

L'incostituzionalità dello *spoils system* e la reintegrazione del dirigente

di Marco Magri
(15 giugno 2009)

(pubblicata in "Giornale di Diritto Amministrativo", n. 5/2009, p. 511 ss.)

L'incostituzionalità dello *spoils system* "oneroso"

La sentenza della Corte Costituzionale n. 351 del 2008 merita di essere letta con attenzione da diversi punti di vista. In apparenza essa puntualizza l'orientamento della giurisprudenza costituzionale in materia di *spoils system*¹, collegandosi ad una pronuncia di accoglimento resa dalla stessa Corte poco tempo addietro e proprio in merito al sistema adottato dalla legge regionale del Lazio per i direttori delle Aziende sanitarie locali.

Riesce però difficile non coglierne, allo stesso tempo, le implicazioni più generali, le quali suggeriscono di esaminare la sentenza anche e soprattutto per il modo in cui la Corte, pur restando ovviamente nei limiti di oggetto fissati dall'atto di promovimento, tratta in modo aperto il contenuto e le forme di tutela dell'interesse legittimo, fondandoli sull'imparzialità e sul buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.). Per non apparire assertivi e cercare un approccio il più possibile graduale alle linee argomentative seguite dalla sentenza in esame, è proprio dall'analisi dell'oggetto della materia giudicata che occorre procedere.

Con la decisione n. 104 del 2007, la Corte, alla luce delle proprie acquisizioni giurisprudenziali in materia di *spoils system*, aveva già chiarito le ragioni per cui nella legislazione regionale del Lazio i direttori generali delle Asl non si possono qualificare alla stregua di dirigenti "politici", cioè di quella categoria di funzionari apicali, preposti ad uffici di "cerniera" tra gli organi di indirizzo e gli apparati burocratici, la cui stabilità può essere legittimamente attenuata² in quanto titolari di incarichi conferiti *intuitu personae* dagli organi di governo.

I direttori generali delle Asl, pur nominati dall'esecutivo regionale, restano, per la Corte, figure «tecnico-professionali»; dal che la sentenza n. 104/07 aveva tratto l'incostituzionalità della loro decadenza automatica, non correlata ad alcun accertamento dei risultati della gestione ma derivante dal semplice rinnovo del Consiglio regionale³.

La pronuncia n. 351 del 2008 nasce, come si accennava, da un singolare sviluppo di questa stessa vicenda. La disposizione impugnata (art. 1 della legge regionale del

¹ In dottrina, per una recente ricognizione (a margine della sentenza della Corte Costituzionale 20 maggio 2008, n. 161), C. Silvestro e F. Sileri, *Dirigenti esterni e spoils system*, in *questa Rivista*, 2009, 19 ss.; M. Ferretti, *I limiti dello spoils system nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, 369 ss.; v. inoltre la nota redazionale alla sentenza n. 161/08 pubblicata in *Giur. it.* 2008, c. 2416.

² Per una valutazione complessiva di queste figure intermedie, rispetto all'attenuazione del principio gerarchico ed all'istanza democratica nell'amministrazione, L. Carlassare, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1973, 189. Sul problema generale dei rapporti tra politica e amministrazione, tra le monografie più recenti, G. Gardini, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, 2003.

³ Per più ampie notazioni sulla sentenza n. 104 del 2007, G. Gardini, *Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità. Le nomine delle regioni sono legittime, ma la querelle resta*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2006, 679 ss.; F. Merloni, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione* (commento alle sentt. n. 103 e 104 del 2007), in *Le Regioni*, 2007, 836 ss.; S. De Götzen, *Il bilanciamento tra spoils system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale*, *ivi*, 848 ss.

Lazio 13 giugno 2007, n. 8) autorizzava la regione ad offrire, ai componenti degli organi istituzionali degli enti dipendenti, decaduti automaticamente dalla carica per effetto di norme regionali dichiarate incostituzionali, un equo indennizzo in alternativa della reintegrazione nel rapporto di lavoro, «beninteso offrendo tale alternativa agli organi regionali e non alle vittime dello *spoils system*»⁴; ed ovviamente senza alcuna previsione di far cessare l'incarico dei nuovi amministratori, qualora nel frattempo nominati in sostituzione di quelli non più in servizio.

Lo *spoils system* veniva così sostanzialmente restituito, non nella consueta veste di decadenza automatica del rapporto di ufficio al verificarsi del rinnovo dei vertici politici, ma mediante l'attribuzione ai vertici politici del potere di tacitare con una transazione economica le conseguenze della situazione non conforme a Costituzione da loro creata. La legge regionale n. 8/07 era censurata, nell'atto di promovimento del giudizio incidentale, proprio per queste sue finalità di sanatoria: laddove cioè consentiva all'amministrazione regionale di liquidare con una sorta di buonuscita la posizione degli ex direttori generali delle Asl, impedendo a questi ultimi di beneficiare dell'utilità derivante dalla sentenza n. 104/07: ovverosia di fruire degli effetti di un nuovo avvicendamento della dirigenza sanitaria in ottemperanza al giudicato costituzionale.

