per un periodo limitato e per comprovate ragioni di servizio, che i dirigenti possano delegare, con atto scritto e motivato, alcune delle funzioni di cui al c. 1 ai dipendenti che rivestano le posizioni più elevate all'interno dei loro uffici;
2. Viene introdotto un art. 17 - bis che istituisce un'area contermine alla dirigenza, costituita dalla vicedirigenza. Oggetto di una separata area di contrattazione, si tratta di una

figura affine ai “quadri direttivi” nel lavoro privato, dunque teoricamente indispensabile in una organizzazione efficiente ed efficace: nondimeno, nella prassi applicativa si è trattato di una figura che non ha funzionato, che ha portato ad una serie di giudicati più o meno favorevoli alla vice dirigenza, e soprattutto ha causato disparità di trattamento per i dipendenti delle diverse aree geografiche che hanno presentato ricorso; ragion per cui l’art. 17 bis è stato recentemente abrogato dalla L. n. 135/2012;

3. il Ruolo Unico della dirigenza viene smantellato e ripristinati i precedenti ruoli ministeriali.

Con la riforma Brunetta (D.lgs. n. 150 del 27 ottobre 2009) si introduce, all’art. 5 del T.U. del 2001, la previsione – peraltro abbastanza superflua - che le determinazioni per l’organizzazione degli uffici e la gestione del personale sono assunte “esclusivamente” dagli organi preposti alla gestione e che, in particolare rientrano nell’esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione e l’organizzazione del lavoro nell’ambito degli uffici.

Tra le funzioni dei dirigenti generali (art. 16 T.U.) vengono aggiunte: quella di proposizione delle risorse necessarie ai fini dello svolgimento dei compiti dell’ufficio, anche ai fini dell’elaborazione del piano triennale del fabbisogno del personale; quella di concorso alla definizione di misure idonee a prevenire la corruzione e alla verifica del rispetto delle stesse da parte dei dipendenti subordinati.

Anche ai dirigenti viene affidata, in aggiunta all’art. 17, la proposizione delle risorse umane necessarie all’ufficio; la gestione del personale e delle risorse assegnate, anche al fine della prevenzione di fenomeni corruttivi; la valutazione del personale del loro ufficio, ai

fini della progressione economica, nonché la corresponsione di premi incentivanti ed indennità.

La successiva legge n. 122 del 30 luglio 2010 inserisce, tra le competenze dei dirigenti generali, l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 17 c.2 del D.Lgs. n. 163/2006 in punto di contratti di lavori, servizi e forniture secretati o che esigono particolari misure di sicurezza.

Infine, la legge n. 135 del 2012 di conversione del D.L. 6 luglio 2012 n. 295 in materia di revisione della spesa pubblica, conferisce loro l'ulteriore potere di monitoraggio, tra le attività svolte dal loro ufficio, di quelle a più alto rischio corruzione disponendo con provvedimento motivato la rotazione del personale sottoposto a procedimento penale o disciplinare per condotte di natura corruttiva.

“Nulla di nuovo sotto il sole” – viene da dire: il principio di separazione politica – amministrazione sembra fatto salvo, almeno sul piano delle attribuzioni.

4.3 Il modello di riferimento: distinzione funzionale tra indirizzo e gestione

Troppo spesso la dottrina, per esprimere sinteticamente la *ratio* delle riforme degli anni Novanta, ha usato il termine “separazione politica – amministrazione”: ciò, verosimilmente, per segnare una cesura rispetto all'osmosi che caratterizzava il rapporto gerarchico e per segnalare autonome sfere di competenza e di responsabilità.

Tuttavia, appare più calzante parlare di “distinzione” tra funzioni di indirizzo e controllo, proprie degli organi politici, e funzioni di gestione amministrativa, riservate alla dirigenza⁷⁰.

Applicato a tutte le amministrazioni con organi di vertice espressione di rappresentanza politica, il principio consiste nel differenziare le funzioni di indirizzo, ossia la fase della fissazione dei fini, dalle funzioni di attuazione e gestione, cioè di perseguimento concreto degli obiettivi: la legittimazione politica abilita alle prime funzioni, quella tecnico professionale abilita alle seconde.

Si fa qui riferimento alle attribuzioni di tipo finale, per cui agli organi politici spetta l'adozione degli atti a contenuto normativo e delle direttive volte a orientare l'attività degli uffici amministrativi; ai vertici burocratici spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi e, più in generale, di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno.

Quanto alle attribuzioni di tipo strumentale (uffici, risorse umane e finanziarie), la distribuzione delle competenze tra politici e dirigenti si fonda sul c.d. criterio della soglia: Per cui, agli organi politici competono le scelte di macro-organizzazione degli uffici, nonché la ripartizione del personale e delle risorse finanziarie tra i vari uffici dirigenziali generali; alla dirigenza competono gli atti di c.d. micro-organizzazione degli uffici e l'ulteriore ripartizione, nonché gestione, delle risorse umane e finanziarie tra i vari centri di responsabilità nell'ambito degli uffici dirigenziali generali.

Siffatto rapporto è riconducibile alla formula organizzatoria della direzione⁷¹: la sfera di competenza dell'organo sovraordinato non è

⁷⁰ Si tratta di un principio previsto per la prima volta nell'ordinamento degli enti locali, approvato con L. n. 142/1990

comprensiva di quella dell'organo subordinato, e il primo non ha poteri di ordine nei confronti del secondo, ma solo il potere di emanare indirizzi e direttive.

Dunque, lungi dal trattarsi di strutture separate, politica e dirigenza operano nello stesso settore, ma su piani differenti: non mancano, infatti, momenti di controllo, e soprattutto l'esercizio del potere sostitutivo in caso di inerzia o l'attivazione della responsabilità dirigenziale per grave inosservanza delle direttive.

Dunque, la "separazione" avrebbe dovuto agire sulle strutture, la "distinzione" muove sulle funzioni: competenze esclusive, ma in un equilibrio dinamico ed in continuo interscambio.

⁷¹ Secondo **L. TORCHIA**, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 20, il modello della direzione sarebbe proprio del D.P.R. n. 748/1972, per l'individuazione di compiti propri dei dirigenti, in superamento della finzione di onniscienza (ma non ancora quella di onnipotenza) del Ministro; dal D.Lgs. n. 29/1993 in poi, il modello sarebbe quello dell'autonomia.

CAPITOLO TERZO

Il conferimento degli incarichi dirigenziali

PREMESSA

Nel cammino della privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, certamente un banco di prova del reale trapasso del sistema delle fonti è costituito dalla materia del conferimento degli incarichi dirigenziali.

Non è un caso, infatti, che proprio partendo dalla dirigenza, la Corte Costituzionale abbia via via assecondato il cammino di riforma, attuando una “*costituzionalizzazione*” della privatizzazione “*duttile nell’argomentare e costante nel decidere*”⁷².

Ma, all’inizio, certamente anche la Consulta ha risentito dell’impostazione maggioritaria, che vedeva nella riserva di legge dell’art. 97 Cost. il baluardo dell’ideologia organicista del pubblico impiego e della sottoposizione dello stesso a fonti normative, primarie o secondarie, ma certamente non a fonti contrattuali.

Chiamata a giudicare della legittimità costituzionale, tra gli altri, dell’art. 146 del D.P.R. n. 3/1957 e dell’art. 28 della L. n. 300/1970, la Corte affermava che “*E’ stato senza dubbio meritorio, grazie anche a recenti contributi dottrinali, “liberare” il rapporto di lavoro nell’impiego pubblico dalla prevaricante sovrapposizione del rapporto c.d. organico o di ufficio, distinguendo nettamente tra i due tipi di relazione per ciò che riguarda la loro disciplina e accentuando le sostanziali analogie tra lavoro alla dipendenza di privati e lavoro prestato agli enti pubblici non economici ed in particolare allo Stato;*

⁷² F. CARINCI, *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in Lav. nelle p.a., 2006, 3-4, 450

ma il problema più delicato sorge proprio una volta che si siano operate le necessarie distinzioni ... fino a che punto ed in quale ambito soggettivo produca invece diversità l'inserimento del lavoro in una amministrazione, retta dal principio, costituzionalmente prescritto, del "buon andamento". Tale principio, enunciato nell'art. 97 Cost., non riguarda esclusivamente l'organizzazione interna dei pubblici uffici, ma si estende alla disciplina del pubblico impiego, "in quanto possa influire sull'andamento dell'amministrazione" (sent. n. 124 del 1968, n. 6 in motivazione). In altre parole, è innegabile che la disciplina del lavoro è pur sempre strumentale, mediamente o immediatamente, rispetto alle finalità istituzionali assegnate agli uffici in cui si articola la pubblica amministrazione ... Ed anche se si intendesse privatizzare i rapporti di lavoro con lo Stato non collegati all'esercizio di potestà pubbliche, dovrebbero pur sempre essere conservati come rapporti di diritto pubblico quelli dei dipendenti, cui tale esercizio è o potrebbe essere affidato"(sentenza n. 68 del 5 maggio 1980).

La Corte, in pratica, pur salutando con favore una disciplina del rapporto di lavoro univoca in ambito pubblico e privato, non poteva dimenticare che la preposizione ad alcuni uffici inevitabilmente spiegava riflessi sulla funzione pubblica, sicchè era impossibile privatizzarli.

Con queste premesse, la dottrina nutriva fondati timori che la Consulta avrebbe accolto il cambiamento che stava per delinearsi con la legge delega n. 421/1992; ma in realtà, come vedremo, questo fu molto tenue, relativamente alla dirigenza, in questa prima stagione della privatizzazione, ed in ogni caso, lungi dal rompere col suo passato, la

Corte ha dimostrato di adattarsi al crescendo del processo riformatore, anche a costo di qualche salto logico nell'argomentazione.

Obiettivo del prosieguo della trattazione è dunque l'esame del momento del conferimento dell'incarico dirigenziale come testimone del progressivo mutamento del sistema delle fonti del pubblico impiego; né potrà mancare l'analisi delle problematicità sottese all'instaurando rapporto ed in generale delle criticità della materia degli incarichi, sentita dal legislatore come l'unico modo di restituire alla politica ciò che le è stato tolto in termini di competenze gestionali.

1. Gli incarichi di funzione dirigenziale nel D.Lgs. n. 29 del 1993 e la decisione della Corte Costituzionale n. 313 del 1996

L'art. 19 del D.Lgs. n. 29 del 1993, rubricato "Incarichi di funzioni dirigenziali" nella formulazione originaria, prevedeva:

"1. Per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale e per il passaggio ad incarichi di funzioni dirigenziali diverse si tiene conto della natura e delle caratteristiche dei programmi da realizzare, delle attitudini e della capacità professionale del singolo dirigente, anche in relazione ai risultati conseguiti in precedenza, applicando di norma il criterio della rotazione degli incarichi ed adottando le procedure di cui ai commi 2 e 3.

2. Gli incarichi di direzione degli uffici di ciascuna amministrazione dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, di livello dirigenziale generale sono conferiti con decreto del Ministro competente, sentito il Presidente del Consiglio dei Ministri, a dirigenti generali in servizio presso l'amministrazione interessata. Con la medesima procedura sono conferiti gli incarichi di funzione ispettiva e di consulenza, studio e ricerca di livello dirigenziale generale.

3. Gli incarichi di direzione degli uffici di ciascuna amministrazione dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, di livello dirigenziale sono conferiti con decreto del Ministro, su proposta del dirigente generale competente, a dirigenti in servizio presso l'amministrazione interessata. Con la medesima procedura sono conferiti gli incarichi di funzione ispettiva e di consulenza, studio e ricerca di livello dirigenziale."

Per escludere a priori che il conferimento degli incarichi dirigenziali seguisse una procedura concorsuale o simile, il primo comma della norma non contempla l'affidamento dell'incarico come la risultante di un giudizio comparativo; piuttosto, contiene un'indicazione letterale di segno contrario, laddove precisa che per il conferimento dell'incarico occorresse tener conto, tra l'altro, delle attitudini e della capacità professionale "del singolo dirigente". Mancano peraltro indicazioni circa l'individuazione del novero dei soggetti potenzialmente interessati alla valutazione comparativa⁷³.

Degna di pregio è l'introduzione della regola della rotazione degli incarichi: si tratta di un meccanismo che, oltre a consentire l'arricchimento del bagaglio culturale e professionale del dirigente, evita la cristallizzazione di posizioni di potere ed è funzionale ad una periodica rimodulazione delle scelte di natura organizzativa: per questo non va confuso con l'istituto della revoca, a carattere prevalentemente sanzionatorio⁷⁴.

Nulla quaestio sul 2° comma della norma, almeno in questa prima formulazione: da un lato vi è il provvedimento di conferimento dell'incarico, atto di investitura nell'ufficio, adottato, nel caso dei dirigenti generali, con decreto del Presidente della Repubblica, e nel caso degli uffici dirigenziali non generali con decreto del ministro competente; dall'altro lato, con la stipula del contratto di lavoro si

⁷³ Cfr. **P. SORDI**, *Le controversie in tema di incarichi dirigenziali*, in Lav. nelle p.a., 05, 766, nonché **C. ZOLI**, *La dirigenza pubblica tra autonomia e responsabilità: l'attribuzione degli incarichi*, in Lav. nelle p.a., 2005, 02, 263 ss., il quale smentisce la ricostruzione operata dalla giurisprudenza amministrativa nella vigenza del testo originario del D.Lgs. n. 29/1993 nel senso della riconduzione della procedura di affidamento dell'incarico ad un contesto concorsuale o paraconcorsuale. Si trattava, secondo l'Autore, di una soluzione priva di alcun supporto di carattere normativo, ed ampiamente smentita dalla giurisprudenza in materia di promozioni negli enti pubblici economici, laddove la valutazione comparativa è richiesta solo nel caso dei concorsi, mentre nelle promozioni a scelta è sufficiente l'osservanza dei criteri prestabiliti.

⁷⁴ Cfr. **G. D'ALESSIO**, *Gli incarichi di funzioni dirigenziali*, in **F. CARINCI**, **M. D'ANTONA**, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, cit., 759 ss.

determinano gli aspetti economici del rapporto, la durata e la gradazione dei doveri di servizio.

Ancora, dunque, a privatizzazione appena avviata, risulta centrale il ruolo del provvedimento di incarico, specie nell'individuazione degli incarichi specifici commisurati all'azione da svolgere.

Si ricordi che, in questa fase, solo il rapporto di lavoro dei dirigenti non generali è stato attratto nella disciplina del lavoro privato, mentre è rimasto in regime pubblicistico il rapporto di lavoro della dirigenza generale.

Poggiando su questa garanzia, la Corte Costituzionale ha dimostrato di sapersi adattare all'evoluzione normativa e, con la scusa della dirigenza, ha cominciato a dare la sua "benedizione" ai fondamenti della privatizzazione dell'impiego pubblico⁷⁵.

Il TAR Lazio⁷⁶ innanzitutto ha contestato la privatizzazione dei dirigenti diversi da quelli generali, sì come prevista negli artt. 2, c. 1 L. n. 421/1992 e trasposta negli artt. 2, c.2 e 4, 16, 17 e 20 c.1 del D.Lgs. n. 29/1993 per contrasto sia con l'art. 97 Cost. (in quanto questo avrebbe preteso una determinazione per legge delle competenze e delle responsabilità dei funzionari, a garanzia sia della loro autonomia, sia dell'imparzialità della P.A.), sia dell'art. 3 Cost. (che avrebbe richiesto un'identità di disciplina tra dirigenti generali e non).

Orbene, la Consulta ha aperto la sentenza 25 luglio 1996, n. 313 inquadrando la legge delega n. 421/1992 in un nuovo modello di

⁷⁵ Cfr. **F. CARINCI**, *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, cit., 503 ss.; **M. COLACITO**, *Nota a Corte dei conti, 07.06.1999 n. 44, sez. controllo*, in *Lav. nelle p.a.*, 1999, 5, 934

⁷⁶ Ordinanza di rimessione 5 luglio 1995

organizzazione, basato sulla distinzione tra organizzazione e gestione dei rapporti, per una diversità delle fonti e dei regimi.

In particolare, soffermandosi ampiamente sull'asserita violazione dell'art. 97 Cost., la Corte ha affermato che *“La disciplina della dirigenza non può essere avulsa dal complessivo sistema instaurato con la riforma ... Una diversificazione del regime del rapporto – con duplicazione della relativa fonte – non rappresenta di per sé un pregiudizio per l'imparzialità del dipendente pubblico, posto che per questi (dirigente o no) non vi è – come accade per i magistrati – una garanzia costituzionale di autonomia da attuarsi necessariamente con legge attraverso uno stato giuridico particolare che assicuri, ad es., stabilità ed inamovibilità.*

Vero è invece che la scelta tra l'uno e l'altro regime resta affidata alla discrezionalità del legislatore, da esercitarsi in vista della più efficace ed armonica realizzazione dei fini e dei principi che concernono l'attività e l'organizzazione della pubblica amministrazione. In particolare, il corretto bilanciamento tra i due termini dell'art. 97 Cost., imparzialità e buon andamento, può attuarsi – e tanto è avvenuto con la normativa in esame – riservando alla legge una serie di profili ordinamentali ... Ai dirigenti non generali l'impugnato decreto legislativo riserva infatti, come garantita, solo un'area del tutto peculiare di contrattazione, che limita lo spazio negoziale pressoché esclusivamente al trattamento economico e che comunque non incide sugli aspetti ordinamentali e funzionali della dirigenza”.

Certamente, in questa prima fase, la limitazione della contrattazione ai soli profili minuti del rapporto di lavoro, senza penetrare nella cittadella dell'organizzazione, rendeva l'iter argomentativo della

Consulta parecchio più agevole di come sarebbe stato in successive pronunce⁷⁷.

Si è trattato, tuttavia, di un'apertura assolutamente inaspettata ed originale, prima tappa di un generale assenso alla riforma del p.i..

⁷⁷ Sulla stessa linea, Corte Cost. 16 ottobre 1997, n. 309, a termini della quale “*l'organizzazione, nel suo nucleo essenziale, resta necessariamente affidata alla massima sintesi politica espressa dalla legge, nonché alla potestà amministrativa nell'ambito di regole che la stessa Pubblica amministrazione previamente pone; mentre il rapporto di lavoro dei dipendenti viene attratto nell'orbita della disciplina civilistica per tutti quei profili che non sono connessi al momento esclusivamente pubblico dell'azione amministrativa*”

2. Le novelle del 1998: il crescendo di problematicità della questione degli incarichi

Se già con l'art. 11 del D.Lgs. 23 dicembre 1993 n. 546, l'art. 19 del D.Lgs. n. 29/1993 è stato rimaneggiato, con l'aggiunta di un 4° e 5° comma (relativi all'ordinamento "separato" della dirigenza nella Presidenza del Consiglio dei Ministri, nel Ministero degli Esteri e nelle amministrazioni che esercitano competenze in materia di difesa, sicurezza, polizia e giustizia), lo stravolgimento complessivo della norma originaria si è poi realizzato con l'art. 13 del D.Lgs. n. 80/1998 e con l'art. 5 del D.Lgs. n. 387/1998.

La prima novità introdotta nell'ultimo alinea del 1° c. dell'art. 19 (oggi del D.Lgs. n. 165/2001) era la seguente: *"Al conferimento e al passaggio ad incarichi diversi non si applica l'art. 2103 del codice civile"*.

La *ratio* della previsione è da ricercare nel Ruolo Unico in cui sono state fatte confluire le tre fasce della carriera dirigenziale, per ricondurle alla distinzione in due fasce, tra responsabili di uffici di livello dirigenziale generale e non.

Orbene, l'accesso al Ruolo unico non implicava un "mansionario", ed era in sede di conferimento dell'incarico che ne veniva determinato l'oggetto: ma altre tipologie di incarico non configuravano (e non configurano nemmeno oggi) un arretramento o un avanzamento di carriera⁷⁸.

Di tal che, parlare di mansioni superiori per la dirigenza del ruolo unico è alquanto improprio: ma se anche dovesse capitare che un

⁷⁸ Cfr. G. D'ALESSIO, *Gli incarichi di funzioni dirigenziali*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, cit., 761

dirigente, per un certo arco di tempo, venga a ricoprire un incarico di maggiore rilevanza di quello che costituisce l'oggetto del suo mandato, ciò nondimeno, l'inapplicabilità dell'art. 2103 c.c. gli impedisce di vantare il diritto al conferimento in forma stabile di quell'incarico superiore, mentre, a termini dell'art. 56 novellato dal D.Lgs. 387/1998 gli spetta, al pari degli altri lavoratori, il trattamento economico (retribuzione di posizione) previsto per l'incarico superiore, per il periodo di effettivo svolgimento dello stesso⁷⁹.

Il 1° e 2° alinea del 2° comma dell'art. 19 hanno la previsione che tutti gli incarichi di direzione nelle amministrazioni dello Stato fossero conferiti a tempo determinato, con incarichi di durata non inferiore ai due anni e non superiore ai sette.