Questa «forma onerosa di *spoils system*», come efficacemente l'aveva definita il Consiglio di Stato nell'ordinanza di rimessione, era censurata dai Giudici *a quo* anche perché la norma impugnata agiva sui giudizi in corso, precludendo la concessione di una tutela giurisdizionale «costitutiva» agli ex direttori generali; onde si prospettava la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 3, 24, 103 e 113 Cost.).

Non è senza significato – lo si vedrà – che la questione di legittimità costituzionale sia stata accolta con riferimento al solo articolo 97 Cost., mentre queste ultime censure siano state dichiarate assorbite. La sentenza n. 351 del 2008, pur destinata a sortire effetti nei giudizi *a quo* e, più in generale, prestandosi ad essere invocata dagli ex direttori generali al fine di ottenere la riassunzione in servizio, non s'impenna sulle garanzie soggettive di questi ultimi, ma sulla salvaguardia della legalità costituzionale obbiettiva e degli interessi pubblici a questa sottesi.

Le censure che la Corte indirizza alla norma impugnata, per aver previsto l'equo indennizzo in alternativa alla reintegrazione in servizio, non si fondano su di un diritto del soggetto privato ad una tutela reale anziché per equivalente, ma sul fatto che la tutela per equivalente non ripara il danno che lo *spoils system* ha arrecato all'interesse della collettività.

Le «garanzie non mirano soltanto a proteggere il direttore generale come dipendente, ma discendono anche da principi costituzionali posti a protezione di interessi pubblici». Dal che la Corte deduce che «forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato, non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi». In questa direzione i Giudici costituzionali non tardano a cogliere le implicazioni dell'ulteriore aspetto sopra accennato: che l'attribuzione alla regione del potere di erogare una somma di denaro in luogo della ricostituzione del rapporto provoca «un aggiuntivo costo finanziario» a carico della collettività, dato il cumulo tra la spesa per l'equo indennizzo e quella necessaria per la retribuzione dei nuovi dirigenti sanitari.

⁴ Cons. Stato, ordinanza 16 ottobre 2007, 5388, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, 51 ss., con nota di D. Bolognino, *Nuove ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale: alcune riflessioni sulle "estensioni" legislative dello spoils system e sulla valutazione del personale con incarico dirigenziale*, ivi, 2008, 58 ss.

Oggettività dell'interpretazione della Corte in merito ai principi di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione

Provando ad approfondire le affermazioni della Corte, non può essere sottaciuta, anzitutto, l'evoluzione del significato attribuito ai principi dell'art. 97 Cost. rispetto alle precedenti decisioni costituzionali in materia di *spoils system*.

In effetti, sarebbe inutile cercare, in questa sentenza, un qualche elemento di continuità rispetto alla *vexata quaestio* dei tipi di uffici che, in relazione all'art. 97 Cost., possono legittimamente decadere al rinnovo degli organi politici, nell'amministrazione statale, regionale o nello specifico ordinamento dell'amministrazione sanitaria⁵.

L'argomento utilizzato dalla Corte per giustificare la propria decisione, infatti, non procede più dalla separazione tra politica e amministrazione, ma dalla nettissima distinzione tra collettività e individuo, tra interessi generali e interessi particolari⁶; insomma dall'intuizione di un ordine categoriale preconstituito e rigorosamente dicotomico⁷.

La sentenza n. 351 del 2008 è sì una pronuncia in materia di *spoils system*, ma il suo elemento qualificante è l'intuizione di un rapporto tra amministrazione ed ordinamento giuridico, che non troviamo altrove. Tutto il primo capoverso della motivazione (punto 2) è dedicato a sviluppare il seguente argomento: che nelle fattispecie di estinzione del rapporto di lavoro *pubblico*, perché governato da *regole di diritto pubblico*, la situazione del dipendente è circondata da garanzie e limiti posti «non tanto e non solo nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi»⁸.

Perciò un sistema di automatica cessazione dall'incarico, non rispettoso del principio del «giusto procedimento», non viola solo regole di diritto privato, quali possono essere quelle aventi fonte nel contratto di lavoro o nello stesso incarico dirigenziale, ma anche i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, visti come interessi pubblici mettenti capo all'ordinamento ed in tal senso espressivi di situazioni giuridiche obiettive.

I riferimenti della Corte alla propria giurisprudenza sul giusto procedimento di decadenza dall'incarico, al fatto che questo esiga (sentenze n. 103 e 104 del 2007) che la posizione del dirigente pubblico sia circondata da garanzie, pur costituendo uno snodo essenziale della motivazione, sono in realtà semplici passaggi per giungere all'affermazione che queste garanzie non rilevano solo quali meccanismi di attuazione della pretesa soggettiva.

Sembra che qui la Corte utilizzi la distinzione tra l'imparzialità come tutela contro le conseguenze negative di un comportamento parziale già commesso, dunque

⁵ Non si nega, beninteso, che una riflessione sul come si debba ripristinare il rapporto illegittimamente interrotto col dirigente o, meglio, col dirigente a contratto di diritto privato (come il direttore generale della Asl), possa indurre una chiarificazione ulteriore sui lineamenti dello *spoils system*. Dobbiamo però rimanere conseguenti all'intento di cogliere le implicazioni peculiari della sentenza n. 351 del 2008, lasciando da parte i temi più generali che meglio dovrebbero essere ridiscussi – e già sono stati adeguatamente trattati – a margine della decisione del 2007. Su tali profili si rinvia di nuovo all'ampio commento di G. Gardini, *Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità*, cit.

⁶ Intendiamo sottolineare da subito il fondamento di teoria generale della *ratio* della dichiarazione d'incostituzionalità. L'illegittimità della norma regionale impugnata non deriva affatto da una violazione del giudicato (art. 136 Cost.); del resto la legge impugnata non era identica né somigliante a quella dichiarata illegittima (per una diversa opinione si veda F. Cortese, *Spoils system e illegittima rimozione di dirigenti pubblici: la Corte Costituzionale afferma l'inderogabilità della reintegrazione nel posto di lavoro*, ora in www.forumcostituzionale.it, in corso di pubblicazione in *Le Regioni*, 2008). Il riferimento alle sentenze n. 103 e 104 del 2007 funge da tramite per un ragionamento più esteso, il quale s'incentra immediatamente sul significato dell'imparzialità e del buon andamento. Si astraie così, dai diversi contenuti riferibili all'art. 97 Cost., un concetto unitario di "pubblico" che viene direttamente fruibile in sede di sindacato sulla qualificazione giuridica degli atti e dei fatti di amministrazione.

⁷ S'impiega questo aggettivo, senza pretesa di completezza. Per una compiuta disamina sulle relazioni tra pubblico e privato e, appunto sull'elemento dicotomico nel diritto del lavoro pubblico, S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, specialmente alle pp. 126 ss.

⁸ Punto 2 primo cpv. del "considerato in diritto".

come concetto essenzialmente riferito all'eguaglianza⁹, posto a garanzia del dirigente e che – declinato in termini di parità di trattamento – può benissimo condividere i suoi lineamenti con taluni istituti del diritto privato (imparziale può dover essere ogni datore di lavoro, chiamato all'esercizio di un potere verso il lavoratore), dall'imparzialità che viene qui in considerazione, la quale è, invece, null'altro che una specificazione del concetto di buon andamento¹⁰. Essa spicca, agli occhi della Corte, come nozione di diritto pubblico, perché il suo punto di origine non è il bisogno di neutralità avvertito da chiunque sia sottoposto ad un potere, ma al contrario, l'esigenza di obbiettività dell'amministrazione quando è questa a risentire dei poteri privati; il che richiede l'utilizzo di valori organizzativi nella valutazione di come l'ufficio si discrimina dalle posizioni individuali¹¹.

L'imparzialità, come aspetto del buon andamento, rende l'amministrazione giudicabile alla stregua di un parametro di «giustizia della causa» intesa come proporzionalità tra bene comune e mezzi per ottenerlo¹². Ed è consentaneo a questo quadro che anche gli interessi individuali, per parte loro, si scindano dal “soggetto” e si ergano a componenti necessari dell'azione amministrativa oggettivamente considerata¹³. Non, quindi, venendo al nostro caso, imparzialità come pretesa del dirigente a che l'organo politico sia, nei suoi riguardi, neutrale, ma pretesa dell'ordinamento a che le posizioni dei dirigenti e dell'amministrazione regionale si coordinino in modo tale da non ledere gli interessi della collettività.

Questi ultimi, pertanto, acquistano uno statuto autonomo anche nella fattispecie processuale. In quanto aventi ad oggetto la preposizione organica del “giusto” dirigente, essi si presentano alla Corte come beni giuridici non soggettivati, ma ugualmente rappresentati nel giudizio. Ad essi, sia lo *spoils system*, sia la mancata reintegrazione del dirigente a seguito dello *spoils system* «arrecano un pregiudizio», esattamente come lo arrecano ai beni ed agli interessi particolari del dirigente. Insomma esiste un “pari rango” sostanziale tra la lesione dell'interesse privato e quella dell'interesse della collettività. 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 individuali.