Già nel primo contratto collettivo per l'area della dirigenza dei ministeri era stata prevista la temporaneità degli incarichi, ma essa riguardava soltanto i dirigenti di base "contrattualizzati", mentre nel 1998 è stata estesa anche agli incarichi di livello generale ed apicali.

Poiché comunque, era in sede di conferimento dell'incarico che se ne definiva la durata, il vantaggio era l'evitare il protrarsi di situazioni di inamovibilità del dirigente; lo svantaggio, secondo parte della dottrina, era che, essendo il conferimento dell'incarico, per i dirigenti apicali e generali, comunque un atto governativo, si temeva che l'arbitrio sulla durata degli incarichi potesse risolversi a tutto detrimento dell'autonomia della dirigenza e del declamato principio di separazione politica - amministrazione⁸⁰.

⁷⁹ Per l'ultima conferma della giurisprudenza in tal senso cfr. Cass, SS.UU., 16.02.1011, n. 3814

⁸⁰ Cfr. **S. CASSESE**, *L'ombra dei politici sui manager di Stato*, in La Repubblica, 11 febbraio 1998; **IDEM**, *Allarme lottizzazione*, in La Repubblica, 21 febbraio 1998. Contra, **M. D'ANTONA**, *Dirigenti pubblici: meglio se a tempo*, in Il Sole 24 ore, 4 marzo 1998; cfr. pure, **C.**

I timori della dottrina dovevano purtroppo rivelarsi fondati: è indubbio che la scelta legislativa di “giocare” con la durata degli incarichi, specie in punto di termine minimo di durata e di mancato rinnovo dell’incarico alla scadenza, sia stato un mezzo per fidelizzare la dirigenza.

Il profilo su cui si è giocata la partita della vera privatizzazione del lavoro pubblico, è configurato dal 3° alinea del medesimo 2° comma qui in esame: *“Sono definiti contrattualmente, per ciascun incarico, l’oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata dell’incarico...nonché il corrispondente trattamento economico”*.

Seguivano i commi da 3 a 6 che prevedevano rispettivamente che: gli incarichi di Segretario generale di ministeri, di direzione di strutture articolate in uffici dirigenziali generali o di livello equivalente erano conferiti con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri; gli incarichi di direzione di uffici di livello dirigenziale generale erano conferiti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri; gli incarichi di direzione di uffici di livello dirigenziale erano conferiti dal dirigente dell’ufficio dirigenziale generale; tutti i predetti incarichi potevano essere conferiti non solo a personale di ruolo della fascia inferiore, ma anche, con contratto a tempo determinato, a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale secondo i parametri di cui al c. 6.

Orbene, premesso che il necessario punto di partenza per il dirigente è l’aver vinto un concorso alla qualifica dirigenziale, a seguito del quale

D’ORTA, *La seconda fase di riforma della dirigenza pubblica: verso la fine del guado, cercando di evitare gli scogli*, in Lav. nelle p.a., 1998, 02, 347 ss.

viene stipulato un contratto di lavoro a tempo indeterminato, il problema si spostava “a valle”, cioè al momento in cui l’amministrazione doveva assegnargli concretamente l’incarico da svolgere.

Infatti, allo scopo di salvaguardare il principio di separazione tra politica ed amministrazione, assicurando una maggiore stabilità al dirigente, in cambio di una più ampia discrezionalità del vertice politico nella scelta dei dirigenti, il legislatore ha ideato un meccanismo ignoto al diritto privato, e fondato sulla divaricazione tra la qualifica dirigenziale ed il conferimento dell’incarico⁸¹.

Poiché gli atti di conferimento dell’incarico si installano su di un contratto a tempo indeterminato, l’eventuale *deficit* professionale del dirigente incide sulla eventuale continuità nello svolgimento dell’incarico in futuro, ma non sul rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A.; d’altro canto, la temporaneità dell’incarico consente di esaltare la flessibilità delle scelte del vertice politico⁸².

Dunque, l’accesso alla qualifica dirigenziale attraverso gli itinerari concorsuali non portava di per sé al conferimento dell’incarico: con la costituzione del Ruolo Unico si creava, piuttosto, una “mercato del lavoro” della dirigenza, nel quale la mobilità dei soggetti interessati avrebbe consentito loro la creazione di un bagaglio professionale multiforme, dal quale attingere sia per gestire al meglio l’organizzazione e le risorse dell’amministrazione, sia per spendere un maggiore potere contrattuale⁸³.

⁸¹ Cfr. **F. CARINCI**, *La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato, ex capo II, titolo II, d.lgs. n. 29/93 (il modello universale)* in ADL, 2001, 39

⁸² Cfr. **C. DIOTALLEVI**, *Il licenziamento dei dirigenti privati e pubblici*, Roma, 2010, 104 ss.

⁸³ Cfr. **A. ZOPPOLI**, *Dal ruolo unico ai ruoli della dirigenza statale: e la privatizzazione?* in Lav. nelle p.a., 2002, 1038

Se, nel sistema originario del D.Lgs. n. 29/1993, non v'era dubbio che l'atto con cui si conferiva l'incarico avesse natura di provvedimento amministrativo e che esso ricomprendesse tutti i profili dell'incarico, eccetto il trattamento economico, la durata e la gradazione dei doveri di servizio (i quali, solo per la dirigenza di base, erano rimessi al contratto di lavoro), adesso la prospettiva è parsa radicalmente mutata. Nell'art. 19, così come confluito nel D.Lgs. n. 165/2001, l'attribuzione dell'incarico costituisce il risultato di un procedimento complesso, in cui al contratto di incarico si aggiunge un atto di conferimento.

E' proprio sulla natura di quest'atto che sono sorti i maggiori problemi interpretativi, con inevitabili ricadute sul piano della giurisdizione.

2.1 L'atto di conferimento ha natura pubblicistica...

Autorevole dottrina ha ritenuto che l'atto di conferimento, *a fortiori* nel caso in cui ha la veste di D.P.R. (per la dirigenza apicale) o di D.P.C.M. (per gli uffici dirigenziali generali) avesse natura di atto amministrativo⁸⁴, e che in esso si concretizzasse la preposizione unilaterale ad un pubblico ufficio; del resto, poiché il conferimento della titolarità di un ufficio è atto di disposizione di un oggetto pubblico, quella del provvedimento amministrativo era l'unica forma plausibile⁸⁵.

⁸⁴ Cfr. C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, cit., 145 ss.; nonché L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000, 42 ss. e S. BATTINI, *Il personale*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 528 ss.

⁸⁵ Avallava questa lettura anche la Corte dei conti, sez. controllo, 27 maggio 1999 n. 45, prevedendo che, anche quando, come nel caso del conferimento dell'incarico a dirigenti non generali, mancasse la natura di atto governativo, comunque restava immutata la sottoposizione a controllo ad opera della magistratura contabile.

Ne discende, com'è ovvio, la sottoposizione dell'atto di conferimento a tutte le garanzie procedurali previste dalla Legge n. 241/1990, nonché l'onere di motivazione del provvedimento, seppur temperato dall'alto tasso di discrezionalità e fiduciarità alla base della scelta di conferimento d'incarico (specie se apicale)⁸⁶.

Il grande spazio che l'art. 19 c. 2 riservava al contratto, in termini di definizione dell'oggetto dell'incarico, della sua durata e degli obiettivi, è stato spiegato da questa dottrina riconducendo tutti questi profili al rapporto di servizio, dunque alla sfera privatizzata.

La formulazione della norma, secondo tale impostazione, creava alcune problematicità sotto alcuni profili, tra cui quello del contenuto dei due atti (contratto – atto di conferimento), e quello della loro successione temporale⁸⁷.

Evidentemente, se al contratto spettava di definire oggetto, durata ed obiettivi dell'incarico, il contenuto del provvedimento di conferimento non poteva che consistere in una duplicazione, cioè nella menzione della struttura da dirigere e dei compiti di direzione, così come desumibili dalla legge e dal contratto; né, d'altro canto, per il solo fatto di entrare nel contratto l'oggetto dell'incarico poteva costituire oggetto di contrattazione, essendo i compiti di direzione enunciati con norma primaria.

⁸⁶ L'affermazione che gli atti di alta amministrazione, per quanto svincolati dall'obbligo di valutazione comparativa, dovevano contenere le indicazioni di massima a sostegno della scelta, e sono soggetti al rispetto dei parametri di legittimità è ricorrente nella giurisprudenza amministrativa: cfr. ex multis, TAR Catania, 6.12.1997, n. 2514; TAR Lazio, 27.11.1998, n. 1998. Sul generale rispetto delle regole del procedimento amministrativo, cfr. Cons. Stato, IV, 11.03.1999 n. 260.

⁸⁷ Ma problemi ben più seri si ponevano sull'atto di conferimento, in termini di posizione giuridica soggettiva coinvolta e di giurisdizione: problematiche che si affronteranno *infra*.

Quanto al problema della successione tra i due atti, la prof.ssa L. Torchia⁸⁸ ha individuato due linee di pensiero: una prima, che colloca temporalmente prima il provvedimento amministrativo di conferimento dell'incarico (D.P.R., D.P.C.M. o decreto dirigenziale che sia), e successivamente il contratto, in esecuzione del primo; una seconda, invero propugnata anche dalla Corte dei conti⁸⁹, che colloca a monte il contratto, con la definizione di oggetto, obiettivi e durata dell'incarico, recepito poi dall'atto di conferimento, fermo restando che il contratto contenesse una clausola sospensiva dell'efficacia, fino all'adozione del provvedimento.

L'Autrice ha mostrato serie perplessità su questa seconda impostazione, che configurerebbe una completa prevalenza del rapporto di servizio sul rapporto di impiego; pertanto, ha preferito configurare il contratto individuale di incarico a termine come un negozio integrativo rispetto al contratto individuale costitutivo del rapporto di lavoro (a tempo indeterminato) e accessorio rispetto al provvedimento di incarico, tant'è che dalla revoca o dalla scadenza di quest'ultimo scaturisce la risoluzione del contratto⁹⁰.

Giova, per mera completezza espositiva, dare atto di quel filone dottrinario che ha distinto gli atti di conferimento a seconda dei destinatari: quelli di investitura dei dirigenti apicali e dei dirigenti generali, avendo forma di D.P.R. e di D.P.C.M., sono stati ascritti

⁸⁸ Cfr. **L. TORCHIA**, *La responsabilità dirigenziale*, cit, 49 ss.

⁸⁹ Corte dei conti, sez. controllo Stato, 20 maggio 1999 n. 39

⁹⁰ Questa accessorietà del contratto al provvedimento di incarico sarebbe anche desumibile dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 1 luglio 1999 recante "Linee guida per la definizione dei contratti individuali della dirigenza", laddove il contratto viene definito "accessorio al provvedimento" che, a sua volta, è necessario – e dunque prodromico - per "l'acquisizione dell'assenso del dirigente destinatario"

all'alveo del provvedimento, mentre quelli dei dirigenti di base quali atti privatistici⁹¹.

2.2 ... o natura privatistica?

Nel silenzio del legislatore del 1998, non si poteva argomentare solo dalla veste formale di atto governativo (peraltro assente nel caso dell'incarico ai dirigenti di base) per imputare con certezza la natura di provvedimento amministrativo all'atto di conferimento dell'incarico⁹².

Non v'era, in altri termini, alcun dato normativo che impedisse di ascrivere l'atto di conferimento dell'incarico a quelle determinazioni assunte unilateralmente dal datore di lavoro, nell'ambito dei poteri di cui all'art. 5 c.2.

E così, al pari di buona parte della dottrina giuslavorista, anche le Sezioni Unite della Cassazione, con sentenza 11 giugno 2001, n. 7859, così definivano l'atto di conferimento: *“Il conferimento dell'incarico ai dirigenti si iscrive in quest'area gestionale e costituisce esso medesimo esercizio di un potere privato, perché presuppone già compiute dai competenti organi di indirizzo le scelte organizzative di tipo strutturale, identificative dell'ufficio alla cui copertura il conferimento stesso è destinato. Ne discende che alla stregua della*

⁹¹ Rende conto di tale sua precedente impostazione **A. BOSCATI**, *Atto di conferimento dell'incarico dirigenziale: la Cassazione ne riafferma la natura privatistica*, in Lav. nelle p.a., 1, 171 ss.

⁹² Cfr. sul punto, sia prima che dopo la L. n. 145/2002, **C. ZOLI**, *La dirigenza pubblica tra autonomia e responsabilità: l'attribuzione degli incarichi*, in Lav. nelle p.a., 2005, 02, 263 ss.; **A. CORPACI**, *La dirigenza nel pubblico impiego: il nuovo regime del conferimento degli incarichi dirigenziali e la giurisdizione sugli incarichi dirigenziali*, in Lav. nelle p.a., 2003, 02, 217 ss.; **M. MONTINI**, *Il giudice del lavoro quale giudice naturale delle posizioni della dirigenza pubblica privatizzata, alle prese con gli effetti della sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in Lav. nelle p.a., 2004, 06, 1081 ss.; **F. CIMINI**, *La giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie aventi ad oggetto il conferimento di incarichi dirigenziali*, in Giur. Merito, 2006, 12, 2746 ss.;

comune disciplina di diritto privato - ed in particolare, delle regole generali di correttezza e buona fede - vanno esaminate e giudicate le pretese di chi, dopo avere superato una selezione concorsuale, conclusasi con l'accertamento della sua idoneità all'incarico, assuma, come nella specie, che altri gli è stato illegittimamente preferito"; la novità di questo assunto è evidente, sia perché per la prima volta ha definito l'atto di incarico non come provvedimento, ma come determinazione datoriale unilaterale di diritto privato, sia perché, fermi i parametri di riferimento fissati per legge (valutazione della natura e delle caratteristiche dei programmi da realizzare, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, anche in relazione ai risultati conseguiti in precedenza), ha affermato che tale atto non deve seguire le regole del concorso, non è sottoposto all'obbligo motivazionale proprio del provvedimento amministrativo, ma ne va valutata la rispondenza a logicità e congruità, alla stregua dei principi di buona fede e correttezza contrattuale.

Tale impostazione è stata successivamente accolta anche dal Consiglio di Stato per tutte, con sentenza 23 luglio 2003, n. 4282, che ha nuovamente configurato l'atto di conferimento come espressione di potere gestionale privato.

Nel silenzio della norma, entrambe queste linee di pensiero dovevano poi scontrarsi con i seguenti problemi:

1. come conciliare la natura dell'atto di conferimento con il disposto dell'art. 68 D.Lgs. n. 29/1993 novellato (ora art. 63 D.Lgs. n. 165/2001), a termini del cui 1° comma *“Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle*

dipendenze delle amministrazioni di cui all'articolo 1, incluse le controversie riguardanti ... il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali ... comunque denominate e corrisposte, ancorchè vengano in questione atti amministrativi presupposti”?

2. come qualificare la pretesa del dirigente pretermesso che agisca in giudizio?
3. quale tipo di tutela è possibile ottenere dal Giudice ordinario?

3. Le prime risposte: la sentenza n. 275/2001 della Corte Costituzionale

Con ordinanza di rimessione 22 settembre 2000, il Tribunale di Genova chiedeva alla Corte di pronunciarsi in ordine all'ipotizzata incostituzionalità dell'art. 68 D.Lgs. n. 29/1993 novellato (ora art. 63 D.Lgs. n. 165/2001), limitatamente alla parte in cui devolveva al Giudice ordinario le controversie concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, per eccesso di delega rispetto all'art. 11 c. 4 lett. g) della legge n. 59/1997, dove si era prevista la devoluzione al giudice ordinario di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ancorchè concernenti in via incidentale atti amministrativi presupposti, soggetti a disapplicazione.

Secondo il giudice *a quo*, l'atto di conferimento dell'incarico (così come quello di revoca) aveva natura di provvedimento amministrativo, ed il contratto di cui all'art. 19 c.2 del D.Lgs. n. 29 novellato presentava mero carattere accessorio; la materia degli incarichi, per tale natura - avvalorata, in assenza di espressa previsione normativa, dalla forma degli atti di investitura dei dirigenti degli uffici apicali e generali – esorbitava dalla sfera della giurisdizione ordinaria, sì come limitata dal legislatore delegante ai rapporti di lavoro.

Per di più, la natura provvedimentale dell'atto di conferimento produceva l'instaurazione, in capo ai destinatari, di una posizione di interesse legittimo: con la conseguenziale anomalia che si affidava al giudice ordinario una generale giurisdizione di annullamento sugli interessi legittimi del tutto nuova, contrastante sia con il principio generale di cui all'art 5 della Legge n. 2248/1865 all. E, ma anche con

la stessa legge delega n. 59/1997, che riconosceva sugli atti amministrativi presupposti solo un potere di disapplicazione.

Risultava evidente, nell'intenzione del remittente, l'obiettivo di restituire, a seguito della declaratoria di illegittimità dell'art. 68 D.Lgs. n. 29/1993, la materia degli incarichi al giudice amministrativo.

La Corte Costituzionale, invece, è approdata ad una totale condivisione della privatizzazione dell'impiego pubblico e della dirigenza, chiarendo almeno il primo ed il secondo dei quesiti dianzi sollevati.

Il punto di partenza è che *“Tra le esclusioni dal regime di diritto privato del rapporto di lavoro non figura più la posizione dei “dirigenti generali ed equiparati”, di modo che tutta la dirigenza, nei diversi livelli, è soggetta ... al regime di diritto privato (salve le specifiche diverse disposizioni contenute nel citato d.lgs. n. 80 del 1998) con il riconoscimento di posizioni di diritto soggettivo”*.

Né, del resto, la giurisdizione ordinaria offre ai dirigenti una minor tutela rispetto a quella amministrativa: *“Tale tutela è piena, in quanto il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, è abilitato ad adottare, “nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati”, con capacità di produrre anche effetti costitutivi o estintivi del rapporto di lavoro (art. 68 n. 29 del d.lgs. 1993, nel testo vigente dopo le modifiche introdotte dall'art. 18 del d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387). La cognizione del giudice del lavoro comprende tutti i vizi di legittimità, senza che sia possibile operare distinzioni tra norme sostanziali e procedurali, di modo che allo stesso giudice ordinario resta affidata la pienezza della tutela, estesa*

a tutte le garanzie procedurali del rapporto previste dalla legge e dai contratti e quindi comprendente anche i vizi formali”.

Quanto alla natura dell'atto di conferimento dell'incarico, la Consulta non si è pronunciata: da qui, parte della dottrina ha ritenuto che, nell'ambito del ragionamento generale, e soprattutto dall'individuazione delle posizioni giuridiche soggettive *“nell'ampia categoria dei diritti di cui all'art. 2907 cod. civ., come intesa dalla più recente giurisprudenza di legittimità”*⁹³ si potesse desumere l'opzione della Corte per la natura privatistica dell'atto di conferimento, salvo poi vedere se esso fosse meramente integrativo del contratto individuale o spiegasse quella centralità che la dottrina pubblicistica gli aveva attribuito⁹⁴; secondo altra tesi, invece, la Corte non avrebbe smentito che conferimento e revoca dell'incarico fossero provvedimenti amministrativi; né il plauso sulla scelta legislativa di modellare tutti i rapporti di lavoro pubblico (compresi quelli dei dirigenti) secondo il regime di diritto privato dei rapporti di lavoro voleva dire che non fosse in gioco un provvedimento, ma piuttosto che esso non era idoneo a far degradare la posizione del dirigente da diritto ad interesse legittimo di diritto pubblico⁹⁵.

In tema di riparto di giurisdizione, la Consulta si è spinta ancora avanti, laddove ha affermato che *“il principio della disapplicazione, desunto dal giudice a quo dall'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n.*

⁹³ il riferimento della Corte è alla sentenza della Cassazione, SS.UU. 24 febbraio 2000, n. 41, che per prima si era spinta a tale qualificazione dello status dei dirigenti; addirittura, attribuendo chiara veste di atto unilaterale di diritto privato al conferimento dell'incarico, la Suprema Corte aveva ascrivito la posizione giuridica soggettiva da far valere in giudizio contro tali atti unilaterali e discrezionali della P.A. datrice di lavoro alla figura dell'interesse legittimo di diritto privato, da riportare, in termini di tutela, all'art. 2907 c.c.

⁹⁴ Cfr. **G. D'ALESSIO**, *Incarichi dirigenziali, riparto di giurisdizione e poteri del giudice ordinario* (nota a Corte Costituzionale, 23.07.2001, n. 275), in *Lav. nelle p.a.*, 2001, 3-4, 0631 ss.

⁹⁵ Cfr. **F. CARINCI**, *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, cit., 509

2248, all. E, sul contenzioso amministrativo, ed il relativo limite ai poteri del giudice ordinario di fronte ad un atto amministrativo illegittimo non costituiscono una regola di valore costituzionale, che il legislatore ordinario sarebbe tenuto ad osservare in ogni caso.

La scelta del legislatore si inquadra nella tendenza a rafforzare la effettività della tutela giurisdizionale, in modo da renderla immediatamente più efficace, anche attraverso una migliore distribuzione delle competenze e delle attribuzioni giurisdizionali, a seconda delle materie prese in considerazione”.

In pratica, la Corte, non solo ha negato che i poteri di annullamento dei provvedimenti siano prerogativa solo del Giudice amministrativo, ma al contrario ha affermato la possibilità per il legislatore anche di trovare un modulo diverso; che anzi, la tendenza alla riconduzione di tutta la materia ad una giurisdizione ordinaria esclusiva sarebbe lo strumento migliore per garantire tutela a tutti i rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A., anche se dirigenziali.

4. La “ripubblicizzazione” degli incarichi: la legge 15 luglio 2002, n. 145

Il problema della natura degli incarichi, sorto con le novelle del 1998, che in definitiva è stato il “nodo gordiano” per dottrina e giurisprudenza, era destinato ad avere vita breve: già con la legge “Frattoni” n. 145 del 2002, l’atto di incarico è tornato a configurarsi come provvedimento.

Ma poiché non è questa l’unica novità apportata all’art. 19 D.Lgs. n. 165/2001, appare necessario ripercorrere tutto l’intervento riformatore.

I criteri di cui al 1° comma (natura e caratteristiche del programma, attitudini e capacità professionale del dirigente, incarichi già svolti) sono stati ristretti quanto alla loro applicazione: operano per il conferimento dell’incarico, ma non servono per il passaggio ad incarichi di funzioni dirigenziali diverse. Scompare poi il criterio della rotazione degli incarichi.

Il 2° comma è stato quello più soggetto a rimaneggiamento: la nuova formulazione ha previsto che *“Con il provvedimento di conferimento dell’incarico, ovvero con separato provvedimento del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro competente per gli incarichi di cui al comma 3, sono individuati l’oggetto dell’incarico e gli obiettivi da conseguire, con riferimento alle priorità, ai piani e ai programmi definiti dall’organo di vertice nei propri atti di indirizzo e alle eventuali modifiche degli stessi che intervengano nel corso del rapporto, nonché la durata dell’incarico, che deve essere correlata agli obiettivi prefissati e che, comunque, non può eccedere, per gli incarichi di funzione dirigenziale di cui ai commi 3 e 4, il termine di*

tre anni e, per gli altri incarichi di funzione dirigenziale, il termine di cinque anni. Gli incarichi sono rinnovabili. Al provvedimento di conferimento dell'incarico accede un contratto individuale con cui è definito il corrispondente trattamento economico, nel rispetto dei principi definiti dall'articolo 24. E' sempre ammessa la risoluzione contrattuale del rapporto”.

Due profili sono degni di nota, ed hanno fatto temere una “ripubblicizzazione” della dirigenza: il primo risiede nella durata degli incarichi, per i quali è stato fissato solo il termine massimo, ma non il termine minimo.

Anche il termine massimo, peraltro, specie per gli incarichi apicali, è stato reso brevissimo, di appena tre anni, a fronte dei cinque anni consentiti al massimo ad un dirigente generale.

Certamente si introduceva per tale via un alone di precarietà che non giovava al sereno esercizio delle funzioni dirigenziali, tant’è che la dottrina ha parlato senza mezzi termini di dirigenti “sotto schiaffo” dell’autorità politica⁹⁶.

Né miglior sorte è sembrato avessero subito gli incarichi dirigenziali: con buona pace delle argomentazioni della Suprema Corte circa il conferimento come atto unilaterale di natura privatistica, il legislatore parla a chiare lettere di “provvedimento” di incarico, sia che provenga

⁹⁶ Cfr. **D’AURIA G.**, *La politica alla (ri)conquista dell’amministrazione*, in Lav. nelle p.a., 2002, 06, 853 ss., che afferma “Ne è scaturita, per i ministri, una vera e propria ‘assicurazione’ contro il rischio di dover fondare lo scioglimento del rapporto di ufficio dei dirigenti sull’accertamento della loro performance. Il che ha fatto osservare come i dirigenti siano, come mai in passato, privi di ‘difese’ nei confronti del potere politico, essendo a questo consentito, in spregio della distinzione fra politica e amministrazione, «di influenzare anche le minute scelte gestionali, perché il dirigente che voglia essere rinnovato non oserà mettersi contro il ministro, e, anzi, cercherà di entrare nelle sue grazie» (Cassese). Non è difficile prevedere, perciò, che l’amministrazione italiana si trovi alla vigilia di una nuova stagione del «modello neo-scambista fra politica e amministrazione», con consistenti «cessioni» di poteri amministrativi dalla dirigenza ai vertici politici, in cambio della «protezione» e della «sicurezza» che questi sono in grado di assicurare ai dirigenti (Pappagallo)”.

dal dirigente generale (dunque rechi la preposizione ad un ufficio dirigenziale non generale), sia che provenga dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Ministro competente (e rechi la preposizione ad un ufficio dirigenziale generale).

V'è di più: invertendo, in maniera significativa, la tempistica provvedimento - contratto, la legge n. 145/2002 prevede che sia il primo a determinare tutti i profili rilevanti, dall'oggetto, agli obiettivi, alla durata dell'incarico, mentre al contratto non resta altro che la disciplina del trattamento economico.

La soluzione adottata dal legislatore risponde certamente alla logica di rafforzare la discrezionalità delle amministrazioni nell'attribuzione degli incarichi.

Eppure, se l'utilizzo del termine "provvedimento" evoca l'esercizio di un potere, il mancato inserimento del predicato "amministrativo", costantemente presente in tutte le norme in cui si evoca esercizio di potere pubblicistico, ha fornito parecchi spunti di riflessione alla dottrina.

Si è osservato come, in realtà, nessuna modifica abbia il legislatore del 2002 apportato all'art. 2 c.1 del D.Lgs. n. 165/2001, lasciando così al dominio del diritto pubblico solo quel torno di atti, e non quelli relativi ai profili gestionali del rapporto di lavoro già costituito⁹⁷ (è il caso degli incarichi dirigenziali), che invece sono assunti con le capacità ed i poteri del privato datore di lavoro.

Ed ancora, il c. 12 bis aggiunto all'art. 19 D.Lgs. n. 165/2001 proprio dalla legge n. 145/2002 afferma che *"le disposizioni del presente articolo costituiscono norme non derogabili dai contratti o accordi"*

⁹⁷ Si ricorda, infatti, che a monte della dinamica provvedimento-contratto a termine afferenti lo specifico incarico dirigenziale, sta il contratto a tempo indeterminato stipulato con la P.A. a seguito della vittoria del concorso e dell'accesso alla qualifica dirigenziale.

collettivi”: se così è, deve considerarsi presupposta la natura privatistica del potere e la sua inerenza al rapporto di lavoro, anche perché i poteri amministrativi non sono negoziabili, se non tramite gli accordi di cui all’art. 11 della Legge n. 241 del 1990⁹⁸.

Ma soprattutto, l’art. 63 del T.U. sul pubblico impiego non è stato minimamente toccato dalla riforma del 2002, nemmeno nella parte in cui devolve alla giurisdizione ordinaria le controversie concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali: da ciò la Cassazione, Sezione lavoro, con la pronuncia 20 marzo 2004, n. 5659 ha desunto che il legislatore, pur modificando la struttura dell’atto di conferimento di incarico dirigenziale, non ne ha alterato la natura di diritto privato, che tale era e deve rimanere⁹⁹.

E tuttavia, venendo in rilievo il tema della funzionalizzazione o meno degli atti assunti con le capacità ed i poteri del privato datore di lavoro ed altresì il ruolo che è destinato a giocare, a tale riguardo, l’art. 97 Cost., la Suprema Corte ha ritenuto necessario che il sindacato giurisdizionale, fondato sulla rispondenza dell’atto a criteri di correttezza e buona fede, operi sulla scorta degli artt. 97 e 98 Cost., con la conseguente “procedimentalizzazione” del conferimento¹⁰⁰.

A fronte di una generale condivisione della natura privatistica del “provvedimento” di conferimento, occorre dare atto, per completezza

⁹⁸ Cfr. **F. CIMINI**, *La giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie aventi ad oggetto il conferimento di incarichi dirigenziali*, cit., 2248 ss

⁹⁹ Dalla natura privatistica del provvedimento, la Suprema Corte fa discendere il corollario dell’assoggettamento ai principi dell’autonomia privata, con normale irrilevanza della motivazione della scelta; ma essa deve comunque rispondere ai canoni di correttezza e buona fede contrattuale, pena l’attivazione della tutela giudiziale nei termini di cui sopra. La pronuncia è stata sostanzialmente confermata da Cass., sez. lavoro, 22 febbraio 2006, n. 3880; nel senso che il provvedimento di conferimento non abbia né natura provvedi mentale, né natura contrattuale, ma natura di determinazione unilaterale, cfr. **F. MERLONI**, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006, pag. 159 e ss.

¹⁰⁰ Cass. Civ., 14.04.2008, n. 9814

espositiva, di un filone dottrinario, che ritiene invece che comunque il dirigente di un'amministrazione pubblica è organo della stessa: esercita cioè una competenza, ossia una quota del potere complessivo che la legge attribuisce all'amministrazione medesima. Per questa ragione, il conferimento dell'incarico, specie da quando è stato ribattezzato come "provvedimento", deve avere necessariamente natura pubblicistica¹⁰¹; ciò consente al relativo procedimento di conferimento di sottostare ai presidi di cui alla L. n. 241/1990 e, in definitiva, garantisce non solo l'autoritarità del potere, ma la doverosità dell'esercizio dello stesso¹⁰².

¹⁰¹ In effetti, come sostenuto da parecchi autori, non può non destare qualche perplessità la riconduzione nel novero degli atti di diritto privato degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali (ed in particolare quelli di direzione delle strutture dirigenziali apicali) che rivestono, nell'ambito dell'amministrazione statale, la veste formale del d.P.R. e del d.P.C.M. ovvero, nel caso degli enti locali e delle regioni, quella dell'ordinanza o del decreto sindacale o presidenziale. La circostanza, come pure sostenuto, che si tratti di atti soggettivamente amministrativi ma di fatto sostanzialmente privatistici si presta all'obiezione che il regime giuridico di un atto ne segue la natura. Si intende dire che, se la natura pubblica del soggetto datore di lavoro non vale a «pubblicizzare» il suo operato di diritto privato, appare difficilmente sostenibile che un atto soggettivamente e formalmente amministrativo sia sostanzialmente privato (sul punto, anche C. conti, sez. contr., 13 settembre 2000 n. 110).

¹⁰² Cfr. **M.C. CAVALLARO**, *Sulla natura giuridica dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale*, in *Dir. Amm.* 2006, 03, 685 ss.

5. Dalla Legge 17 agosto 2005 n. 168 al D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150

L'art. 19 del T.U. del pubblico impiego non è una norma destinata ad avere tregua: con l'art. 14 sexies della L. n. 168/2005, invero, si è reintrodotta il termine minimo di durata degli incarichi dirigenziali, e addirittura lo si è elevato dai due anni originari a tre.

La dottrina si è chiesta, allora, come sia accaduto che la stessa maggioranza parlamentare che ad inizio legislatura aveva optato per la massima precarietà degli incarichi, abbia poi, a fine legislatura, deciso di dare stabilità alla dirigenza.

Probabilmente, la ragione è da ricercare nella disastrosa applicazione della Legge n. 145/2002¹⁰³, con una durata media degli incarichi dirigenziali nei ministeri che non superava l'anno (con evidente azzeramento della possibilità di ottenere obiettivi gestionali di medio – lungo periodo).

Dunque, non stupisce che la reintroduzione del termine minimo di durata dell'incarico sia stata salutata con favore, anche perché, finalmente, consente l'attivazione dei meccanismi di controllo dei risultati e della responsabilità dirigenziale.

E tale impostazione è stata mantenuta anche con l'ultima riforma, approvata con D.Lgs. n. 150/2009: al titolo IV, *“Nuove norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”*, sono state inserite modificazioni al D.Lgs. n. 165/2001 che, nel caso specifico della dirigenza, seppur con una certa enfasi legislativa, vengono indirizzate all'obiettivo ambizioso, tra gli altri, di conseguire la migliore organizzazione del

¹⁰³ Cfr. G. D'ALESSIO, *Nuove norme sulla dirigenza: il legislatore miope e le voci amiche*, in Lav. nelle p.a., 2005, 445

lavoro e assicurare il progressivo miglioramento della qualità delle prestazioni erogate al pubblico, al fine di rafforzare il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza (art. 37 D.Lgs. n. 150/2009).

Sul piano degli incarichi, va rimarcata l'ulteriore sostituzione del 1° comma dell'art. 19 T.U. con la seguente formulazione: *“Ai fini del conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, delle specifiche competenze organizzative possedute, nonché delle esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purchè attinenti al conferimento dell'incarico. Al conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi non si applica l'articolo 2103 del codice civile”*.

Nella scelta del dirigente, insomma, entrano in gioco altri parametri di valutazione: innanzitutto non si parla più di programmi ma di obiettivi prefissati (ciò nella logica dell'attuazione dell'indirizzo politico); si valuta anche la complessità della struttura da dirigere e i risultati raggiunti (così come risultanti dalla valutazione del dirigente, che dunque deve entrare a regime) nonché le esperienze lavorative all'estero ed anche nel settore privato.

Si configura, in altri termini, un dirigente che, per aspirare ad un incarico nella P.A., deve avere un curriculum forte, che suffraghi nel senso del suo massimo spirito manageriale la P.A. al momento di

attribuirgli un incarico, sì da evitare al massimo scelte illogiche ed arbitrarie.

E'altrettanto importante, nella medesima logica, l'inserimento del comma 1 bis all'art. 19, il quale prevede che il conferimento dell'incarico sia assistito da idonee garanzie di pubblicità: ciò accade con la pubblicazione di avviso su numero, tipologia di posti di funzione e criteri di scelta.

Da ultimo, in termini di temporaneità degli incarichi, fermo il limite minimo di tre anni, si prevede che esso possa essere derogato solo se detto limite coincida con l'età per il collocamento a riposo dell'interessato; nel caso di primo incarico di funzioni dirigenziali generali o equiparate, invece, viene fissata una durata standard di tre anni.

In generale, si è riconosciuto alla riforma Brunetta il limite di aver importato criteri di efficienza aziendali in un contesto in cui la fonte normativa torna a prevalere rispetto a quella contrattuale.

Per quello che qui interessa, tuttavia, è ineludibile il rafforzamento del procedimento in tema di conferimento degli incarichi: il che, se non salva il dirigente dalla precarietà, per lo meno garantisce maggiori tutele in fase di accesso all'incarico.

6. Qualche precisazione sulle situazioni giuridiche soggettive e sulla tutela invocabile in materia di incarichi

Attenendoci al dato normativo più recente, il conferimento è dunque un provvedimento.

Leggerlo come un provvedimento amministrativo significa ritenerlo esplicazione di un potere autoritativo di diritto pubblico, a fronte del quale la posizione del dirigente aspirante al conferimento dell'incarico non può che qualificarsi come interesse legittimo di diritto pubblico: ma contemporaneamente, fallito il tentativo di riportarlo alla cognizione del giudice amministrativo (preclusa per legge – art. 63), ipotizzare su di esso un intervento demolitorio operato in via principale del giudice ordinario significa abdicare al tradizionale criterio del *petitum* sostanziale e creare, come auspicava la Consulta, una giurisdizione esclusiva, che tuttavia il legislatore non ha previsto (tant'è che ha posto solo il potere di disapplicazione, e non di annullamento, dell'atto amministrativo presupposto, e ha mantenuto la possibilità che tale atto presupposto possa costituire oggetto di autonoma impugnativa innanzi al giudice amministrativo, senza che ciò determini tuttavia sospensione del giudizio ordinario; si tenga presente, peraltro, che l'atto di nomina non può mai essere interpretato come atto amministrativo presupposto, rientrando in tale dizione solo gli atti di macro-organizzazione che possano avere una qualche incidenza sul rapporto di lavoro dedotto innanzi al giudice ordinario)¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Cfr. TAR Lazio, II-bis, 28 febbraio 2001, n. 1541, che affermava: “*l’assegnazione di incarico dirigenziale, invece, non può essere oggetto di cognizione diretta se non configurando in capo al Giudice ordinario una giurisdizione esclusiva piena, che investa gli atti di auto-organizzazione della Pubblica Amministrazione, con ampia possibilità di cognizione dei vizi di legittimità, immediatamente produttivi di lesione degli interessi legittimi correlati*”.

Leggere invece l'atto di conferimento come determinazione unilaterale della P.A. datrice di lavoro comporta: innanzitutto che, non essendo un atto amministrativo, il giudice può annullarlo¹⁰⁵; di poi, che la situazione giuridica meritevole di tutela è di interesse legittimo di diritto privato, ascrivibile a quei diritti di cui all'art. 2907 c.c..¹⁰⁶.

Se anche così fosse, non per questo la tutela garantita dall'A.G.O. sarebbe peggiore, specie se si consideri l'emergere nella prassi di tecniche di valutazione della discrezionalità privata delle PP.AA. che in qualche modo richiamano quelle tradizionali di valutazione della discrezionalità pubblica.

Esclusa per legge qualunque forma di valutazione comparativa, la natura privatistica dell'atto di conferimento pone comunque in capo alla P.A. procedente *“l'onere ... di fornire la prova di aver rispettato le regole, ovvero di aver operato entro i limiti fissati dal legislatore ed eventualmente dall'autonomia collettiva”*; in particolare, pur non dovendo giustificare perché un dirigente venga ritenuto più meritevole di un altro, comunque la P.A. deve *“dimostrare la <logicità> della scelta e che quest'ultima si rivelasse la più adeguata rispetto ai criteri prefissati ed ai principi generali di correttezza e buona fede”*¹⁰⁷.

Ed invero, a fronte di criteri normativi abbastanza generici nell'orientare la scelta dell'incaricando, la giurisprudenza ha operato nel senso di porre sotto la copertura degli artt. 1175 e 1375 c.c. le garanzie del procedimento amministrativo: dalla partecipazione degli

¹⁰⁵ cfr. sul punto **C. CORRADO**, *Il giudice ordinario e il potere di annullamento del conferimento di incarichi dirigenziali pubblici*, in *Giur. Merito*, 2005, 9, 1952 ss.

¹⁰⁶ Cfr. **W. GIULIETTI**, *Tutela dell'interesse pubblico nel conferimento degli incarichi ai dirigenti dopo la legge n. 145 del 2002*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 03, 907 ss.

¹⁰⁷ **C. ZOLI**, *La dirigenza pubblica tra autonomia e responsabilità: l'attribuzione degli incarichi*, cit., 283; cfr. pure **G. VECCHIO**, *Gli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali presso le amministrazioni statali, fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 04, 1558 ss.

interessati al procedimento ad un obbligo di motivazione, inteso quale dimostrazione che la scelta operata, vista secondo logicità e congruità, era la migliore possibile, per scongiurare il sospetto di scelta fondata su ragioni diverse dal perseguimento dell'interesse pubblico¹⁰⁸.

Quanto all'ampiezza del sindacato giurisdizionale, non vi è stata una lunga *querelle*, vista la pluriennale esperienza giurisprudenziale in tema di enti pubblici economici.

Dunque, certamente al giudice ordinario è precluso, in un ambito di discrezionalità del datore di lavoro, valutare la congruità della scelta, sicchè, come dianzi affermato, il sindacato deve arrestarsi a fronte di decisioni sorrette da una giustificazione ragionevole e da una motivazione congrua, coerentemente all'applicazione delle clausole di correttezza e buona fede contrattuali.

Dunque, laddove vengano in rilievo atti amministrativi presupposti, per tali intendendosi non l'atto di conferimento, ma atti organizzativi "a monte" (per es. quelli in cui venga definita la struttura organizzativa dell'ente), il giudice li disapplicherà, se li ritenga illegittimi, e solo se essi siano rilevanti ai fini della decisione della controversia¹⁰⁹.

Se riscontri che la scelta è assolutamente irragionevole o discriminatoria, potrà dichiarare la nullità degli atti e dei negozi conseguenti (previa estensione del contraddittorio ai dirigenti

¹⁰⁸ Cfr. TAR Puglia, Lecce, I, 06.02.99 n. 271; TAR Umbria, 01.04.98, n. 239; TAR Lazio, Latina, 10.05.00 n. 328

¹⁰⁹ Così recentemente, Cass. SS.UU., 07.11.2008, n. 26799, ha ritenuto esistente la giurisdizione in capo al G.O. in merito ad una controversia sulla pretesa di conferimento di un incarico dirigenziale di Soprintendente da parte di un soggetto che, ai fini del riconoscimento del diritto, aveva impugnato in via incidentale le delibere riguardanti l'organizzazione medesima della Soprintendenza; ciò ritenendo che la deliberazione in materia di dotazione organica, pur essendo atto di macro-organizzazione, nella specie veniva ad incidere sulla posizione di interesse legittimo derivante dal rapporto lavorativo.

interessati in qualità di litisconsorti necessari); conseguentemente, potrà condannare la P.A. a reiterare la valutazione, ma non sostituirsi ad essa nella scelta, essendogli preclusa l’emanazione di sentenze costitutive già solo dalla semplice constatazione che al posto della P.A., il giudice dovrebbe fissare al dirigente vittorioso oggetto, obiettivi e durata dell’incarico.