Ecco in sintesi spiegato il motivo per cui, agli occhi dei Giudici costituzionali, l'illegittimità dello “*spoils system* oneroso” non è più, o non solo, quel vizio da ricondurre alla protezione del funzionario come tale, ma è un difetto causale o vizio della funzione, che colpisce l'altra metà del valore dell'imparzialità ovvero sia appunto il buon andamento, traducendosi nella lesione di una pretesa della collettività, che reclama la partecipazione del dirigente all'amministrazione e la cooperazione reale dell'ufficio al processo attuativo del potere.

Su queste basi, il giudizio della Corte si può finalmente trasferire alla congruità degli «strumenti di tutela» del soggetto esonerato dall'incarico. Un rimedio efficace non può essere limitato al mero risarcimento del dirigente, ma deve includere, per non incorrere in una nuova violazione dell'imparzialità, la riparazione degli interessi pubblici: «la circostanza che il direttore generale di azienda sanitaria locale, rimosso

⁹ Per questa distinzione, G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 100; S. Cassese, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973, 113.

¹⁰ Distinzione diffusamente percepita dalla letteratura giuridica del diritto amministrativo. Oltre alle opere citate alle note precedenti, A. Cerri, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973; M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; A. Andreani, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979.

¹¹ Nel che consiste la distinzione del potere dal soggetto e la sua riconduzione a forza dell'ordinamento G. Berti, *La pubblica amministrazione*, cit., 162 ss.

¹² U. Allegretti, *L'imparzialità*, cit., 191 ss. 205.

¹³ S. Cassese, *Imparzialità amministrativa*, cit. 75.

automaticamente e senza contraddittorio, riceva, in applicazione della disposizione legislativa regionale impugnata, un ristoro economico, non attenua in alcun modo il pregiudizio da quella rimozione arrecato all'interesse collettivo all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione».

Al legislatore regionale si imputa dunque, concludendo, non solo e non tanto una sopravvalutazione circa la disponibilità degli effetti di un precedente giudicato costituzionale, né di essersi intromesso nel meccanismo di realizzazione di una garanzia individuale, ma un errore di qualificazione degli interessi sostanziali coinvolti nella vicenda dello *spoils system*. Una sorta, si direbbe, di disparità di trattamento tra *interessi particolari ed interesse della collettività*, che porta il valore della sentenza oltre una logica di stretta ottemperanza ed annovera la tecnica della Corte in una zona prossima a quella del giudizio di ragionevolezza¹⁴.

Estraneità della cd. pregiudizialità amministrativa al punto di vista della Corte

Prima di trarre ulteriori conseguenze dalle suddette affermazioni, sembra però opportuno valutare rapidamente due aspetti della vicenda, che la Corte Costituzionale ha – riteniamo, del tutto consapevolmente – lasciato fuori quadro.

Il primo riguarda il tipo di rapporto di lavoro dei direttori generali delle Asl, disciplinato dagli art 3 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e le correlate forme di protezione dell'incarico contro gli atti amministrativi di decadenza¹⁵.

Nell'interpretazione data dalle sezioni unite della Corte di Cassazione (con la sentenza richiamata nell'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato¹⁶) – fermo restando che tale rapporto ha natura di lavoro autonomo – la posizione del dirigente avverso la mancata conferma dell'incarico si chiarisce distinguendo tra due possibili stati viziosi: la violazione delle norme di diritto privato ed il contrasto con norme che regolano l'aspetto organizzativo della programmazione regionale in materia di sanità (nel che s'intravede una sostanziale adesione della Cassazione al teorema della separazione tra norme di azione e norme di relazione).

Alla disciplina della programmazione sanitaria appartiene la definizione degli obiettivi affidati ai direttori generali delle Asl nell'atto di nomina¹⁷, che è esercizio di potere pubblico e diventa per questa via sindacabile dal giudice amministrativo, «secondo lo schema norma-potere-effetto». Pertanto, anche la mancata conferma del direttore generale fronteggia situazioni di interesse legittimo ed è impugnabile innanzi al giudice amministrativo al fine di ottenerne l'annullamento e la rimozione degli effetti. Tale provvedimento «condivide la natura dell'atto di nomina ed implica una valutazione discrezionale sull'idoneità del direttore generale a svolgere l'incarico affidatogli, indipendentemente dall'aver (...) contravvenuto ai propri doveri».

D'altra parte, sempre secondo la Cassazione, il medesimo atto, cioè la mancata conferma del direttore generale della Asl, può rilevare come misura di gestione del rapporto di lavoro e, in caso di contestazione, quale fonte di una autonoma azione di

¹⁴ Cfr. A. Andreani, *Il principio costituzionale di buon andamento*, cit., 223: «Dinanzi alla cognizione del giudice non v'è più soltanto la conformità formale dell'atto puntuale alla norma ovvero la verifica del corretto uso del potere discrezionale, ma un sistema di rapporti complessivi di interessi pubblici fra i quali il giudice deve possibilmente trovare il punto di sintesi e di composizione».

¹⁵ Se ne accennerà in una prospettiva strettamente finalizzata al presente commento; quindi con riferimento ai lineamenti essenziali della tutela di questa tipologia di dirigenti. Spunti in G. Gardini, *La necessaria coerenza tra modello organizzativo dirigenziale e sistema di tutela*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, 254. Per più estese indicazioni sulla figura del direttore generale, id., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, cit., 389; v. anche C. E. Gallo, *La dirigenza e il personale del servizio sanitario nazionale*, in *Sanità Pubblica*, 1999, 207 ss. e dottrina ivi richiamata.

¹⁶ Cass. Civ., sez. unite., 11 febbraio 2003, n. 2065, in *Foro it.*, 2003, I, c. 3384.

¹⁷ G. Gardini, *L'obbligo di motivazione come requisito di legittimità per la nomina (e la mancata conferma) dei direttori generali delle aziende sanitarie*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2003, 15 ss.

risarcimento del danno, proponibile innanzi al giudice ordinario indipendentemente dalla previa attivazione della tutela di annullamento presso il giudice amministrativo¹⁸. Da quest'angolazione è direttamente applicabile, a prescindere dalla litispendenza dell'azione di annullamento, «lo schema norma-fatto-effetto, il sindacato del quale non può essere sottratto alla giurisdizione piena e sostitutiva del giudice ordinario, perché non si discute dell'esercizio di un potere pubblico contemplato da una norma, ma del potere di incidere sul rapporto (...) con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro».

Nei casi di mancata conferma del direttore generale di una Asl, la Corte di Cassazione distingue quindi due situazioni giuridiche, le quali pongono all'interessato due strumenti o soluzioni «*alternative*»: nella prima il provvedimento di decadenza può formare oggetto di una controversia d'impugnazione promossa innanzi alla giurisdizione amministrativa di legittimità; nella seconda il provvedimento stesso rileva esclusivamente quale recesso da un contratto di prestazione d'opera, non conforme alla norme del diritto privato e fonte di una pretesa civilistica al risarcimento del danno. In questo secondo caso, ciò che l'interessato tutela non è un interesse legittimo, ma il proprio diritto soggettivo inciso dalle misure gestionali, a fronte di un atto amministrativo considerato non come esercizio di pubbliche potestà, ma come semplice «espressione di un potere paritetico nell'ambito di un contratto, rispetto al quale sono denunciati i profili della violazione delle regole della correttezza comportamentale di uno dei contraenti».

Il sistema del riparto si viene così a configurare secondo un criterio di doppia tutela, in cui spetta ai direttori generali delle Asl, decaduti dall'incarico per effetto dello *spoils system*, la scelta tra l'esercizio dell'azione risarcitoria innanzi al giudice ordinario e la proposizione dell'azione di impugnazione innanzi al giudice amministrativo. Nel funzionamento effettivo del sistema, è quindi pacificamente ammessa la risarcibilità del danno da illegittima decadenza dall'incarico, anche in assenza di previo annullamento dell'atto estintivo¹⁹.

Il che, nel dare una parvenza di senso – se non altro logico – all'operazione del legislatore regionale del Lazio, cioè a quello *spoils system* “oneroso” su cui si appuntavano le critiche dei Giudici *a quo*, spinge a domandarsi se una condanna così netta degli strumenti «*di riparazione economica*», da parte della Corte abbia possibili ricadute anche sulla suddetta regola di discriminazione tra giurisdizioni. E' lecito chiedersi, in altri termini, se dalla sentenza in esame si possano trarre argomenti in favore della teoria della cd. pregiudizialità amministrativa²⁰.

Ora si può anche convenire sul fatto che la Corte, nel dichiarare «insufficiente» una forma di reintegrazione soltanto patrimoniale, abbia voluto andare oltre una mera declaratoria di irragionevolezza della disposizione impugnata. Possiamo cioè ricavare dalla sentenza un giudizio più ampio e generale sulla essenzialità di strumenti di tutela anche di tipo processuale, che garantiscano l'annullamento

¹⁸ Avendo, il rapporto del direttore generale con la regione, natura autonoma e non subordinata, non si tratta – precisa la Cassazione – di una controversia devoluta al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro ex art. 68 d.Lgs. n. 29 del 1993 (poi sostituito dall'art. 29 del d.lgs. n. 80 del 1998, ora art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001); né della tutela di diritti patrimoniali consequenziali devoluta alla giurisdizione amministrativa di legittimità ai sensi dell'art. 7 della legge n. 205 del 2000; né di controversia risarcitoria in materia di pubblici servizi, devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (articoli 33 e 35 d.lgs. n. 80 del 1998). Riflessioni generali su tali aspetti si trovano in W. Giulietti, *Tutela dell'interesse pubblico nel conferimento degli incarichi ai dirigenti dopo la legge n. 145 del 2002*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 907 ss.