Altra possibile tutela è quella risarcitoria, ma va chiarito quale sia il danno risarcibile: premesso che il dirigente, già solo per aver vinto il concorso, ha diritto a lavorare, a prescindere dall’incarico che gli venga affidato, un primo profilo di danno risarcibile si ha se la P.A. lasci un proprio dirigente privo di ogni incarico; si tratta di lesione del diritto soggettivo allo svolgimento delle mansioni dirigenziali, per cui il dirigente potrà pretendere il risarcimento del danno alla professionalità, ed i criteri di liquidazione saranno quelli comunemente applicati alle ipotesi di demansionamento.

Sempre di lesione di diritto soggettivo si parla anche quando l’incarico conferito (è il caso soprattutto degli incarichi di consulenza, studio e ricerca) sia tale solo nominalmente, ma in realtà privo di ogni contenuto: anche in questo caso, il criterio di riferimento è quello del demansionamento¹¹⁰.

Infine, nel caso in cui il dirigente (cui sia stato attribuito un incarico) in realtà ne rivendichi un altro, lamentando l’invalidità dell’atto con cui esso è stato attribuito ad un collega, la fattispecie è ascrivibile al risarcimento per perdita di *chances*: per giurisprudenza ormai costante, non solo è onere del ricorrente provare di avere una concreta possibilità di aspirare all’incarico, ma comunque il risarcimento viene liquidato in via equitativa, tenendo conto delle differenze retributive

¹¹⁰ Cfr. **P. SORDI**, *Le controversie in tema di incarichi dirigenziali*, cit., 769 ss.

tra l'incarico ambito e quello effettivamente svolto dal dirigente, nonché del numero dei potenziali aspiranti a quell'incarico e dell'effettivo grado di probabilità di ottenerlo da parte dell'istante.

E poiché l'onere di prova incombe sul dirigente ricorrente, appare fin troppo evidente che, specie negli incarichi a più alto contenuto fiduciario e discrezionale e ai quali concorra un numero alto di aspiranti, la *chance* disconosciuta può risultare minima, e la somma liquidata al ricorrente praticamente irrisoria. Ciò nondimeno, il rischio per la P.A. di dover risarcire per perdita di *chances* tutti i dirigenti pretermessi (ed i conseguenti risvolti in termini di responsabilità contabile) dovrebbero costituire un incentivo ad operare scelte ponderate, e soprattutto giustificabili¹¹¹.

¹¹¹ Con la pronuncia 30 agosto 2010, n. 188577, la Cassazione, sez. lavoro, ha ribadito che, nel lavoro pubblico privatizzato, alla qualifica dirigenziale corrisponde solo l'attitudine professionale all'assunzione di incarichi dirigenziali di qualunque tipo, caratterizzati dalla temporaneità e dalla fiduciarità, sicché i dirigenti non vantano alcun diritto soggettivo all'attribuzione o al mantenimento dell'incarico. Nondimeno essi sono titolari di un interesse legittimo (di diritto privato) rispetto alle scelte organizzative compiute dall'amministrazione, tenuta al rispetto di tutte le garanzie procedurali, legislative e contrattuali, oltre che, più in generale, del rispetto dei fondamentali principi di correttezza e buona fede.

Ad oggi dunque la giurisprudenza di legittimità sembra essere concorde nell'escludere la tutela in forma specifica dell'assegnazione della posizione auspicata, facendo pressoché esclusivo riferimento alle possibili conseguenze risarcitorie, nelle ipotesi di dirigente pretermesso, per violazione dei principi normativi e contrattuali regolanti le modalità di conferimento dell'incarico dirigenziale. Solo in due specifiche ipotesi ha ritenuto tali da incidere *ex se* sulla validità dell'incarico: l'attribuzione di un incarico a soggetto esterno in violazione dei limiti numerico-percentuali previsti dalla legge e l'attribuzione di incarico in caso di mancato possesso della qualificazione professionale richiesta. Nel primo caso la pubblica amministrazione può essere condannata ad attribuire l'incarico ad un dirigente interno. Mentre nel secondo caso, pur in assenza dei requisiti di professionalità, il giudice potrà solamente dichiarare illegittimo l'atto di nomina, fermo restando il potere dell'amministrazione di conferire ugualmente l'incarico anche ad un altro soggetto esterno adeguatamente qualificato.

7. Problematiche aperte: la temporaneità degli incarichi e il mancato rinnovo

Fin qui, l'analisi è stata condotta sulla natura dell'atto di conferimento dell'incarico e sull'effettività della privatizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti (generalisti e non) alla luce delle fonti regolatrici di tale rapporto.

Occorre tuttavia concentrarsi su un altro elemento di problematicità sollevato dalla normativa, ossia sulla tematica della temporaneità degli incarichi conferiti.

Si è visto come il legislatore, in ogni intervento di riforma, dal 1998 al 2005, abbia modificato le durate degli incarichi in maniera diversa, a seconda del prevalere dell'esigenza di rafforzare la precarietà, e dunque la fedeltà della dirigenza, oppure di consentirle una continuità dell'azione amministrativa, anche al fine di una corretta valutazione.

Dunque, la tematica ora in esame è più contigua al problema della separazione tra politica ed amministrazione che alla tematica della privatizzazione dell'impiego pubblico.

Nel valutare la trasformazione del rapporto d'ufficio dirigenziale da permanente a temporaneo, la Corte Costituzionale, con ordinanza 30 gennaio 2002 n. 11, ne ha riconosciuto la piena coerenza con il dettato costituzionale, e in particolare con i principi di imparzialità e buon andamento.

La distinzione tra politica e amministrazione, secondo la Consulta, non è scalfita dalla temporaneità degli incarichi: si ritiene infatti che la disciplina del rapporto dirigenziale, nei suoi aspetti qualificanti, sia *“connotata da specifiche garanzie, mirate a presidiare il rapporto di impiego dei dirigenti generali, la cui stabilità non implica necessariamente anche stabilità dell'incarico, che, proprio al fine di*

assicurare il buon andamento e l'efficienza dell'amministrazione pubblica, può essere soggetto alla verifica dell'azione svolta e dei risultati perseguiti”.

Il problema, come sempre, sta nella misura e nei limiti¹¹².

La temporaneità dell'incarico dirigenziale, intesa come strumento per realizzare la flessibilità sul piano organizzativo e gestionale, non può confondersi con la precarizzazione dell'incarico stesso: ed invece è accaduto che, nella vigenza della L. n. 145/2002, mancando un termine di durata minima degli incarichi (oggi reintrodotta con L. n. 168/2005), si sono avuti incarichi dirigenziali di appena cinque mesi, in palese spregio sia del principio di continuità della gestione, sia della responsabilità dirigenziale.

Vi è un altro problema: in base al principio di temporaneità degli incarichi dirigenziali, il legislatore ha introdotto un sistema misto, per cui, prima della scadenza naturale dell'incarico, esso è stabile, ossia può essere revocato solo con le garanzie procedurali della responsabilità dirigenziale (su cui v. *infra*); una volta scaduto, invece, si applica il regime della libera recedibilità, nel senso che la scelta se rinnovarlo o meno è rimessa al puro arbitrio dell'organo politico.

Ed invero, come si osserverà dalla giurisprudenza in materia di *spoils system*, la Consulta ha “blindato” l'incarico durante la sua durata, dichiarando una ad una incostituzionali tutte le norme che prevedevano un'interruzione anticipata dello stesso in coincidenza del rinnovo dell'organo politico.

Ed invece, a parte un *obiter dictum* della sentenza n. 103/2007 sulla incompatibilità di un incarico troppo breve con le garanzie della

¹¹² Cfr. G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in *Foro amm.* TAR 2011, 09, 2968

imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, non vi è stata alcuna pronuncia della Corte sul problema.

Il miglior intervento normativo è stato quello del D.Lgs. n. 150/2009, laddove prevedeva (art. 40 c. 1 lett. b) che l'amministrazione che, in seguito di procedimenti di riorganizzazione o della scadenza dell'incarico, in assenza di valutazione negativa, decidesse comunque di non riconfermare l'incarico, era tenuta a darne idonea e motivata comunicazione all'interessato, con un congruo preavviso; ora, non solo tale previsione è stata immediatamente abrogata dal D.L. n. 78/2010, ma la precarizzazione è stata addirittura estesa, facendo "risalire" la libera recedibilità anche nella costanza dell'incarico: l'art. 1 c. 18 del D.L. n. 138 del 2011, convertito in L. n. 148/2011, prevede che per motivate esigenze organizzative, al fine di garantire funzionalità e flessibilità, nei confronti del personale della carriera prefettizia e di quella dirigenziale (senza distinzioni) le P.A. possono disporre il passaggio ad altro incarico prima della scadenza di quello ricoperto.

E' possibile che le scelte compiute prima della scadenza dell'incarico siano assistite dai principi del giusto procedimento e dal sindacato sulla loro congruità e ragionevolezza, e invece ciò non valga per le scelte compiute dalla P.A. dopo la scadenza dell'incarico?¹¹³

¹¹³ Cfr. **G. GARDINI**, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, cit., nonché **S. BATTINI**, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in Riv. trim. Dir. pubb., 2012, 01, 39 ss.

CAPITOLO QUARTO

La distinzione politica – amministrazione tra revoca dell’incarico dirigenziale e spoils system

PREMESSA

Come l’applicazione delle regole privatistiche nella costituzione del rapporto di lavoro e la distinzione delle competenze della dirigenza rispetto al vertice politico sono stati percepiti quali condizioni imprescindibili per migliorare l’efficacia e l’efficienza dell’azione amministrativa e, in definitiva, per dare attuazione al principio costituzionale del “buon andamento”, così si è ritenuto che la verifica della tenuta circuito indirizzo – gestione non potesse che passare da un controllo e valutazione dell’operato del dirigente.

Gli organi di Governo, privati della possibilità di sovrapporre le proprie determinazioni gestionali a quelle della dirigenza amministrativa, necessitano almeno di verificare il raggiungimento o meno degli obiettivi fissati nelle direttive e specificati nell’atto di conferimento dell’incarico, ed eventualmente rimuovere il dirigente in caso di giudizio negativo¹¹⁴.

Del resto, quando il corpo elettorale è chiamato al voto, il Governo risponde dei risultati della gestione amministrativa, e per questo motivo è necessario che, alla perdita di funzioni, faccia da contraltare un controllo sul risultato della gestione.

Da qui, l’introduzione dell’istituto della responsabilità dirigenziale, da intendersi come “circuito virtuoso” attraverso il quale dovrebbe realizzarsi la comunicazione dinamica tra il piano delle scelte e quello dell’attuazione.

¹¹⁴ Cfr. L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 109

Senonchè, nel presente capitolo ci si soffermerà anche sul circuito “non virtuoso”, quello per cui, anziché attivare i percorsi della responsabilità, i Governi hanno preferito fidelizzare la dirigenza ponendola sotto la “spada di Damocle” dello *spoils system*.

Di creazione statunitense, tale istituto (efficace sintesi dell’espressione “*to the victor belong the spoils*”) è volto a realizzare una forma di “patronato degli impieghi”: la provvista (assunzione e licenziamento) di parte del personale burocratico (in misura individuata dalla legge) risulta prerogativa discrezionale dei detentori *pro tempore* del potere politico.

Ai vincitori delle elezioni spettano le spoglie costituite dai pubblici uffici: la figura evoca, la presa delle spoglie sul campo di battaglia. Nella realtà americana, tale istituto ha inteso caratterizzare una parte del personale burocratico come di stretta estrazione fiduciaria, legandone l’entrata e l’uscita dall’amministrazione all’avvicendamento di due diversi esecutivi.

Trattandosi di un meccanismo che può prestarsi a distorsioni, oggi, nell’amministrazione federale degli Stati Uniti la realtà dello *spoils system* interessa solo una selezionata parte degli incarichi, conferiti discrezionalmente dal Presidente. Ciò consente, in realtà, di innestare nell’apparato burocratico tecnici esterni destinati a ritornare agli ambienti professionali di provenienza alla fine del mandato presidenziale del loro presidente (salvo riconferma da parte del nuovo capo dell’esecutivo)¹¹⁵.

La condivisa dizione di “*spoils system* all’italiana” a parte segnalare la diversità di disciplina, evidenzia già di suo le distorsioni cui tale

¹¹⁵ Cfr. C. SILVESTRO, *Spoil system statunitense e spoil system all’italiana a confronto*, in Foro Amm., 2003, 2, 533

sistema, applicato nel nostro ordinamento, è stato piegato, tanto forti da ravvisarvi un sostanziale “tradimento” della separazione funzionale politica – amministrazione, salvi i “correttivi” apportati dalla Corte Costituzionale.

1. La responsabilità dirigenziale dal 1972 al 2009

1.1. Nel D.P.R. n. 748/1972

Introdotta dall'art. 19 del D.P.R. n. 784/1972, nel quadro di un nuovo assetto che tentava di differenziare i compiti dei dirigenti rispetto a quelli di pertinenza degli organi politici, questa responsabilità operava oltre quelle civile, penale e disciplinare: anzi, mentre la violazione che determinava l'insorgere di queste ultime rompeva il rapporto di immedesimazione organica, la responsabilità dirigenziale nasceva tutta dentro il rapporto di immedesimazione ed era perpetua, cioè prescindeva dal verificarsi dell'infrazione¹¹⁶.

Nello specifico, la norma contemplava la responsabilità del dirigente: per l'osservanza degli indirizzi dell'azione amministrativa emanati dal Consiglio dei Ministri; per la rigorosa osservanza dei termini e delle norme di procedimento; per il perseguimento dei risultati dell'azione dell'ufficio cui era preposto.

Per la prima volta, emergeva il riferimento al “risultato”, come obiettivo dell'azione amministrativa, tanto più percepibile quando si trattava di amministrazioni erogatrici di servizi.

Senonchè, il neonato istituto non era destinato a grande fortuna in un contesto in cui i dirigenti non erano ancora titolari di funzioni proprie, ma percepiti come esecutori di un novero ristretto di compiti, che peraltro in qualsiasi momento il Ministro poteva “usurpare” mediante il ricorso all'avvocazione.

¹¹⁶ Cfr. **M.U. FRANCESE**, *La responsabilità dei dirigenti statali nella problematica generale della responsabilità dei pubblici dipendenti*, in *Foro Amm.*, 1985, 2613; anche il Cons. Stato, IV, 24.05.1983 n. 330 e IV, 14.11.1988 n. 1236 percepì la novità dell'istituto: il fatto che il dirigente venisse ritenuto non responsabile di una violazione, ma complessivamente inadatto all'incarico, determinava un contesto in cui anche le misure sanzionatorie non avevano portata direttamente “afflittiva” ed avvicinava la responsabilità dirigenziale a quella politica.

Si consideri, peraltro, che a fronte della lievità della sanzione per i dirigenti superiori e i primi dirigenti (trasferimento ad altre funzioni di livello corrispondente), nel caso dei dirigenti generali le misure sanzionatorie da responsabilità dirigenziale apparivano particolarmente afflittive: dopo una valutazione priva di particolari garanzie per l'interessato, il Consiglio dei Ministri poteva, in casi particolari, deliberare il collocamento del dirigente generale a disposizione della P.A. di appartenenza e, decorsi 3 anni, disporre il collocamento a riposo; nei casi di responsabilità grave o reiterata, il collocamento a riposo scattava in automatico. L'unica spiegazione plausibile a tale diversità di trattamento può ravvisarsi nel rapporto fiduciario esistente tra Ministro e dirigente generale, consacrato nell'atto di nomina, inteso quale atto di alta amministrazione.

Sta di fatto che, nella prassi applicativa, l'istituto restò "lettera morta" e si continuò a prediligere il ricorso alla responsabilità disciplinare, tanto più che mancava il substrato per la sua applicazione: l'attività amministrativa era cristallizzata nelle procedure, i Ministri inerti nell'emanare gli indirizzi, mancava anche un sistema integrato di verifica.

1.2. (segue) Nel D. Lgs. n. 29/1993

Nell'impianto delle riforme degli anni Novanta, la responsabilità dirigenziale assume una veste più ampia e trova collocazione, come affermazione di principio, all'art. 3 c. 2, per poi essere specificata nell'art. 20.

I dirigenti "*sono responsabili della gestione e dei relativi risultati*": nell'ottica efficientista del D.Lgs. n. 29/1993 il risultato della gestione è il primario spunto su cui valutare il dirigente.

Ed in effetti, due sono le linee guida dell'impianto riformatore: innanzitutto, la definizione dell'oggetto e dei contenuti della responsabilità dirigenziale in base al principio secondo cui la valutazione dell'attività deve avvenire in relazione al complessivo rendimento e non con riguardo all'esattezza e alla correttezza dei singoli adempimenti.

Così il canone della razionalità legale, connesso al controllo preventivo sull'atto in punto di conformità al modello normativo, arretra in favore di un controllo successivo sui risultati globali della gestione in termini di produttività, efficienza, rispondenza agli obiettivi.

In secondo luogo, l'obbligatoria istituzione, presso ogni amministrazione, di organismi tecnici di valutazione demandati ad operare valutazioni comparative di costi e di rendimenti dell'azione amministrativa e della gestione nonché a formulare le conseguenti valutazioni tecniche. Questi si pongono in una posizione di autonomia rispetto alle parti, e tuttavia l'obbligo di riferire trimestralmente sui risultati della loro attività all'organo politico conferma quanto tale attività di controllo sia complementare a quella di indirizzo politico¹¹⁷.

All'attività valutativa non viene attribuito solo un ruolo premiale (per l'attribuzione al dirigente del trattamento economico accessorio) o sanzionatorio (per l'applicazione delle misure previste nel caso di accertata responsabilità), ma anche l'importante compito di accertare la funzionalità dell'amministrazione per orientare l'azione futura.

¹¹⁷ Cfr. **A. BOSCATI**, *verifica dei risultati, responsabilità dirigenziale e Comitato dei Garanti*, in **F. CARINCI – L. ZOPPOLI**, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., II, 1163

Due sono le fattispecie di responsabilità dirigenziale enucleate dal legislatore: l'inosservanza delle direttive e i risultati negativi della gestione finanziaria tecnica ed amministrativa.

Tre, invece, le sanzioni, da applicare previo esperimento del contraddittorio con il dirigente interessato: per tutti, non solo per i dirigenti generali (come nel previgente sistema) la sanzione consiste nel collocamento a disposizione per la durata massima di un anno, con perdita del trattamento accessorio; nei casi di responsabilità più grave o reiterata, nei confronti dei soli dirigenti generali, scatta il collocamento a riposo, anche se non sia mai stato disposto in precedenza il collocamento a disposizione; nei confronti degli altri dirigenti, in applicazione delle norme del codice civile, il licenziamento¹¹⁸.

Giova puntualizzare che la Corte Costituzionale, dopo essere intervenuta sia sul conferimento e la revoca di incarichi dirigenziali (sentenza n. 275/2001), sia sull'estensione del regime di lavoro "privato" ai dirigenti generali (ordinanza n. 11/2002), è stata chiamata anche ad esprimersi su tale sistema di responsabilità dirigenziale come configurato dal legislatore del 1993, avendo il remittente censurato la formulazione dell'art. 20 nella parte in cui prevedeva in caso di responsabilità particolarmente grave e reiterata, per i soli dirigenti generali¹¹⁹ il collocamento a riposo per ragioni di servizio, mentre la legge delega (art. 2, comma della L. n. 421/1992) avrebbe consentito, in caso di mancato conseguimento degli obiettivi della gestione, solo *"la rimozione delle funzioni e il collocamento a disposizione"*.

¹¹⁸ Cfr. C. D'ORTA, *Controllo di gestione e responsabilità dirigenziale*, in C. D'ORTA – C. MEOLI, *La riforma della dirigenza pubblica*, Padova, 1994, 160 ss.

¹¹⁹ Si ricordi, infatti, che la dirigenza di base era già stata privatizzata, e per questo la sanzione era il licenziamento per giusta causa, mentre per la dirigenza generale, ancora in regime di diritto pubblico, si poteva ragionare solo in termini di collocamento a riposo.

In altri termini, si contestava la legittimità della norma nella parte in cui disponeva che si potesse procedere in via immediata alla risoluzione del rapporto di lavoro, senza aver prima disposto una sanzione non definitiva, che offrisse al dirigente un'altra *chance* di reinserimento, magari in un diverso ufficio o in una diversa funzione.