¹⁹ Poiché appunto non siamo di fronte ad un rapporto di lavoro pubblico subordinato. Acquista allora rilevanza anche la disponibilità del diritto risarcitorio e quindi del potere di transigere (art. 1966 cod. civile). Potrebbe essere questo, come si dirà, in ultima analisi, uno dei tanti aspetti di quella particolare caratterizzazione privatistica o aziendalistica delle Asl secondo la legge istitutiva (art. 3, d.lgs. n. 502 del 1992). E' degno di nota che la Corte non abbia subito, nemmeno in parte, gli influssi di questo segmento disciplinare ed abbia valutato la costituzionalità delle forme di tutela contro lo *spoils system* a prescindere dalla natura giuridica dell'organizzazione delle Asl.

²⁰ In tal senso, E. M. Barbieri, *Spoils system, risarcimento del danno e pregiudiziale amministrativa*, al sito www.giustamm.it.

dell'atto amministrativo e la ricostituzione della funzione illegittimamente interrotta. Non sembra tuttavia che, nella decisione in commento, si trovi traccia di più specifici principi in materia di accesso alla tutela giurisdizionale, ossia di vincoli giuridici alla proposizione dell'azione. Una siffatta ipotesi a nostro avviso provverebbe troppo e – si permetta l'espressione – farebbe dire alla Corte più di quanto essa effettivamente abbia stabilito.

Non rileva, il problema del se, rispetto alle situazioni soggettive dei direttori generali delle Asl, il rapporto tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa debba essere di *concorrenza* o di *subordinazione*²¹. Tanto meno la Corte sfiora il tema, ancor più ampio e generale, del rapporto tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria innanzi allo stesso giudice amministrativo (ammesso che ciò possa essere rilevante per i direttori generali delle Asl). La sentenza n. 351 del 2008 dichiara l'incostituzionalità della norma regionale impugnata per avere spogliato i direttori generali delle Asl di una prerogativa: la possibilità di sperimentare una tutela avente effetti costitutivi; ma da ciò non traspare che il diritto al risarcimento del danno debba essere subordinato alla proposizione dell'azione di annullamento: vale a dire, che l'interessato abbia, non il *diritto* di accedere alla tutela demolitoria, bensì *l'onere* di proporla prima di quella risarcitoria.

A nostro avviso, quando la Corte afferma che forme di riparazione economica non sono strumenti «*efficaci*» per la tutela degli interessi collettivi, intende censurare il superamento di un limite, nella privatizzazione forzata degli strumenti di tutela contro lo *spoils system*, non imporre un “suo” nuovo ordine logico tra azioni e/o accesso alle giurisdizioni. Nulla, quindi, la sentenza implica, circa la “risarcibilità” del danno ed il riparto tra giurisdizioni. E traslando il ragionamento su di un piano più generale, la sentenza n. 351 del 2008 non può essere invocata a supporto della teoria della cd. pregiudizialità amministrativa, poiché una volta reintrodotta nell'ordinamento la tutela ripristinatoria contro la decadenza automatica dall'incarico dirigenziale, può benissimo tornare ad operare il riconoscimento – che si è visto, per ora, accolto dalle sezioni unite della Corte di Cassazione – della proponibilità dell'azione risarcitoria autonoma²².

Bisogna poi non dimenticare che l'ordinamento concede al legislatore un certo margine di discrezionalità nel regolare i rapporti tra azioni e diritti sostanziali; compreso il potere di escludere, in casi specifici, determinate situazioni soggettive dall'attribuzione di una o più tra le forme di tutela generalmente riconosciute. Se si potessero trarre, dalla sentenza n. 351 del 2008, argomenti più generali in favore della inderogabilità della tutela di annullamento o della cd. pregiudizialità amministrativa, allora bisognerebbe coerentemente sospettare della validità di tutte le norme vigenti che sopprimono la tutela di annullamento dell'atto amministrativo o, comunque, escludono la tutela con effetti di ripristinazione nei confronti della pubblica amministrazione, lasciando a disposizione dell'interessato solo forme di riparazione economica.