La Consulta, con sentenza 16 maggio 2002 n. 193 ha accolto la questione e rilevato l'eccesso di delega: nel contesto di una più generale finalità da perseguire, quella di rafforzamento dei poteri dirigenziali, il delegante ha indicato, quali obiettivi specifici, il conseguimento della massima flessibilità nel reclutamento, nella mobilità e nei procedimenti di rimozione dalle funzioni. Nessun riferimento espresso è da ravvisare, invece, a misure di rimozione dall'impiego o di collocamento a riposo per ragioni di servizio, a fronte dell'incapacità a raggiungere gli obiettivi programmati.

In sostanza, la Corte rilegge il disegno di riforma nel senso che il binomio maggiore autonomia-maggiore responsabilità non debba comunque pregiudicare la stabilità dell'impiego o, per lo meno, debba rispettare determinate condizioni.

Asserisce che, stante il carattere dettagliato dei principi e criteri direttivi indicati dalla legge delega, in ordine alle conseguenze derivanti dalla responsabilità dirigenziale, la discrezionalità che il legislatore delegato poteva esercitare sarebbe dovuta rimanere circoscritta ai limiti definiti dalla stessa delega anziché spingersi fino alla previsione di ulteriori misure sanzionatorie della responsabilità dirigenziale.

Comunque, a prescindere dall'intervento della Consulta, anche nel sistema delineato nel 1993, quello di una riforma sostanzialmente "riuscita", l'istituto della responsabilità dirigenziale ha sofferto di

ineffettività, imputabile alla base al mancato funzionamento della fase valutativa.

L'autonomia data alle PP.AA. nella scelta del tipo di organismo di valutazione di cui avvalersi ha comportato incertezze e ritardi; la stessa composizione degli organismi di valutazione ha creato perplessità, sia per il controllo cui erano sottoposti da parte del soggetto controllore, sia per la prevalenza al loro interno non di esperti di controllo di gestione, ma di giuristi e magistrati, più portati ad una valutazione formalistica che non efficientista; l'utilizzo diffuso delle strutture di controllo interno – ove avviate – sono state usate non solo per i controlli marcatamente gestori, ma in generale per verifiche sulla legalità degli atti amministrativi; ed infine, il fatto che il parametro della valutazione fosse impostato in termini di costi – rendimenti e di economicità nella gestione delle risorse pubbliche, impediva una valutazione di più ampio respiro sull'efficacia dell'azione, ossia sulla idoneità al raggiungimento dello scopo.

1.3 (segue) Nelle novelle del 1998 e nel Testo Unico del pubblico impiego

L'intervento riformatore del 1998, nell'estendere da un lato la privatizzazione del rapporto di lavoro anche ai dirigenti generali e nello scindere per i dirigenti di ruolo il contratto di lavoro a tempo indeterminato (stipulato al momento dell'assunzione) dai successivi incarichi dirigenziali a termine (conferiti col modulo atto – contratto), ha cercato di potenziare la distinzione funzionale tra politica ed amministrazione.

Tolta la leva della gestione, all'organo politico viene lasciata la leva degli uomini¹²⁰, ossia la scelta nel conferimento degli incarichi, pur sorretta da una valutazione globale che comprenda non solo le attitudini del dirigente ma anche i risultati conseguiti in precedenza; la discrezionalità dell'organo politico rientra anche nella fase estintiva dell'incarico, pur sorretta da garanzie, come conseguenza dell'accertata responsabilità dirigenziale o di motivate ragioni organizzative definite dalla P.A..

Del resto, il conferimento al dirigente della capacità e dei poteri del privato datore di lavoro nella gestione degli uffici (c.d. micro-organizzazione) determina l'insorgere di una responsabilità gestionale piena in capo alla dirigenza.

Da qui emerge la nuova modulazione della responsabilità dirigenziale, rimaneggiata più volte nel 1998 fino a confluire nel T.U. del 2001.

L'art. 21 prevede tre forme di responsabilità:

- 1) una lieve, collegata all' "obbligazione di risultato", da intendersi nel senso che i risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione o il mancato raggiungimento degli obiettivi¹²¹ comportano, a seguito della valutazione, che al dirigente venga revocato¹²² l'incarico ricoperto per destinarlo

¹²⁰ La metafora della macchina amministrativa "a quattro leve" è di **C. D'ORTA**, *la nuova disciplina della dirigenza pubblica alla prova dei fatti: una attuazione strabica*, in Lav. nelle p.a., 2001, 103

¹²¹ Mentre il riferimento ai risultati negativi è mutuato dalla dizione precedente, risulta innovativo il richiamo al mancato raggiungimento degli obiettivi: si tratta, per tutta evidenza, degli indirizzi politico-amministrativi trasfusi nelle direttive, le quali, per fungere da parametro per l'attivazione della responsabilità del dirigente, devono indicare chiaramente cos'aspetta da lui, e assegnargli i mezzi per perseguirlo; cfr. **L. TORCHIA**, *La responsabilità dirigenziale*, cit. 91 ss; nonché **M. RUSCIANO**, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità "di risultato" del dirigente pubblico*, in RTDPC, 1998, 393, secondo cui "l'obbligazione del dirigente assume contorni precisi, in un determinato contesto organizzativo, solo quando egli viene posto nella condizione oggettiva di operare con strumenti adeguati agli obiettivi"

¹²² Ovviamente, l'atto di revoca deve assumere la forma di *contrarius actus* rispetto a quello di conferimento: quindi, secondo i casi, assumere forma di decreto del dirigente generale, D.P.C.M. o

ad altro incarico (anche ispettivo, di studio o di ricerca) presso la stessa o altra P.A.¹²³;

- 2) una media, collegata all' "obbligazione di mezzi", da intendersi nel senso che, in caso di grave inosservanza delle direttive¹²⁴ impartite dall'organo competente o di ripetuta valutazione negativa¹²⁵, il dirigente, previa contestazione e contraddittorio, può essere escluso dal conferimento di incarichi di livello corrispondente a quello espletato, per un periodo non inferiore ai due anni;
- 3) una grave, per cui, nei casi di "maggiore gravità", l'amministrazione può recedere dal rapporto di lavoro, secondo le norme del codice civile e dei contratti collettivi¹²⁶.

D.P.R.; la revoca opera poi come causa legale di risoluzione del contratto di lavoro a termine che accede all'atto di conferimento dell'incarico.

¹²³ Così configurata, secondo **L. TORCHIA**, *La responsabilità dirigenziale*, cit. 92 ss., un'obbligazione di risultato che avvicina il dirigente pubblico al prestatore d'opera professionale ex art. 2222 c.c., detta obbligazione si compone di obblighi scaturenti da norme di legge o di regolamento, e obblighi specifici desunti dalle direttive ministeriali. Dunque l'adempimento o inadempimento potrà essere valutato solo a seconda del grado di precisione degli obiettivi prefissati e delle risorse assegnate.

¹²⁴ Il riferimento alla gravità dell'inosservanza va interpretato nel senso di una palese inottemperanza, non nel senso di un semplice scostamento dal dettato della direttiva; altresì, si prescinde dal fatto che si siano prodotti, per questa causa, effetti nocivi che si sarebbero potuti evitare e si prende atto che un comportamento prescritto non è stato osservato. Né il fatto che il Ministro, a causa dell'inerzia del dirigente o dell'inosservanza delle direttive, abbia già avviato il potere sostitutivo di cui all'art. 14 c. 3, gli impedisce comunque di far valere anche la responsabilità di cui all'art. 21 c. 2: la sostituzione opera infatti per evitare un pregiudizio all'interesse pubblico, ma è misura limitata all'adozione del singolo atto; al contrario, al responsabilità implica una valutazione globale sull'operato del dirigente.

¹²⁵ Ovviamente, la "ripetuta valutazione negativa" presuppone che a monte ci sia già stata una valutazione negativa, e che dunque sia già scattata la responsabilità lieve: in questo caso, la sanzione di cui al c. 2 è aggiuntiva, e non sostitutiva rispetto a quella del c. 1.

¹²⁶ Secondo **S. PASQUA** e **V. TALAMO**, *Recesso per giusta causa dell'amministrazione dal rapporto di lavoro con il dirigente e ruolo del Comitato dei Garanti*, in Lav. nelle p.a., 2001, 1095, le cause di recesso per giusta causa non sono solo quelle ricollegate a responsabilità dirigenziale, di cui all'art. 21, c. 2 ultimo alinea; la norma è una tipizzazione, non esaustiva, del recesso per giusta causa ex art. 2119 c.c., che deve ricomprendere tutti i casi in cui la condotta del dipendente abbia gravità tale da compromettere la fiducia riposta dal datore di lavoro a che il dipendente possa fattivamente contribuire al raggiungimento degli obiettivi.

1.4 (segue) Nella legge n. 145/2002

Con la novella del 2002, la materia viene nuovamente riscritta: ed è significativo notare che, mentre la precedente legislazione delegata aveva prestato il fianco alle declaratorie di illegittimità costituzionale, il più delle volte per eccesso di delega, la Legge n. 145/2002 è rimasta immune da questo tipo di censura.

Viene riproposta la graduazione della responsabilità (lieve, media, grave), ma semplificate le ipotesi, ravvisate nel “mancato raggiungimento degli obiettivi” e nella “inosservanza delle direttive”; a seconda della valutazione della gravità dell’una o dell’altra infrazione, si può verificare: a) l’impossibilità di rinnovo dello stesso incarico alla scadenza¹²⁷; b) la revoca anticipata dell’incarico, con collocazione del dirigente nei ruoli della P.A.; c) il recesso dal rapporto di lavoro.

La lapidarietà della dizione “inosservanza delle direttive” quale fonte di responsabilità a prescindere dalla sua gravità¹²⁸, nonché la fungibilità tra sanzioni profondamente diverse ha destato preoccupazione in dottrina, che ha ravvisato in ciò un eccesso di discrezionalità in capo al valutante, tanto più pericoloso quando innescato dal vertice politico nei confronti della dirigenza generale.

La maggiore discrezionalità si evidenzia nell’aver rimesso la valutazione di gravità, fatta dall’amministrazione, all’alternativa tra

¹²⁷ Si tenga presente, tuttavia, che la mancata conferma non è solo conseguenza dell’accertamento della responsabilità dirigenziale “lieve”, tanto da far ipotizzare, a contrario, che se non vi è accertamento di responsabilità il dirigente vanti un diritto alla riconferma dell’incarico scaduto. Tuttavia, stanti i vincoli dell’accertamento della responsabilità, nella gestione organizzativa ha assunto un rilievo prevalente il ricorso alla discrezionale non riconferma dell’incarico “fisiologica”, cioè alla scadenza.

¹²⁸ Nel senso che anche un semplice scostamento dalla direttiva può far insorgere responsabilità; per di più, si incorre in responsabilità sia se si raggiungono gli obiettivi ma non si seguono le direttive, sia se si seguono le direttive ma non si raggiunge il risultato. In ogni caso, il rilievo dato all’osservanza pedissequa delle direttive fa leva sull’affidamento verso la persona del dirigente, rimarcando l’elemento fiduciario.

revoca e licenziamento. La gravità del comportamento del dirigente è, infatti, nell'attuale configurazione, ponderata su una tipologia ristretta a due parametri: mancato raggiungimento degli obiettivi; inosservanza delle direttive imputabili al dirigente. Ambedue i parametri rispondono a valutazioni ampiamente discrezionali dell'autorità di direzione politica.

Né appare sufficiente la garanzia procedimentale costituita dall'estensione della richiesta di parere al Comitato dei Garanti per tutte le ipotesi di responsabilità, anche perché è possibile prescindere, se esso non sia stato reso entro 30 giorni.

Nel caso della sanzione più grave, ossia il recesso dal rapporto di lavoro, l'amministrazione parrebbe tenuta ad adottare contestualmente due atti: il provvedimento di revoca dell'incarico (con cui sul piano organizzativo si dispone la rimozione del dirigente dalla posizione funzionale occupata) ed il licenziamento (con cui si incide sul rapporto di lavoro disponendo la cessazione).

La Corte Costituzionale è stata chiara (sentenza n. 193/2002) nel richiedere che sia la legge (e non la contrattazione collettiva) a definire le misure e le regole procedimentali di principio in caso di estinzione del rapporto di lavoro; sicchè, il rinvio operato dall'ultimo periodo dell'art. 3, comma 2, della L. n. 145/2002 alle sole *“disposizioni del contratto collettivo”* e non più anche al codice civile, come era, invece, previsto nella previgente formulazione dell'art. 21 del D. Lgs. n. 165/2001, non può condurre all'affermazione che il codice civile non si applichi, stante la natura imperativa della norma.

Di tal che, il rinvio alla contrattazione collettiva va letto congiuntamente agli artt. 2118 e 2119 c.c.¹²⁹

In merito alla forma di tutela da accordare al dirigente ingiustificatamente licenziato, si deve ritenere che, a causa del silenzio del legislatore, tale compito spetti alla fonte collettiva al pari di quanto avviene nel settore privato.

In tutti i casi di recesso carente di motivi, al dirigente è riconosciuta una tutela risarcitoria; invece, nel caso di eventuali vizi procedurali dell'iter legislativo prescritto per l'accertamento della responsabilità e per l'erogazione della conseguente misura sanzionatoria, si dovrebbe ritenere che tali vizi ricadano sugli atti finali, così da renderli invalidi ed esposti a provvedimenti giurisdizionali. Dall'analisi della fonte collettiva, invece, si desume che se si tratta di responsabilità dirigenziale *“l'annullamento della procedura di accertamento di responsabilità costituisce condizione risolutiva del recesso”*.

In questo caso il licenziamento risulta inefficace e l'amministrazione è tenuta a ripristinare il rapporto di lavoro secondo una tutela di “diritto comune” attribuendo al dirigente la medesima posizione occupata al momento dell'illegittimo licenziamento od altra di livello equivalente.

1.5 (segue) Nel D.Lgs. n. 150/2009

Con il D.Lgs. n. 150/2009 si è inciso ulteriormente sulla sistema della responsabilità dirigenziale: nella logica della maggior procedimentalizzazione possibile, la riforma Brunetta ha previsto, all'art. 19 c. 1 ter del D.Lgs. n. 165/2001, che alla revoca dell'incarico

¹²⁹ Nella specifico, il riferimento al recesso di cui al novellato art. 21 va ascritto all'art. 2119 c.c. (recesso per giusta causa) e non già all'art. 2118 c.c. (libera re cedibilità con preavviso), poiché, posta la coincidenza temporale tra revoca immediata dell'incarico e cessazione del rapporto di lavoro, nel caso di preavviso si creerebbe il paradosso di dover tenere in servizio un dirigente privato di qualunque incarico

si possa addivenire solo per le ipotesi di responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21, nuovamente mutate.

Il 1° c. dell'art. 21 disegna due fattispecie di colpa dirigenziale: 1) il mancato raggiungimento degli obiettivi accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione in materia di ottimizzazione del lavoro pubblico¹³⁰; 2) l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente.

In tali casi, le sanzioni applicabili, secondo la gravità del caso, sono sempre le stesse: impossibilità di rinnovo dell'incarico, revoca dell'incarico e messa a disposizione nei ruoli, recesso dal rapporto di lavoro, e prestano il fianco alle censure dianzi esaminate in termini di discrezionalità attivata dalla loro sostanziale fungibilità.

Un'ipotesi nuova di responsabilità "lieve" è stata poi introdotta come comma 1 bis dell'art. 21: fuori dei casi summenzionati, se in capo al dirigente venga riscontrata la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, conformemente agli indirizzi deliberati in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, la retribuzione di risultato può essere decurtata, in relazione alla gravità della violazione, di una quota fino all'80%.

Appare evidente la volontà del legislatore di sdoppiare la responsabilità a seconda che sia riferibile al mancato raggiungimento degli obiettivi e/o all'inosservanza delle direttive, ovvero alla "nuova"

¹³⁰ Emerge evidente la volontà del legislatore delegato di ancorare la verifica dei risultati a dei parametri certi e predeterminati, che da un lato costituiscono una garanzia per il dirigente nel procedimento di accertamento della responsabilità, dall'altro sono tanto più stringenti quanto più dettagliati.

ipotesi di omessa vigilanza. Solo nel primo caso sarebbero applicabili le misure previste dall'art. 21, che nel caso di accertata lieve e media responsabilità dirigenziale incidono sull'incarico e nei casi più gravi sul rapporto; nel secondo caso, invece, sarebbe applicabile la sola sanzione economica.

La nuova fattispecie del c. 1 bis è problematica: *quid iuris* qualora l'omessa vigilanza concretizzi anche un risultato negativo? Ed ancora, la vigilanza sull'operato dei singoli non rientra forse tra le competenze organizzative della dirigenza? Se così è, qual è il motivo per applicare una misura solo economica?

Peraltro, nel caso di mancato raggiungimento degli obiettivi o di inosservanza delle direttive, l'applicazione delle misure di cui all'art. 21 si dovrebbe accompagnare alla mancata corresponsione della retribuzione incentivante, costituendo questa il primo tassello da espungere in caso di valutazione negativa¹³¹.

Per quanto la riforma Brunetta si sia posta come intervento di medio – lungo periodo, il quadro della responsabilità dirigenziale sembra tutt'ora aperto a nuovi interventi legislativi; ma la vera partita si gioca sul piano della concreta operatività che si intende conferirle.

¹³¹ Le censure sono di **A. BOSCATI**, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in Lav. nelle p.a., 2009, 01,13

2. Lo spoils system all'italiana

L'art. 21 del T.U. n. 165/2001, pur con i rimaneggiamenti subiti nel corso degli anni, delinea un meccanismo che, portato a regime, instaura un procedimento virtuoso: il dovere di rispondere del dirigente non nasce da un evento di "rottura" dell'ordinamento, ma discende direttamente e fisiologicamente dalla titolarità e dall'esercizio della competenza attribuita.

Che bisogno c'era, dunque, di introdurre un meccanismo di cessazione automatica degli incarichi? E perché parlare di *spoils system* all'italiana¹³²?

Vivace è stata la *querelle* tra chi, come Massimo D'Antona, sosteneva la generale validità delle scelte organizzative sottese alla seconda privatizzazione che introducevano, tra le tante novità, anche un moderato sistema di *spoils system* limitatamente alla dirigenza di vertice, e Sabino Cassese, promotore della concezione dell'alta burocrazia come corpo professionale immune alle vicende politiche dei governi, secondo altri modelli ricorrenti in esperienze europee¹³³.

L'istituto non configura certamente uno *spoils system* a rigore, visto che non determina la cessazione del rapporto di lavoro, ma incide solo

¹³² Tale dizione è adoperata da S. CASSESE, *La dirigenza: i limiti dello spoils system*, Il sole 24 ore, 25 giugno 2002 e da G. GARDINI, *Spoils system: mito o realtà?* in Lav. nelle p.a., 2002, 953

¹³³ Cfr. F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006, spec. Cap. XI; M. D'ANTONA, *Dirigenti pubblici: meglio se a tempo*, oggi in B. CARUSO – S. SCIARRA (a cura di), *Opere*, Milano, V, p. 433; in senso fortemente critico S. CASSESE, *Il rapporto tra politica ed amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in Lav. nelle p.a., 2003, 231 ss, dove afferma "la nozione di fiducia nasce nel diritto costituzionale e attiene al rapporto tra organi politici, Parlamento e governo. Fiducia vuol dire adesione a un orientamento. Date queste premesse, è possibile usare la nozione di fiducia in un rapporto che non riguarda governo e Parlamento, ma Governo e pubblica amministrazione? Che cosa significa adesione della pubblica amministrazione a un orientamento del governo, se la pubblica amministrazione deve essere imparziale? Che significato ha l'imparzialità se vi è l'obbligo della fiducia? Si tratta di due concetti diversi ed anzi opposti. Procedendo in questa direzione la disposizione che statuisce per il pubblico funzionario l'obbligo di servizio esclusivo della Nazione perde significato".

sul rapporto di incarico lasciando immutato il rapporto di lavoro di base.

Si ricorderà, per l'appunto, che il rapporto di lavoro del dirigente pubblico si regge su un collegamento fra due contratti: quello di base, la cui stipula si colloca in una fase temporale successiva al superamento di un concorso (o di un corso concorso), e quello di incarico che si innesta sul primo contratto e muta nel corso della vita professionale del dirigente medesimo.

Dunque, a differenza del sistema delle spoglie americano, l'applicazione italiana esclude ogni riverbero in termini di cessazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Ciò posto, prima di affrontare la tematica, è opportuno ricostruirne i presupposti concettuali.

Anzitutto il contesto in cui si addivene alla scelta dell'inserimento dello *spoils system*: l'introduzione del sistema elettorale maggioritario e del bipolarismo "puro" alle elezioni politiche del 1996, ha determinato la stabilità dei governi e quindi un'interpretazione del principio maggioritario tesa a rendere effettivo il meccanismo della responsabilità politica; dal momento cioè che è il governo a dover rispondere dinanzi agli elettori dei risultati dell'azione amministrativa, occorre che esso disponga di adeguati poteri per la realizzazione degli obiettivi attribuiti all'amministrazione.

Con le riforme del 1998, si è realizzato l'arretramento della politica dalla sfera delle gestione ed il suo confinamento negli ambiti, sempre più ristretti, dell'indirizzo: ed allora, il Governo ha ritenuto, in sede di decretazione delegata, che una volta abbandonata la leva della

gestione¹³⁴, la politica “vantasse un credito” nei confronti dell’amministrazione.

Da qui, gli aggiustamenti all’art. 19 del D.Lgs. n. 165/2001.

Innanzitutto, la temporaneità degli incarichi di cui al c. 2: da un minimo di due anni ad un massimo di sette, salvo rinnovo. L’introduzione del principio di temporaneità per tutti gli incarichi dirigenziali, pur se giustificata dall’esigenza di rispondere meglio alle esigenze di flessibilità e di mobilità dei vertici dirigenziali, determina una “spada di Damocle” sulla testa del dirigente.

Ed ancora: la previsione che entro determinate percentuali, un incarico di livello superiore possa essere assegnato ad un dirigente di qualifica inferiore ed addirittura che un incarico dirigenziale, di qualunque livello, venga attribuito ad un estraneo all’Amministrazione, in possesso di specifiche qualità professionali (commi 3 e 4); si consacra così una vera e propria frattura tra *rapporto di impiego* (legato allo *status* di dirigente all’interno di un Ente pubblico) e *rapporto organico* (che attiene all’esercizio delle funzioni ed alla capacità di impegnare l’amministrazione verso l’esterno).

Il rapporto organico – che nasce con il conferimento dall’incarico – non rappresenta più una prerogativa ed un completamento del rapporto di impiego (ossia dell’appartenenza alla qualifica dirigenziale), posto che l’incarico non solo ha una durata temporale ben delimitata non coincidente con la durata dell’impiego, ma soprattutto può prescindere dalla corrispondenza con la qualifica di appartenenza del dirigente (se è vero che ad un dirigente di fascia inferiore può essere destinatario di incarichi di fascia superiore), se

¹³⁴ Il riferimento è sempre a C. D’ORTA, *La nuova disciplina della dirigenza pubblica alla prova dei fatti: una attuazione strabica*, cit., 103

non anche dall'esistenza stessa del rapporto d'impiego (nel caso di attribuzione ad estranei all'amministrazione, con contratto di diritto privato).

In altre parole, nel nuovo sistema del lavoro contrattuale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, 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 acquisito mediante il contratto di lavoro stipulato all'esito della prevista procedura concorsuale – a svolgerla concretamente per effetto del conferimento, a termine, di un incarico dirigenziale¹³⁵.

L'ultimo passaggio, al c. 8: gli incarichi di vertice (Segretario generale, Capo Dipartimento ed equiparati) possono essere confermati, revocati, modificati o rinnovati, entro novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo, decorsi i quali il silenzio equivale a conferma fino alla data di naturale scadenza.

E' certamente vero che non tutta la dirigenza viene interessata dall'istituto, ma solo quella "apicale", ossia quella che si presenta sul piano strutturale quella certamente più contigua al vertice politico; del resto, i segretari generali ed i capi dipartimento coadiuvano i Ministri nella formazione dell'indirizzo politico.

Ciò nondimeno, a partire da queste categorie di funzionari si è fatta strada l'idea che la relazione fiduciaria tra politica ed amministrazione potesse estendersi al resto dell'amministrazione¹³⁶ e che, in ogni caso,

¹³⁵ Cfr. Cassazione civile, sezione lavoro, 20.03.2004, n. 5659.

¹³⁶ Cfr. **S. CASSESE**, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1341 ss.

la cessazione anticipata dell'incarico determini l'impossibilità dell'accertamento della responsabilità dirigenziale¹³⁷.

Se, tuttavia, lo *spoils system* introdotto dai decreti legislativi n. 80/1998 e n. 387/1998 richiedeva un provvedimento espresso da parte del nuovo Governo in carica, altrimenti gli incarichi apicali si intendevano confermati fino alla scadenza, la modifica introdotta con la legge Frattini n. 145/2002 è sostanziale, e tanto più singolare sol che si consideri che proprio l'On.le Frattini, nei lavori della "Bicameralina" (la commissione per le riforme presieduta da Cerulli Irelli da cui è fuoriuscita la bozza del d.lgs n. 80/1998) aveva affermato che *"la mancata riconferma dei dirigenti da parte del governo che entra in carica può destare perplessità ... contrasta con il principio della distinzione tra compiti di direzione politica e compiti e responsabilità di gestione, rendendo evidentemente subordinati i secondi ai primi"*¹³⁸.

I passaggi che preludono all'opzione di uno *spoils system* accentuato sono così riassumibili: il termine massimo di durata degli incarichi viene fissato in tre anni per i dirigenti generali ed in cinque anni per i dirigenti di base, ma soprattutto viene espunto il termine minimo di durata degli stessi (poi fortunatamente reintrodotta dalla L. n. 168/2005 e fissato in tre anni, con un termine massimo per tutti i dirigenti allineato a cinque anni).

Viene aumentata la percentuale degli incarichi dirigenziali conferiti ad esterni (dal 5% della dotazione organica la soglia passa al 10% della

¹³⁷ Cfr. **P. CERBO**, *La cessazione anticipata degli incarichi dirigenziali tra gestione, politica e legge*, in Lav. nelle p.a., 2007, 02, 449 ss.

¹³⁸ Sul "cambio di rotta" cfr. **G. D'AURIA**, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, in Lav. nelle p.a., 2002, 222

dotazione organica per incarichi di prima fascia ed all'8% per incarichi di seconda fascia).

Ed eccoci allo *spoils system* potenziato.

L'art. 19 del T.U. del 2001 esce fortemente rimaneggiato dalla riforma del 2002, sotto tre versanti:

- 1) gli incarichi di funzione dirigenziale apicale di cui al c.3 cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo: la cessazione è automatica, cioè prescinde da un espresso provvedimento del nuovo Esecutivo, presupponendo che tutta la dirigenza apicale del vecchio Governo non possa rispondere alle aspettative del nuovo;
- 2) L'art. 6 della L. n. 145/2002 prevede poi che tutti gli incarichi di vertice e dei componenti dei consigli di amministrazione o degli organi equiparati degli enti pubblici, delle società controllate o partecipate dallo Stato, delle agenzie o di altri organismi comunque denominati, conferiti dal Governo o dai Ministri nei sei mesi antecedenti la scadenza naturale della legislatura, possono essere confermate, revocate modificate o rinnovate entro sei mesi dal voto di fiducia al nuovo Governo; se non si provveda, essi si intendono confermati sino a naturale scadenza. Si introduce così uno *spoils system* che, pur non automatico, richiedendo un provvedimento espresso, tuttavia è pericolosamente esteso anche ai vertici di enti e consigli di amministrazione, ed allarga dunque la sfera dei "precari";
- 3) Infine, la previsione della cessazione degli incarichi apicali *una tantum*: all'art. 3 c.7 della L. n. 145/2002 si prevede infatti che *“le disposizioni di cui al presente articolo trovano immediata applicazione relativamente agli incarichi di funzione*

dirigenziale di livello generale e a quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato ove è prevista tale figura. I predetti incarichi cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge, esercitando i titolari degli stessi in tale periodo esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione”.

E' fin troppo evidente che l'ampliamento della sfera dei dirigenti colpiti da *spoils system*, e soprattutto la caducazione *una tantum* di tutti gli incarichi di dirigente generale e di direttore generale degli enti vigilati dallo Stato, si è risolto in un “colpo di mano” dato dalla normativa nel senso dell'azzeramento di tutta una classe dirigente ritenuta “fedele” alla precedente maggioranza.

Orbene, una delle poche voci in dottrina a non gridare “allo scandalo” è stata quella di Carlo D'Orta, il quale ha ritenuto che: per quanto riguarda la cessazione degli incarichi apicali ex art. 19 c. 8 T.U., essa è identica, sul piano soggettivo, alla riforma del 1998, ma vi aggiunge una automaticità del meccanismo che lo rende “più snello e diretto”, per il fatto di non richieder più un provvedimento espresso; e che comunque è fatta salva la facoltà del nuovo Governo di riconfermare gli apicali automaticamente decaduti.

Neanche sul meccanismo di caducazione “non automatica” di cui all'art. 6 L. n. 145/2002, esteso agli organi di vertice (presidenti) e ai componenti dei consigli di amministrazione e di altri organi «politici» degli enti pubblici, l'autore pare preoccuparsi: più che a “precarizzare” tali dirigenti, la scelta normativa sarebbe destinata ad evitare nomine “di comodo” fatte all'ultimo momento dal Governo uscente.

Infine, quanto alla clausola più discussa, quello dell' "azzeramento automatico" di tutti i dirigenti generali al 60° giorno dall'entrata in vigore della legge del 2002, D'Orta non esclude che abbia potuto generare qualche senso di insicurezza nella platea dei destinatari: ma – conclude – questo fenomeno si era già presentato con la riforma del 1998. Ed invero, all'indomani dell'introduzione del Ruolo Unico, il D.P.R. n. 150/1999 aveva sollevato dall'incarico "silenziosamente" tutti i dirigenti, generali e non, allora in carica. Nel 2002, invece investiti dallo *spoils system una tantum* sono solo i dirigenti generali, la cui spoliazione dell'incarico avviene sì, ma "alla luce del sole"¹³⁹.

Si è ritenuto opportuno dar conto di questa linea di pensiero, per confrontarla con la dottrina maggioritaria, che, per contro ha aborrito l'intero impianto riformatore, ed in particolare le tre forme di *spoils system* da questo recate: ci si limita a citare Luigi Menghini, il quale afferma che *"nel 1999 come ora, il fine di far partire un nuovo sistema di incarichi poteva benissimo venire attuato senza lo spoils system generalizzato, il quale è un provvedimento gravissimo nella misura in cui rende parole vane tutte le norme volte a dare maggiore autonomia ai dirigenti nei confronti dell'ingerenza del potere politico, tutti i tentativi di giungere ad un equilibrio tra politica ed amministrazione ... lo spoils system generalizzato, in altre parole, manda a quel paese ogni riforma della dirigenza, facendo diventare il burocrate schiavo del potere politico, facendo tornare la situazione indietro di secoli. Le varie maggioranze che in teoria potrebbero alternarsi al governo ogni cinque anni hanno intenzione di continuare con questo sistema, magari con la scusa che hanno modificato*

¹³⁹ Cfr. C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la legge 145/2002*, in lav. nelle p.a., 2002, 06, 929 ss.

qualcosa nella disciplina degli incarichi? Se succedesse così, se, cioè, ogni cinque anni cambiasse il governo ed ogni governo procedesse ad uno spoils system generalizzato, l'ordinamento italiano in tema di dirigenza ne risulterebbe rivoluzionato, le norme del Testo Unico potrebbero essere gettate al vento e non ci sarebbe che sudditanza, terrore, schiavitù della burocrazia e strapotere degli apparati politici, senza alcuna possibilità di intervento da parte dei giudici, salva, naturalmente, la remissione del tutto alla Consulta per la violazione di tutte le norme in tema di amministrazione pubblica”¹⁴⁰.

¹⁴⁰ **L. MENGHINI**, *La disciplina degli incarichi dirigenziali*, in Lav. nelle p.a., 2002, 1035; nello stesso senso, **G. D'AURIA**, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, in Lav. nelle p.a., 2002, 222; **F. CARINCI**, *Regola maggioritaria, alternanza e bulimia riformatrice*, in Lav. nelle p.a., 2002, 839

3. La Consulta: baluardo del principio di separazione politica – amministrazione

Seguendo la tesi di Stefano Battini, la stessa normativa che ha affermato nella forma il principio di distinzione tra indirizzo politico e gestione, ne ha tradito la sostanza, centralizzando sul piano soggettivo l'elemento fiduciario e legittimando il *political patronage* con vari meccanismi, il più accentuato dei quali risiede evidentemente nelle tecniche di *spoils system*¹⁴¹.

A fronte di ciò, l'unico rimedio auspicato da Menghini nella citazione di cui sopra, ed in effetti concretizzatosi, è stato l'intervento della Consulta che, con molteplici pronunce dalla metà del 2000 ad oggi, ha riallineato il sistema in modo da garantire effettività al principio.

Prima ancora della Corte Costituzionale, è stata la giurisprudenza di merito a percepire l'incostituzionalità dello *spoils system*, ed in questo senso l'apripista è stato il Tribunale di Roma.

In una prima occasione, pronunciandosi in sede cautelare, il predetto giudice si è imbattuto nell'art. 3 c. 7 della Legge n. 145/2002 – quello sulla caducazione automatica di tutti gli incarichi dirigenziali al sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge – ed ha cominciato a porsi dubbi di costituzionalità¹⁴².

Con la prima ordinanza, datata 3 febbraio 2003, il Tribunale ha ritenuto ammissibile l'istanza di rimessione, ma ha dichiarato manifestamente infondata nel merito la questione di legittimità costituzionale, sul presupposto che, poiché nella fattispecie alla cessazione automatica dell'incarico era seguita una tempestiva nomina

¹⁴¹ Cfr. S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica ed amministrazione in Italia: un bilancio*, cit.

¹⁴² Per un'ampia disamina della giurisprudenza sul tema, cfr. A. BLASCO, *Spoils system: lo stato della giurisprudenza*, in Lav. nelle p.a., 2003, 6, 1134

del dirigente, la scelta di azzerare gli incarichi dirigenziali in corso di svolgimento rientrava nell'ambito delle scelte politiche e non violava né i principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost., né l'assunto dell'art. 98 Cost., in base al quale *“i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione”*.

A distanza di un mese, il Tribunale di Roma, di nuovo investito della questione, per la prima volta ha ravvisato nella disposizione succitata altri profili di incostituzionalità, oltre alla violazione degli artt. 97 e 98 Cost.¹⁴³; e ha continuato a farlo nelle successive ordinanze 1 aprile 2004 ed 11 maggio 2004.

Il Giudice contesta soprattutto la violazione del principio di libertà negoziale e di uguaglianza, per la portata retroattiva della norma, che interviene su un assetto di interessi già formato dalle parti del contratto, azzerando gli incarichi in corso di svolgimento solo per la scadenza del termine. L'automatica cessazione degli incarichi dirigenziali in corso di svolgimento, ex art. 3, integrerebbe una lesione della libertà negoziale e dell'autonomia privata, costituzionalmente protette dall'art. 41 Cost. e, in quanto strumentali alla realizzazione della personalità dell'individuo, anche dall'art. 2 Cost..

A dire il vero, se di violazione del principio di uguaglianza può parlarsi, non è sul piano della libertà negoziale, ma è perché l'art. 3 della L. n. 145/2002 determina una sperequazione tra dirigenti apicali, azzerati al novantesimo giorno dalla fiducia al nuovo Governo e comunque rinnovabili, e i dirigenti generali, azzerati dallo *spoils system una tantum* al sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge Frattini, ma esclusi da quello a regime.

¹⁴³ Trib. Roma, ordinanza 04.03.2003, in Lav. nelle p.a., 2003, 3-4, 330

Se, invero, questi ultimi pure concorrono alla formazione dell'indirizzo, allora avrebbero dovuto essere inseriti al c. 8 dell'art. 19; se invece non vi concorrono, non vi sarebbe ragione di caducarne gli incarichi nemmeno *una tantum*.

Pur con dei limiti argomentativi, il pregio di queste ordinanze è aver percepito la pericolosità insita nell'istituto dello *spoils system*, specie in quello *una tantum*.

3.1 La sentenza 16 giugno 2006 n. 233

A fronte di questi primi dubbi di costituzionalità avanzati dalla giurisprudenza di merito, la Consulta non censura nell'immediato lo *spoils system*, ma anzi nella prima pronuncia lo appoggia nella sostanza.

Oggetto della questione di legittimità costituzionale, sollevata in via principale dalla Presidenza del Consiglio, sono tre norme regionali, due della Regione Calabria (Leggi Regionali nn. 12 e 13 del 2005) ed una della Regione Abruzzo (Legge Regionale n. 27 del 2005): i ricorsi vengono riuniti perchè connessi sul piano oggettivo¹⁴⁴.

La prima legge, quella della Calabria è anche quella che incide più ampiamente nella materia delle nomine, poichè dispone la decadenza automatica delle nomine dei rappresentanti della Regione in enti e organismi esterni effettuate nei nove mesi antecedenti alla scadenza della legislatura regionale, e, riguardo a tutti gli incarichi dirigenziali interni, ne prevede l'azzeramento automatico ed il nuovo

¹⁴⁴ Cfr. **F. MERLONI**, *Primi incerti tentativi di arginare lo spoils system nelle Regioni* (nota a Corte Cost. n. 233/2006), in *Forum di Quaderni Costituzionali*; ma pure **S. BATTINI**, *In morte del principio di distinzione fra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8/2006, pag. 911 e ss; **G. GARDINI**, *Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità: le nomine fiduciarie delle Regioni sono legittime, ma la querelle resta aperta*, in *Lav. nelle p.a.*, n. 3/4, 2006.

conferimento entro 60 giorni dall'insediamento dei nuovi organi regionali.

La legge abruzzese dispone che le nomine degli organi di vertice degli enti dipendenti dalla Regione e delle società da esse controllate e partecipate hanno una durata pari a quella della legislatura regionale e decadono all'atto dell'insediamento del nuovo Consiglio regionale, salva conferma nei successivi quaranta giorni.

La seconda legge calabrese dispone la decadenza automatica, nelle Aziende sanitarie locali, dei direttori amministrativi e sanitari e dei responsabili dei dipartimenti sanitari e amministrativi e ai responsabili dei distretti sanitari territoriali «in concomitanza con la nomina dei Direttori generali» delle Aziende stesse.

In tutti e tre i casi, a ben vedere, si tratta di *spoils system* dagli effetti molto estesi, che tendono cioè a far allargare l'area delle posizioni dirigenziali fiduciarie.

Come nelle successive pronunce di illegittimità costituzionale di disposizioni regionali, il primo problema che la Consulta deve affrontare è relativo alla competenza legislativa in materia, alla luce del nuovo riparto dell'art. 117 Cost.

Ebbene, trascurando la ricaduta della rimozione dall'incarico sul rapporto di lavoro sottostante (che rientra nella materia dello “ordinamento civile” riservata alla legislazione statale ex art. 117 c. 2 lett. 1) Cost.), trascurando altresì che conferimento, revoca e decadenza dall'incarico sono sottoposti alla giurisdizione ordinaria, la Consulta perora la natura pubblicistica di tali atti e riconduce la materia all'organizzazione amministrativa della Regione, oggetto di competenza residuale ex art. 117, c. 4 Cost..

E lo fa anche a costo di qualche forzatura, quando per esempio, per legittimare la competenza legislativa regionale, fa rientrare nella materia dell'organizzazione regionale anche il riparto degli incarichi all'interno delle aziende sanitarie.

Dunque, sul piano della competenza legislativa, la Consulta “salva” integralmente le leggi oggetto del suo scrutinio, attraendole nelle materie devolute alla competenza regionale.

Scendendo nel merito dello *spoils system*, la Corte, nel ribadire la distinzione normativa tra funzioni di indirizzo e funzioni di gestione, afferma che la riforma non esclude l'esistenza di figure (dirigenti apicali) e di uffici (di diretta collaborazione) che siano contigui al Ministro nella formazione dell'indirizzo politico.

Dunque, non contrasta con l'autonomia delle funzioni l'esistenza di un'area di dirigenza nominata e revocata *intuitu personae*, purchè sia esattamente delineata nei suoi confini.

Al riguardo, le leggi regionali impugnate riguardano sia dirigenti esterni, ossia appartenenti ad organismi esterni e ad enti dipendenti dalla Regione, sia le nomine interne.

Quanto alle nomine esterne, mentre non è da contestare il carattere fiduciario delle nomine di *organi di vertice* di enti dipendenti dalla Regione, più di un dubbio è legittimo quando le nomine riguardino *tutti i rappresentanti* della Regione o, a maggior ragione, la *designazione di componenti* in organismi esterni (si pensi a componenti di collegi chiamati per la loro qualificazione tecnica, ovvero agli amministratori di società partecipate e controllate dalla Regione, che esercitano attività imprenditoriale); ciò nondimeno, la Consulta ritiene che tutte queste nomine siano contigue all'indirizzo

politico, e tutte caratterizzate dalla fiduciarità, tale da legittimare lo *spoils system*.

Di poi, con riferimento agli incarichi dirigenziali interni, azzerati tutti dalla prima legge regionale calabrese impugnata, la Corte parte dal distinguere tra incarichi dirigenziali generali e non, i primi conferiti dal Presidente della Giunta regionale, i secondi dai dirigenti generali, per affermare che solo nei primi si ritrova l'*intuitus personae*: ed anche questa affermazione è censurabile, sol che si consideri che non tutti i dirigenti generali svolgono funzioni di contribuzione all'indirizzo, ma spesso sono impegnati in attività di gestione.