Il che parrebbe eccessivo, anzi fondamentale in contrasto con la sentenza n. 351 del 2008: quest'ultima, lo si è visto, reputa irragionevole la mancata reintegrazione del dirigente sanitario, decaduto a seguito di *spoils system*, ritenendo che quel meccanismo di tutela fosse, *per quel caso*, richiesto dalle esigenze della collettività. Ma in altri frangenti può essere proprio l'interesse della collettività a

²¹ Le definizioni sono ricavate da M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 259.

²² Ci si permetta di non interporre citazioni, tante sono le indagini pubblicate negli ultimi anni, sul tema della cd. pregiudizialità amministrativa; né di richiamare pedissequamente i contrapposti orientamenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato; né, infine di citare le sentenze della Corte Costituzionale che, dalla n. 204 del 2004 in avanti, hanno in qualche misura contribuito a dimensionare lo strumento del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi nel processo amministrativo. Di un certo interesse è l'idea che l'azione risarcitoria realizzi una vera e propria “giurisdizione risarcitoria”, concorrente con quella di annullamento e solo “concentrata” per ragioni di opportunità, innanzi allo stesso giudice amministrativo; tesi che sembra ricavabile da Cass. Civ., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in www.cortedicassazione.it/Documenti/30254.pdf.

giustificare la scelta del legislatore di stabilizzare una situazione di fatto, sia pure originata da un atto o da un comportamento illegittimo della pubblica amministrazione, eleggendo il solo equivalente monetario a forma ragionevole di risarcimento.

Non sembra potersi dire con certezza, ad esempio – o almeno, non con l'immediatezza che riuscirebbe spontanea, se si cristallizzasse la *ratio decidendi* della pronuncia in esame nell'ambito di una regola sul riparto – che sia incostituzionale la norma sulla cd. acquisizione sanante in materia di espropriazione per pubblica utilità²³; oppure le disposizioni che prescrivono la conservazione degli effetti del contratto già stipulato, nonostante l'annullamento dell'atto di aggiudicazione, nelle procedure di affidamento di particolari infrastrutture o interventi di preminente interesse nazionale²⁴. A tacere del fatto che, ammesso e non concesso che si possa soprassedere dalle peculiarità del diritto amministrativo, un analogo parametro si dovrebbe utilizzare nel campo del diritto privato (diritto societario, lo stesso diritto del lavoro²⁵), in cui il legislatore, fondamentalmente da sempre organizza con notevole varietà i rapporti tra i diversi tipi di tutela^{26 27}.

²³ Art. 43, comma 1 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, il quale prevede che «*Valutati gli interessi in conflitto*, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni». Sulle modalità di applicazione dell'istituto e sulla sua sostanziale conformità dell'istituto al diritto nazionale ed europeo, si veda Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 2009, n. 915 e soprattutto sez. IV, 21 maggio 2007, n. 2582, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁴ Sarebbero da valutare attentamente, per vero, norme come l'art. 20, comma 8 della legge 28 gennaio 2009, n. 2 (conversione del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185), ai sensi del quale, in caso di annullamento degli atti delle procedure di affidamento degli interventi programmati nell'ambito del quadro strategico nazionale, «il giudice può esclusivamente disporre il risarcimento degli eventuali danni, ove comprovati, solo per equivalente» (che si quantifica poi, anch'esso, come un equo indennizzo); o come l'art. 246, c. 4 del d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici), dov'è stabilito, riguardo all'affidamento di contratti per la realizzazione di infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, che «La sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente». Sempre con riferimento a questo caso, si noti la differenza – significativa, alla luce del sindacato svolto dalla Corte in ordine alla tutela degli interessi collettivi, nella sentenza in esame – con il comma 3 dello stesso art. 246, il quale, con riferimento alla sospensione incidentale dell'esecuzione eventualmente richiesta nel giudizio amministrativo, non prescrive più una conservazione automatica delle conseguenze dell'atto illegittimo, ma prevede che «In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle possibili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure». Questi esempi, unitamente a quelli citati nella nota precedente, mostrano come lo schema del giudizio su interessi non sia affatto sconosciuto nemmeno nell'ambito del processo amministrativo. Ora basti osservare che un ipotetico giudizio di legittimità costituzionale sulle disposizioni sopra citate non potrebbe mai dipendere dall'aver, queste, eliminato la tutela costitutiva, ma semmai dal livello di ragionevolezza di una siffatta configurazione del "rapporto". In prospettiva non dissimile, se non si va errati, la dottrina ha difatti sostenuto, con riferimento all'art. 246, c. 4 D.L.vo n. 163/06, che la prevista "salvezza" del contratto già stipulato non impedisca all'amministrazione di sciogliersi dal vincolo ed affidare il contratto al ricorrente vittorioso, qualora l'annullamento dell'aggiudicazione intervenga prima dell'esecuzione del contratto stesso (L. Garofalo, *Annulamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 171).