Dunque, accogliere il criterio del livello dirigenziale (tutti gli incarichi di livello generale sono fiduciari, quindi soggetti a decadenza automatica) non tutela l'imparzialità dell'amministrazione in tutti i (numerosi) casi nei quali all'incarico dirigenziale generale si accompagnino compiti di amministrazione e gestione o poteri di intromissione nell'amministrazione e gestione dei dirigenti non generali.

Il rischio, infatti, è di innescare un procedimento di fidelizzazione che si riverbera a catena anche sulla dirigenza di base e sull'operato concreto degli uffici.

Identico problema si pone per la dirigenza delle ASL: la L.R. Calabria n. 13/2005 ha previsto la cessazione dall'incarico per direttori generali, amministrativi e sanitari, nonché per i responsabili dei dipartimenti e dei distretti sanitari.

Ebbene, già qualche riserva si potrebbe apporre allo *spoils system* dei direttori generali, stante che l'Azienda sanitaria svolge attività di erogazione di servizi e non certo di indirizzo politico.

Ma la Consulta fa ancora peggio: legittima l'azzeramento anche dei dirigenti amministrativo e sanitario, affermando in capo a costoro non uno *spoils system* "politico", ma "tecnico", cioè l'esistenza di un legame fiduciario correlato a garantire la coerenza dell'impostazione manageriale tra direzione generale, amministrativa e sanitaria.

Senonchè, nel caso di specie non è il direttore generale che valuta le competenze gestionali dei suoi ausiliari, ma è la legge che d'imperio azzerava anche queste cariche.

Lo *spoils system* che così viene legittimato, sarà anche non generalizzato (perché salva i direttori di dipartimento e di distretto), ma comporta una piena e automatica decapitazione degli incarichi di vertice di tutte le ASL della Regione, autorizzando rilevanti fenomeni di spartizione lottizzatoria di questi incarichi. Con un evidente effetto a cascata, di condizionamento anche del comportamento dei dirigenti "intermedi", che pure la decisione della Corte pone al riparo dalla diretta applicazione dello *spoils system*.

E' per questo che la dottrina ha parlato di "sentenza deludente", sul piano delle motivazioni, sia riguardo al riparto di competenze legislative Stato – Regioni, sia con riferimento al principio di fiduciarità della dirigenza apicale: principio questo, valido in teoria, ma non sufficientemente precisato nei suoi confini, al punto da far rientrare nell'apicale anche posizioni dirigenziali che svolgono solo funzioni di gestione e per le quali la forzosa contiguità al vertice politico cozza con l'autonomia di gestione e l'efficienza del management¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Cfr. V. TALAMO, *Per una dirigenza pubblica riformata (contro lo spoils system all'italiana)*, in C. DELL'ARINGA- G. DELLA ROCCA (a cura di) *Pubblici dipendenti - Una nuova riforma?*, Soveria Mannelli, 2007, 119 ss.

3.2 Le sentenze n. 103 e n. 104 del 23 marzo 2007

Il ragionamento seguito dalla Consulta nella sentenza del 2006 è parso ispirato al criterio dell'autorità nominante: se questa è politica, allora il nominato è apicale e per ciò solo legittimamente assoggettabile a *spoils system*.

Riportato alla dirigenza statale, siffatto principio avrebbe determinato la legittimità costituzionale sia dello *spoils system* a regime (quello dell'art. 19 c. 8 T.U. e dell'art. 6 L. n. 145/2002) previsto per Segretari generali, capi dipartimento e componenti di consigli di amministrazione, sia di quello transitorio (art. 3 c. 7 L. n. 145/2002), previsto per i dirigenti generali.

Ma per fortuna ad invertire la rotta intervengono le sentenze nn. 103 e 104 del 2007, che pur avendo un oggetto diverso, congiuntamente definiscono una nuova impostazione.

Per la ben nota difficoltà della Corte nel contraddire un suo precedente orientamento, formalmente le pronunce del 2007 si pongono in una linea di continuità con quella del 2006: entrambe confermano che lo *spoils system* è legittimo se riferito agli incarichi apicali, solo che cambia radicalmente il modo di intendere il novero di tali incarichi, ed in generale, cambia l'approccio della Consulta alla problematica¹⁴⁶.

¹⁴⁶ cfr. per il commento alle sentenze, **F. MERLONI**, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla corte nuovi passi nella giusta direzione*, in Forum dei quaderni costituzionali; **S. DE GOTZEN**, *Il bilanciamento tra spoils system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale*, in Forum dei quaderni costituzionali; **C. CHIAPPINELLI**, *Spoils system, procedure di bilancio e disegno amministrativo: la sentenza n. 103 del 2007 della Consulta ed i problemi ancora aperti*, in Foro amm. CDS, 2007, 5, 1355; **M. FERRETTI**, *I limiti dello spoils system nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Lav. nelle p.a., 2008, 2, 369

La pronuncia n. 103/2007 ha ad oggetto la legittimità costituzionale di una legge statale, la n. 145/2002, sia con riferimento all'art. 3 c.1 lett. b), che fissa un termine troppo breve di durata degli incarichi dirigenziali, sia con riferimento all'art. 3 c. 7, cioè la norma transitoria che prevede la decadenza una tantum di tutti gli incarichi dirigenziali statali al sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge.

La sentenza n. 104/2007 affronta invece la questione di legittimità costituzionale di alcune leggi regionali del Lazio, che prevedono la decadenza automatica dei direttori generali delle ASL ed una legge regionale siciliana, che prevede che tutti gli incarichi dirigenziali diversi da quelli di dirigente generale, “già conferiti con contratto possono essere revocati, modificati e rinnovati entro novanta giorni dall'insediamento del dirigente generale nella struttura cui lo stesso è preposto”, ritenendosi altrimenti confermati fino alla loro materiale scadenza , e precisando che tale disposizione costituisce “norma non derogabile dai contratti o accordi collettivi, anche se già sottoscritti”.

Pur investendo il sindacato di legittimità nell'un caso una legge nazionale, nell'altro una legge regionale, la Consulta ragiona negli stessi termini: non pretende infatti che i principi organizzativi dello Stato possano trovare applicazione anche nelle Regioni, e ciò perché, sia a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, sia a seguito di quanto affermato nella sentenza n. 233/2006, l'organizzazione amministrativa regionale è materia di competenza legislativa residuale in capo alle Regioni: tuttavia, in materia di dirigenza, sia la legge statale sia la legge regionale devono tenere presenti i parametri costituzionali degli artt. 97 e 98 Cost..

In altri termini, la Consulta non si pronuncia sul problema della possibilità per lo Stato, anche in materie di competenza residuale, di

poter fissare dei principi generali sull'organizzazione amministrativa che fungano da "limite esterno" per il legislatore regionale, ma è essa stessa Corte ad enucleare dei principi cui entrambi i legislatori devono conformarsi.

Ebbene, su questa scia di pensiero la Consulta afferma che la distinzione funzionale tra politica ed amministrazione è la diretta e immediata applicazione del principio di imparzialità: per rendere effettivi questi due principi, occorre che il legislatore nazionale e quello regionale pongano in essere una serie di guarentigie, non solo separando le competenze, ma anche "proteggendo" la posizione dei dirigenti rispetto agli organi politici per evitare che, dalla loro gestione dello status dirigenziale, essi possano "aggirare" il principio di distinzione funzionale.

Sorge, di conseguenza, la necessità che:

- 1) in fase d'accesso, la selezione della dirigenza avvenga per concorso pubblico;
- 2) per garantire la continuità dell'azione amministrativa, si eviti che gli incarichi abbiano un termine troppo breve, e che si pongano in essere revoche anticipate o decadenze automatiche dell'incarico medesimo in coincidenza con la fiducia al nuovo Governo;
- 3) anche le ipotesi di revoca anticipata siano assistite dalla garanzia del "giusto procedimento".

Orbene, dopo aver dato parere favorevole sugli incarichi a termine, perfettamente rispondenti alla contrattualizzazione della dirigenza e alla verifica dei risultati di gestione, la Corte ritiene che una durata troppo breve dell'incarico possa pregiudicare il dirigente, sia sul piano della continuità della sua gestione, sia riguardo alla possibilità

effettiva di sottoporlo a valutazione; ciò nondimeno, poiché il c. 2 dell'art. 19 T.U. novellato nel 2002 nel senso dell'abolizione del termine minimo di durata è stato, nelle more della decisione della Consulta, modificato dalla Legge n. 168/2005 ne senso della reintroduzione del termine minimo e dell'allungamento del termine massimo, la Corte ritiene la questione di legittimità, *in parte qua*, inammissibile.

Passando poi all'esame dello *spoils system* transitorio di cui all'art. 3 c. 7 L. n. 145/2002, la Consulta lo censura senza mezzi termini: esso lede l'autonomia delle funzioni amministrative rispetto alla intromissione degli organi politici; lede altresì il principio del giusto procedimento, cioè una garanzia essenziale per il dirigente che deve poter contestare il "provvedimento" di revoca in sede di responsabilità dirigenziale.

La novità di tale impostazione sta nel ricomprendere tra i dirigenti meritevoli di tale garanzia anche i dirigenti generali, che nell'impianto della sentenza n. 233/2006 venivano ritenuti contigui al vertice politico al pari degli apicali.

Con la sentenza n. 103/2007, la categoria degli incarichi connotati dalla fiduciarietà viene ristretta ai soli incarichi apicali (Segretario generale, capo dipartimento ed equivalenti); e però nella sentenza n. 104/2007, tale categoria, in relazione alla legge regionale siciliana, viene di nuovo allargata: ed invero la Corte, nel dichiarare illegittima la norma impugnata, salva dallo *spoils system* la dirigenza di base, implicitamente affermando che per essa sola non valga il vincolo fiduciario e la contiguità alla politica, che invece vale per i dirigenti generali.

In altri termini, il principio dello *spoils system* limitato ai soli incarichi contigui alle funzioni di indirizzo politico è lodevole, ma la Corte non è univoca nel definire i confini di questa categoria.

Con la sentenza n. 104/2007 viene anche affrontato il problema della decadenza dei direttori generali delle ASL, prevista dalla legge regionale del Lazio pure impugnata.

Se si ricorda che, solo qualche mese prima, la stessa Consulta ha legittimato lo *spoils system* della Regione Calabria sia per il direttore generale che per i direttori sanitario ed amministrativo, in virtù del vincolo fiduciario “tecnico” che lega il primo ai secondi, la portata della sentenza n. 104 appare dirompente: l’incarico al direttore generale viene conferito sulla base di una valutazione nella quale si sovrappongono elementi “politici” (il nominato è ritenuto persona adatta ad attuare l’indirizzo politico della Regione) ed elementi “professionali” (il nominato è ritenuto in possesso di specifici «requisiti culturali e professionali»); la revoca dell’incarico è dunque legittima prima della scadenza solo per cause afferenti la gestione aziendale, ma non per una causa esterna al rapporto, quale il cambio del vertice politico.

Una misura come quella della decadenza automatica può trovare una giustificazione solo per i «diretti collaboratori dell’organo politico» o per gli «organi di vertice dell’apparato burocratico», mentre il direttore generale di ASL, pur nominato dall’organo politico, è «figura tecnico-professionale», cui si applicano particolari responsabilità dirigenziali (in rapporto ai risultati), ma non le misure caratteristiche del rapporto fiduciario di tipo strettamente politico.

L'entusiasmo con il quale la dottrina ha accolto queste sentenze¹⁴⁷, secondo altri studiosi rischia di lasciare in ombra i veri profili interessanti delle pronunce.

In particolare, il fatto che la Consulta non travolge definitivamente l'istituto dello spoils system, ma detta l'unico modo per farlo salvo: ricondurlo ad un procedimento che veda il contraddittorio del dirigente interessato, ed un provvedimento motivato sulle modalità pregresse di espletamento dell'incarico, «anche in relazione agli obiettivi programmati dalla nuova compagine governativa».

In questo modo, il meccanismo sarebbe più garantista, pur distinguendosi e non sovrapponendosi alla responsabilità dirigenziale¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Per tutti, **M. CLARICH**, *Una rivincita della dirigenza contro lo strapotere politico*, in *Il Sole 24 ore*, 24.03.2007, 33

¹⁴⁸ Cfr. **G. CORSO – G. FARES**, *Quale spoils system dopo la sentenza 103 della Corte Costituzionale?* in www.giustamm.it e in www.giurcost.org

4. Lo spoils system introdotto dal decreto-legge 18 maggio 2006, n. 181 e dal decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262; i nuovi interventi della Consulta

Prima che la Corte avesse modo di rendere le pronunce dianzi esaminate, il legislatore è nuovamente intervenuto sulla materia, ampliando il palcoscenico dello spoils system.

Dapprima, con l'art. 1 del decreto-legge 18 maggio 2006, n. 181, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2006, n. 233, introduce una speciale forma di *spoils system* per le figure di *staff*, secondo la quale: 1) tutte le assegnazioni di personale, compresi incarichi dirigenziali, consulenze e contratti conferiti nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, decadono se non confermati entro 30 giorni dal giuramento del nuovo Ministro; 2) rispetto ai Ministri in carica al momento dell'entrata in vigore del D.L., il suddetto termine opera dalla data di entrata in vigore della legge di conversione (*spoils system* transitorio).

Di poi, con D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito con modificazioni in L. 24 novembre 2006 n. 286, viene introdotto un nuovo *spoils system* ordinario (art. 2 comma) con la cessazione automatica degli incarichi dirigenziali allo scadere dei 90 giorni dal cambio di Governo, non solo per gli incarichi apicali, ma anche per quelli dirigenziali sia generali che inferiori affidati a dirigenti di altre p.a. (non appartenenti ai ruoli di cui all'art.23 del d.lgs. 165/2001), nonché a personale esterno all'amministrazione e nominato, in base all'art.19 comma 6 T.U., per le sue particolari qualità professionali; ed un altro *spoils system* transitorio (comma 161 dell'art. 2) per cui, in sede di prima applicazione del rinnovato art.19 (che amplia appunto le ipotesi di spoils system) gli incarichi conferiti prima del 17 maggio 2006

cessano, se non confermati, entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto.

Ovviamente, dopo essersi pronunciata in maniera così decisa sulla L. n. 145/2002, la Consulta non ha potuto astenersi dall'intervenire nuovamente anche su tali fattispecie di revoca anticipata dell'incarico dirigenziale.

E'opportuno prima concentrarsi sulla seconda normativa, quella del D.L. n. 262/2006.

Al riguardo, la Corte interviene con tre pronunce.

La prima, la sentenza n. 161 del 20 maggio 2008, muove nell'esatto solco della n. 103/2007: chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della cessazione entro 60 giorni dall'entrata in vigore del decreto, con specifico riferimento agli incarichi dirigenziali sia generali che inferiori affidati a dirigenti di altre P.A. (non appartenenti ai ruoli di cui all'art.23 del d.lgs. 165/2001), la Corte rileva che tra il rapporto di lavoro di un dirigente dei ruoli di cui all'art. 23 e quello di un dirigente dipendente da altra P.A. non v'è alcuna differenza se non nel particolare *“atteggiarsi della relazione esistente tra rapporto di servizio e rapporto di ufficio”*, nel senso che, nel primo caso, il contratto ed il provvedimento di incarico si incardinano, con funzione integrativa, su un rapporto di lavoro a tempo indeterminato stipulato con la P.A. statale, mentre nel secondo caso i primi due atti hanno una loro autonomia, continuando il dipendente di altre PP.AA. a vedere regolato diversamente il suo rapporto di base.

Tale diversità strutturale, pertanto, non determina l'applicazione di principi diversi sul piano funzionale, in relazione alla distinzione tra

attività di indirizzo politico-amministrativo e compiti gestori dei dirigenti.

La motivazione della sentenza n. 161 del 2008 ripercorre quella della n. 103 del 2007 anche con riferimento al giusto procedimento, inteso come momento di confronto dialettico tra le parti in cui siano esternate le ragioni dell'anticipata cessazione dell'incarico e sia garantito il diritto di difesa al dirigente, e all'esito del quale sia adottato un provvedimento motivato suscettibile di un controllo giurisdizionale; sicchè, lo *spoils system* transitorio attuato dalla normativa del 2006 non viene reputato incostituzionale di per sé, per il fatto cioè che si applichi una sola volta e coinvolga un novero ben distinto di soggetti, ma perché viola i principi di imparzialità e buon andamento, non rispettando i parametri del giusto procedimento¹⁴⁹.

Con sentenza n. 81 del 5 marzo 2010, la Corte si sofferma sempre sulla caducazione automatica entro 60 giorni dall'entrata in vigore del D.L. n. 262/2006 (ove non confermati), ma stavolta degli incarichi conferiti a soggetti estranei all'amministrazione scelti sulla base di comprovate qualità professionali. E, con motivazioni analoghe a quelle delle sentenze n.103/2007 e soprattutto n. 161/2008, la Corte reitera la necessità di procedimentalizzare la fase di cessazione dell'incarico, affinché sia assistita da idonee garanzie di imparzialità.

Infine, con le sentenze n. 124 dell'11 aprile 2011 e n. 246 del 20 luglio 2011, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della previsione dello *spoils system* a regime (tale, cioè, da trovare applicazione in occasione di ogni futuro avvicendamento di Governo),

¹⁴⁹ Per una commento alla sentenza, cfr. S. SPUNTARELLI, *Struttura e ratio delle disposizioni sullo spoils system*, in Giur. Cost., 2008, 5, 3968 ss.

rispettivamente per i dirigenti non inseriti nei ruoli di cui all'art. 23 e per quelli "esterni"¹⁵⁰.

Lo fa ripercorrendo tutta la sua giurisprudenza, e riproponendo la sua tesi consolidata sia sul piano dell'autonomia dalla politica delle figure connotate da funzioni marcatamente gestorie, a prescindere dal rapporto di lavoro che le lega all'amministrazione statale, sia sull'esigenza che la cessazione dall'incarico sia assistita dalle garanzie del procedimento.

Dunque, in virtù di questo triplice intervento, la Consulta ha "spazzato via" tutte le norme in tema di *spoils system* transitorio introdotte dal D.L. n. 262/2006, nonché quello ordinario con riferimento a tutti gli incarichi dirigenziali conferiti a personale fuori dai ruoli di cui all'art. 23 T.U. ovvero a persone esterne alla P.A. con particolare qualificazione professionale¹⁵¹.

Diversa sorte è toccata al D.L. n. 181/2006, recante –lo si ricorda – un meccanismo automatico di cessazione di tutte le assegnazioni di personale agli uffici di diretta collaborazione del Ministro se non confermati entro 30 giorni dal suo giuramento; ed un meccanismo *una tantum* per cui, per il Governo in carica, la norma trovava applicazione al trentesimo giorno dall'entrata in vigore della legge di

¹⁵⁰ Cfr. N. DURANTE, *Spoils system e dirigenza pubblica*, in www.giustizia-amministrativa.it, 9.9.2011; P.M. ZERMAN, *Spoils system, ultimo atto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 27.5.2010; A. VIOLA, *Nuove osservazioni in tema di spoils system – Corte Costituzionale n. 124/2011*, in www.ildirittoamministrativo.it

¹⁵¹ Giova anticipare che la Consulta, nelle pronunce nn. 124 e 246/2011, dichiara l'illegittimità dell'art. 19 T.U. nella versione antecedente al D.Lgs. n. 150/2009, frattanto intervenuto sul punto: precisamente, con l'art. 40 lett. g) del d.lgs. n. 150/2009, l'art. 19 c. 8 T.U. era stato nuovamente modificato nel senso dell'abrogazione espressa dello spoils system a regime per il personale fuori dai ruoli e per gli incarichi ad esterni, mantenendosi nell'attuale formulazione solo lo spoils system a regime per i dirigenti apicali. La Consulta prende atto dell'intervenuta abrogazione, ma per il principio del *tempus regit actum*, deve comunque pronunciarsi sull'incostituzionalità del D.L.n. 262/2006 in parte qua

conversione.: ebbene, la Consulta ha dichiarato infondata la questione di legittimità per asserito contrasto con gli artt. 97 e 98 Cost. con sentenza 28 ottobre 2010, n. 304, sul rilievo che, nella specie concreta, gli incarichi soggetti a *spoils system* si riferiscono ad uffici di diretta collaborazione con il Ministro (cosiddetti uffici di *staff*), i quali, “nella configurazione che di essi ha dato la normativa vigente, svolgono una attività di supporto strettamente correlata all’esercizio delle [...] funzioni di indirizzo politico-amministrativo”.

Collocandosi, conseguentemente, in un contesto diverso da quello proprio degli organi burocratici, cioè nell’ambito organizzativo riservato all’attività politica con compiti di supporto delle stesse funzioni di governo, e di coordinamento tra queste e gli uffici dirigenziali, non esiste una distinzione di competenze tra questi uffici ed il Ministero, ma piuttosto il rapporto è di tale compenetrazione che giustifica un rapporto strettamente fiduciario finalizzato alla compiuta definizione dell’indirizzo politico-amministrativo¹⁵².

In questo ambito, il potere ministeriale di nomina e revoca non può né deve trovare divieti od ostacoli di carattere procedimentale.

Per completezza espositiva, giova collocare accanto alla sentenza n. 304/2010 anche la sua “gemella”, la n. 34 del 27 gennaio 2010, nella quale, pur trattando di *spoils system* regionale, la Corte sposa il criterio funzionale per l’individuazione delle posizioni assoggettabili o meno a tale istituto.

A distanza di quattro anni dalla famosa sentenza n. 233/2006, la Consulta viene di nuovo investita da una questione di legittimità di una legge della Regione Calabria, che dispone la cessazione

¹⁵² Cfr. **A. DI CASOLA**, *Dirigenza fiduciaria ed uffici di diretta collaborazione: è legittimo uno spoils system “rafforzato”* (nota a Corte Cost. n. 304/2010), in Riv. it. dir. lav., 2011, 2, 350

automatica degli incarichi dei direttori delle ASL e del direttore generale dell'Agenzia regionale per la protezione ambientale - Arpacal, in dipendenza del mutamento degli organi politici di vertice della Regione e con applicazione anche retroattiva agli incarichi conferiti nei nove mesi antecedenti la data dell'insediamento dei nuovi organi; anche stavolta, come nel 2006, il ragionamento seguito dalla Consulta non parte da una bocciatura espressa dello *spoils system*, ma dalla delimitazione, secondo criteri maggiormente stringenti, delle ipotesi in cui la sua applicazione possa essere ritenuta aderente ai principi costituzionali.

I requisiti richiesti sono, da un lato, l'apicalità dell'incarico e, dall'altro, la fiduciarità della scelta del soggetto da nominare.

L'apicalità dell'incarico fa esclusivo riferimento alle funzioni da affidare, che devono implicare un rapporto istituzionale diretto ed immediato con l'organo politico. Da tale carattere delle funzioni discende che il criterio di scelta del soggetto cui conferire l'incarico non possa che essere strettamente fiduciario in quanto la scelta medesima è basata su una valutazione soggettiva di consonanza politica e personale con il titolare dell'organo politico.

Al di fuori di questi criteri, l'applicazione dello *spoils system* si pone in contrasto con l'art. 97 Cost. in quanto pregiudica la continuità dell'azione amministrativa, ledendo il principio di buon andamento, e vi introduce un elemento di parzialità; sottrae al titolare dell'incarico, dichiarato decaduto, le garanzie del giusto procedimento; svincola la rimozione del dirigente dall'accertamento oggettivo dei risultati conseguiti, pregiudicando l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa.

Riguardati secondo questa più rigorosa prospettiva, gli incarichi di direzione generale, pur se formalmente attribuiti dall'organo politico, cui spetta la scelta, non sono suscettibili di applicazione del meccanismo dello *spoils system* se il rapporto tra il direttore generale stesso e l'organo nominante non sia di diretta collaborazione ma sia mediato da altre strutture (per esempio, come nel caso oggetto della sent. n. 34/2010, da strutture dipendenti dalla Giunta regionale, sia di diretta collaborazione, sia dipartimentali) cui sono affidati i compiti di indirizzo, coordinamento e controllo; ciò, a maggior ragione, quando la nomina è preceduta dall'espletamento di una procedura pubblica, volta a valutare la preparazione e la professionalità per lo svolgimento non di compiti di formazione dell'indirizzo politico, ma di attuazione manageriale dello stesso¹⁵³.

¹⁵³ Cfr. C. DI NARDO, *La Corte costituzionale torna (definitivamente?) sullo "spoils system" con una nuova pronuncia abrogativa*, in Lav. nelle p.a., 2010, 1, 145 ss

5. Il legislatore del 2009 si adegua (con riserve) al ridimensionamento dello spoils system

L'ultimo intervento normativo sullo *spoils system* è quello del D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, il quale – sempre operando in modifica all'art. 19 del decreto legislativo 165/2001 – ha definitivamente sancito il concetto per cui gli incarichi dirigenziali possono essere revocati esclusivamente per responsabilità dirigenziale e con le modalità previste dalla legge.

Nel contempo, ha però disposto un'eccezione, ripristinando il meccanismo di automatica cessazione degli incarichi dirigenziali di vertice (Segretario generale, Capo Dipartimento ed equivalenti), decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo, previsto dalla legge 145/2002.

A quasi dieci anni dalla sua introduzione, può pertanto affermarsi che l'ordinamento giuridico italiano ha rigettato pressoché per intero il trapianto del sistema delle spoglie, prelevato dal mondo anglosassone¹⁵⁴.

Unica, pericolosa eccezione, va ravvisata nell'art. 1 c. 18 del D.L. n. 138 del 2011, convertito in L. n. 148/2011, il quale prevede che per motivate esigenze organizzative, al fine di garantire funzionalità e flessibilità, nei confronti del personale della carriera prefettizia e di quella dirigenziale (senza distinzioni) le P.A. possono disporre il passaggio ad altro incarico prima della scadenza di quello ricoperto.

Salvo un prossimo intervento della Consulta, tale norma non azzerava un incarico, ma lo muta, senza bisogno di alcuna garanzia: è fin troppo

¹⁵⁴ La metafora è di P. VIRGA, *Breve storia di un trapianto con crisi finale di rigetto*, in www.lexitalia.it

evidente come si tratti comunque di un istituto contiguo allo *spoils system*, che pare dunque rientrare “in sordina”.

Per il resto, il solo meccanismo oggi rimasto in piedi è quello concernente gli incarichi di vertice, i quali cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al nuovo Governo.

Su questi, la Corte costituzionale non si è mai pronunciata, ma nella sentenza n. 103/2007, nel dichiarare illegittimo il meccanismo di cessazione automatica degli incarichi di dirigente generale, quasi è sembrata dolersi del non potersi occupare della posizione dei dirigenti apicali, perché non oggetto di rimessione; ma non sembra potersi escludere che possa ritornare sull’argomento.

6. Problematiche attuali: quale tutela contro lo *spoils system* illegittimo?

A seguito della sentenza n. 104/2007 in punto di incostituzionalità della legge della Regione Lazio che disponeva la decadenza automatica del direttore generale dell'ASL al novantesimo giorno dall'insediamento del nuovo Governo regionale, il Consiglio di Stato, con ordinanza 29 maggio 2007 n. 2700 dispone la reintegrazione in forma specifica dello stesso, riassegnandolo alle mansioni disimpegnate fino alla scadenza del triennio di effettivo esercizio.

Dopo aver a lungo argomentato circa l'efficacia retroattiva della pronuncia della Consulta, la V Sezione pone la prevalenza della tutela in forma specifica, *ove richiesta*, su quella risarcitoria.

E ciò le è valso una critica autorevole sotto due versanti: anzitutto per l'applicazione della tutela "reale" di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori ad un rapporto di lavoro autonomo, per cui doveva valere solo la tutela risarcitoria, stante il carattere fiduciario e l'infungibilità del *facere* dedotto; in secondo luogo, per i dubbi sulla giurisdizione amministrativa, tanto più che a fronte di una decadenza automatica, quale quella prevista dalla legge regionale, impostata come condizione risolutiva del rapporto di lavoro, sono configurabili solo posizioni di diritto soggettivo ex art. 2907 c.c., su cui il sindacato è chiaramente del Giudice ordinario¹⁵⁵.

Con sentenza n. 351 del 24 ottobre 2008, la Corte Costituzionale, anche riprendendo alcuni passaggi del Consiglio di Stato, catalizza la sua attenzione su quale sia il rimedio migliore ad uno *spoils system* illegittimo, se la tutela reintegratoria o quella risarcitoria: e ribadisce

¹⁵⁵ Cfr. M. MONTINI, *A volte ritornano (nota a Cons. Stato, V, 29.05.07 n. 2700)*, in Lav. nelle p.a., 2007, 3-4, 716 ss.

nuovamente, questa volta sul piano costituzionale della *disciplina della tutela* di cui gode il lavoratore, il *regime di specialità pubblicistica* del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni.

Per la Consulta, i principi dell'azione e dell'organizzazione amministrative non solo comportano inevitabilmente che l'interruzione del rapporto di lavoro sia ammissibile solo a certe condizioni, in modo tale che imparzialità e buon andamento siano effettivamente garantiti, ma anche che l'irrinunciabile sanzione al mancato rispetto di tali principi sia sempre e comunque il reintegro del lavoratore nella sua pregressa posizione.

In altre parole, la Consulta ritiene che il solo strumento risarcitorio sia insufficiente a garantire un'adequata ristorazione del pregiudizio patito: e questo sia nei confronti del dirigente illegittimamente rimosso, sia nei confronti della collettività.

Infatti, esiste un "pari rango" sostanziale tra la lesione dell'interesse privato a riottenere il posto e quella dell'interesse della collettività al ripristino della legalità e dell'imparzialità nell'ufficio. Tuttavia, mentre la posizione giuridica individuale è risarcibile per mezzo di una somma di denaro, l'interesse pubblico reclama un rimedio infungibile (il ripristino effettuale dell'ufficio), e non beneficia minimamente delle forme di riparazione economica che l'ordinamento appresta alle posizioni individuali¹⁵⁶.

La stessa posizione è stata ripresa anche dalla Corte di Cassazione: le Sezioni Unite con sentenza n. 3677 del 16 febbraio 2009 hanno

¹⁵⁶ Cfr. **F. CORTESE**, *Spoils system ed illegittima rimozione dei dirigenti pubblici: la Corte Costituzionale afferma l'inderogabilità della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*; **M. MAGRI**, *L'incostituzionalità dello spoils system e la reintegrazione del dirigente*, in *Forum dei quaderni costituzionali*

affermato che sebbene la norma di cui all'art. 2119 c.c. non precisi le conseguenze che si determinano sul rapporto di lavoro a tempo determinato in caso in cui il recesso *ante tempus* non sia assistito dalla giusta causa, tuttavia, a fronte dell'inadempimento datoriale, i dirigenti ben possono chiedere, in forza dell'art. 1453 c.c., la condanna dell'amministrazione all'adempimento: così, una volta ritenuta illegittima la revoca, riacquista efficacia l'originario provvedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale. Infatti, a seguito di questo, la posizione del dirigente ha ormai acquisito lo spessore del diritto soggettivo allo svolgimento, non più di un qualsiasi incarico dirigenziale, ma proprio di quello specifico che era stato attribuito.

In altre parole, dinanzi a lesioni di diritto soggettivo (perché di ciò si tratta), gli atti amministrativi presupposti non solo non determinano la giurisdizione del giudice amministrativo, posto che il giudice ordinario ne conosce disapplicandoli, ma in ordine ad essi è riconosciuta all'interessato pienezza di tutela, sia ai fini risarcitori, che ai fini ripristinatori della situazione violata.

Sul punto dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale, l'interesse potrà trovare soddisfazione già in sede di cognizione attraverso la costituzione, modificazione od estinzione dei rapporti giuridici, escludendosi però che la devoluzione al giudice ordinario possa essere intesa quale riserva al dipendente pubblico della sola tutela risarcitoria.

Pertanto, i poteri del giudice ordinario avanzano al livello di quelli esercitati dal giudice amministrativo, che assicurava la garanzia giurisdizionale principalmente attraverso pronunce di tipo costitutivo,

anche in considerazione dei limiti all'eseguibilità forzata della sentenza derivanti dalla perdita dell'ottemperanza amministrativa¹⁵⁷.

6.1 *Quid iuris*, sullo spoils system degli apicali?

E' questo, senza dubbio, uno dei profili di maggiore criticità di tutto l'impianto, anche di quello attuale: non v'è dubbio, infatti, che tutto il personale degli uffici di staff si caratterizzi per la immanenza al potere politico e per la sola preposizione alla creazione dell'indirizzo politico ministeriale.

Ma si può dire lo stesso dei segretari generali e dei capi dipartimento dei Ministeri?

Si tratta di figure apicali certamente, e che tuttavia stanno, per così dire, a metà strada tra le funzioni di *staff* e le funzioni di *line*: concorrono alla formazione dell'indirizzo politico, e contemporaneamente hanno compiti di coordinamento degli uffici dirigenziali da essi dipendenti e assumono la responsabilità dell'attuazione dell'indirizzo medesimo.

Sebbene la Consulta non si sia ancora mai pronunciata sull'argomento, ad oggi lo spoils system pare pacificamente applicabile a queste figure, sulla base di due argomenti¹⁵⁸.

Il primo, meno convincente: sarebbero assoggettabili a spoils system perché la "natura" delle loro cariche è fiduciaria¹⁵⁹; ma in realtà, la

¹⁵⁷ Cfr. N. DURANTE, *Spoils system e dirigenza pubblica*, cit.

¹⁵⁸ Per una disamina del problema, cfr. S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, cit.

¹⁵⁹ Così F. MERLONI, *Spoils system: il timore dell'overruling impedisce alla Corte di fare chiarezza*, in *Le Regioni*, 2010, 1136, ove afferma che il segretario generale ha un rapporto con l'organo politico ... eminentemente fiduciario di una fiduciarità "politica"; sicché "è sufficiente il venir meno del rapporto di fiducia per consentire all'organo politico di revocare l'incarico anche senza motivazione".

fiduciarietà è il prodotto, e non la causa, delle norme che rendono precario il rapporto.

Il secondo argomento, più convincente, è questo: si tratta di figure prive di competenza gestionale, che hanno sì un ruolo di snodo tra indirizzo e gestione, ma che si risolve in un coordinamento della seconda, giacchè si limitano ad “indirizzare, pur senza intromettersi nelle decisioni, l’azione della dirigenza amministrativa”¹⁶⁰.

Ma se, alla fine, Segretari generali e Capi dipartimento svolgono funzioni che sono una sorta di *tertium genus* tra indirizzo e gestione, dando così luogo ad un *continuum* tra le due attività, allora questo circuito senza soluzione di continuità rischia di porre nel vano lo sforzo normativo di separare la politica dall’amministrazione, e l’indirizzo dalla gestione.

La presenza di questo “snodo” mediano rischia di creare una realtà indistinta, in cui lo spazio che separa l’indirizzo dalla gestione è composto da mille punti intermedi, come lo spazio che separa Achille dalla tartaruga, secondo il paradosso di Zenone di Elea¹⁶¹.

C’è poi il pericolo che la politicità della figura di “snodo” si trasmetta, per la funzione di coordinamento, al resto dell’amministrazione, “inquinando” la gestione amministrativa.

Da ultimo: la giurisprudenza non esclude affatto che i dirigenti apicali possano adottare atti di gestione. Ne è testimonianza la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 7007 del 21 settembre 2010, avente ad oggetto un provvedimento di destituzione dal servizio di un

¹⁶⁰ Sempre F. MERLONI, *Spoils system: il timore dell’overruling impedisce alla Corte di fare chiarezza*, cit.

¹⁶¹ Questo ragionamento e la metafora sono in S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, cit.

dipendente pubblico, asseritamente viziato da incompetenza poiché adottato dal capo di dipartimento anziché dal ministro.

Il giudice amministrativo, nel rigettare il ricorso, ha affermato che *“correttamente l’Amministrazione resistente ha ricordato come l’art. 4 del D.Lgs. 26.3.2001 n. 165, nell’attribuire agli organi di governo le funzioni di indirizzo politico/amministrativo, abbia conferito ai dirigenti il potere di adottare tutti gli atti e i provvedimenti amministrativi, ivi compresi quelli inerenti alla gestione del personale, non escluse eventuali dichiarazioni di decadenza dall’impiego ... deve ritenersi che legittimamente, nel caso di specie, il provvedimento impugnato sia stato emesso dal Capo del dipartimento”*.

Delle due, l’una: o i dirigenti apicali sono immanenti al vertice politico e dunque fiduciari – e però, se possono adottare atti di gestione, ancora una volta la distinzione funzionale non ha un senso – oppure sono un gradino più su dei dirigenti generali, e comunque svolgono prioritaria attività di gestione amministrativa: se è così, lo *spoils system* per loro è incostituzionale.

CONCLUSIONI

Per un'effettiva distinzione politica- amministrazione

L'analisi della normativa e della giurisprudenza fin qui condotta dimostra che tanto è stato fatto sul cammino della privatizzazione della dirigenza, un po' meno sul versante della distinzione funzionale tra politica ed amministrazione.

O meglio, a fronte di un dettato normativo sempre più puntuale nel definire le funzioni di gestione rispetto a quelle di indirizzo politico, vi sono ancora delle “zone d'ombra” nelle quali nemmeno la Corte Costituzionale, pur nella solerzia che l'ha connotata sulle materie esaminate, è ancora penetrata.

“Zona d'ombra” è quella costituita dall'art. 1 c. 18 del D.L. n. 138 del 2011: con la scusa di dettare misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo, il Governo è riuscito a far penetrare nell'ordinamento un'altra forma di *spoils system*, generalizzata a tutta la dirigenza e forse più “subdola” delle precedenti: permettere che, seppur per “motivate esigenze organizzative”, la pubblica amministrazione possa spostare un dirigente da un incarico all'altro, pare ridurlo a mera “pedina” in uno scacchiere in cui, con buona pace delle sue capacità manageriali e a prescindere da qualsivoglia valutazione delle stesse, qualcun altro decide per lui.

E' vero che, a rigore, non si tratta di una caducazione dell'incarico, come nelle fattispecie più invasive di *spoils system*, eppure il nocumento che tale previsione può creare è uguale: che l'amministrazione rimuova definitivamente o sposti a suo piacimento un dirigente è chiaro sintomo di un'interferenza della politica nella

gestione, e ciò non può non avere riflessi sull'azione amministrativa, specie con riferimento alla continuità della stessa.

Dunque, poiché, come afferma Battini¹⁶², la tendenza del legislatore è quella di “tradire” lo spirito della distinzione funzionale, costui continuerà a trovare tutti gli *escamotage* per poter contare su una dirigenza magari non molto efficiente, ma certamente fedele: e lo farà, con buona pace della Consulta, “facendo rientrare dalla finestra” ciò che la Corte “fa uscire dalla porta”, cioè introducendo delle tecniche di intervento sugli incarichi dirigenziali sempre più raffinate.

C'è un'altra “zona d'ombra” sulla quale si testa l'effettività della separazione politica – amministrazione, ed è costituita dagli incarichi apicali nei Ministeri.

L'opinione di chi scrive è che il Segretario generale o il Capo di dipartimento, pur vicini al vertice politico, non presentano con esso quel rapporto di immanenza che è proprio degli uffici di staff: contribuiscono alla formazione dell'indirizzo politico, ma coordinano la gestione, e lo fanno con l'emanazione di provvedimenti.

Se così è, non appare giusto che anche questi soggetti, solo per la loro collocazione “apicale” nella struttura dei Ministeri, siano sottoposti alla spoliazione dall'incarico ad ogni cambio di Governo: identica è la legittimazione sia per gli incarichi di staff, sia per quelli di segretario generale e Capo dipartimento, ma non le funzioni svolte.

E se la distinzione tra politica ed amministrazione vuole essere “vera”, cioè operare sul piano delle funzioni, non ha senso ragionare solo sulla base della contiguità strutturale degli uffici al vertice politico;

¹⁶² Cfr. S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, cit.

parimenti contigui, i dirigenti apicali svolgono funzioni amministrative che quelli di staff non svolgono.

A funzioni diverse dovrebbe corrispondere un trattamento diverso.

Ma se così non è, ed anzi vi è la tendenza del legislatore, ogni qual volta è possibile, di allargare l'area delle strutture fiduciarie, non si può sperare sempre nell'intervento della Corte Costituzionale.

E'pur vero che il principio costituzionale di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. contiene il "nocciolo duro" della distinzione funzionale tra indirizzo e gestione; ma viene da chiedersi se, a fronte di queste "invasioni barbariche" del legislatore al principio, non sia il caso di inserirlo espressamente in Costituzione.

Del resto, era proprio questa l'idea che animava il gruppo di studiosi che il 31 marzo 1993 presentò una proposta alla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali: definire un modello di dinamica del rapporto tra i due poli di questa complicata relazione che, tra la responsabilità ministeriale di cui all'art. 95 Cost. e l'imparzialità ed il buon andamento di cui all'art. 97 Cost., operasse una scelta più netta, in favore dei secondi.

Non si vuole invocare, certamente, l'idea di un'amministrazione acefala, ma non si può pensare che ancora oggi l'attività dei dirigenti debba essere compulsata non già dalla spinta verso il risultato di gestione (e di riflesso, verso gli incentivi di produttività), bensì da un vertice politico che, sfruttando la precarietà dell'incarico, in tutte le amministrazioni, non solo in quella statale, fa le domande e dà le risposte, proprio come il datore di lavoro del responsabile delle risorse umane nell'omonimo romanzo di Abraham Yehoshua: "Abbiamo forse altra scelta? No".