²⁵ Non sembra quindi che il collegamento tra reintegrazione in servizio del direttore generale della Asl ed equo indennizzo possa essere assimilato al diverso problema del rapporto tra impugnazione del licenziamento e diritto del lavoratore al risarcimento del danno. Per una ricognizione ordine a tale ultima questione, si rinvia a Cass. Civ., sez. lavoro, 14 maggio 2007, n. 11035, in *Mass. Giur. lav.*, 2007, 722, con nota di L. De Marco, *Decadenza dall'impugnazione del licenziamento ed inapplicabilità della disciplina risarcitoria di diritto comune*, *ivi*, 725.

²⁶ Lo si trova sottolineato in Cass. Civ., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254 cit. (punto 12.4 della motivazione), dove una serie di esempi tratti dal diritto privato e dal diritto amministrativo, sostanziale e processuale, porta la Cassazione a concludere che la «regolazione del rapporto (...) può essere attuata in modi diversi» da parte del legislatore, sicché non si può affermare che la «necessità logica che [tale regolazione] riguardi nello stesso modo ogni concreta situazione di interesse riconducibile ad un medesimo schema tipico».

²⁷ Diverso è pretendere che il legislatore faccia un uso ragionevole di questa discrezionalità. Se si guarda con questa premessa alla sentenza in esame, si percepirà allora anche una certa continuità con la precedente giurisprudenza costituzionale, poiché la Corte ha sempre riconosciuto a sé stessa la possibilità di sindacare la legge sotto il profilo dell'eccesso di privatizzazione (come violazione dei principi di cui all'art. 97 Cost.); in altri termini di valutare il corretto «dosaggio» del paradigma privatistico-datoriale con quello pubblicistico. Ad esempio nella sentenza 25 luglio 1996, n. 313, in *Giur. cost.* 1996, 2584, la Corte aveva dichiarato non fondata la questione della "privatizzazione" dei dirigenti (ma) non senza far leva sull'esistenza, nella legge stessa, di "profili ordinamentali" che rassicuravano il permanere di

L'assorbimento dei profili inerenti alla violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale

Non vi è dubbio, comunque, che il tema dei rapporti tra tutele, ovvero della necessaria rispondenza degli strumenti di azione giurisdizionale alle correlative posizioni sostanziali, attenga prettamente al principio di effettività della tutela giurisdizionale. Ma questo ci porta direttamente al secondo aspetto su cui metteva conto soffermarsi: la dichiarazione di assorbimento, da parte della Corte, delle censure che l'ordinanza del Consiglio di Stato riconduceva proprio alla violazione di questo principio (art. 3, 24, 103, 113 Cost.)²⁸.

Dal contesto dell'atto di promovimento, era anzi percepibile una certa preferenza dei Giudici rimettenti per questo ordine di motivi, dato che la norma impugnata impediva, a loro avviso, al processo amministrativo di confluire nella sua tipica funzione di tutela di annullamento (e prima, cautelare) in favore dei direttori generali delle Asl esonerati dall'incarico.

La mancata pronuncia della Corte su tali censure può avere naturalmente, diverse interpretazioni. Nelle argomentazioni utilizzate dal Consiglio di Stato, c'era intanto un punto che avrebbe reso problematico il seguito della sentenza di accoglimento: il convincimento che «nell'attuale assetto del sistema di giustizia amministrativa, la declaratoria di incostituzionalità della legge non comporta la caducazione di quegli atti amministrativi che, pur trovando fondamento nella disposizione della legge annullata, non siano stati tempestivamente gravati»²⁹. Questa notazione, riferita agli atti di decadenza dei direttori generali delle Asl disposti in applicazione della norma dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 104 del 2007, si sarebbe ripercossa anche sul seguito della sentenza n. 351 del 2008, se la Corte avesse accolto la questione sotto il profilo della violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale; giacché il vizio sarebbe potuto venire utile, in ipotesi, soltanto per coloro i quali, tale tutela, avessero effettivamente attivato, cioè i titolari di rapporti ancora pendenti (nell'accezione che ne dava il Giudice rimettente). Prospettiva che avrebbe sicuramente aperto una delicata disputa circa l'utilizzabilità della sentenza di accoglimento da parte dei direttori generali che non avessero tempestivamente impugnato l'atto di decadenza³⁰.

In secondo luogo, la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale era prospettata dal Consiglio di Stato con riferimento ai giudizi amministrativi in

una certa garanzia. Si trattava insomma di una infondatezza dichiarata a precise condizioni: «il valore dell'imparzialità può essere (...) *non irrazionalmente* integrato con quello dell'efficienza: essendo da ritenere che l'imparzialità stessa non debba essere garantita necessariamente nelle forme dello statuto pubblicistico del dipendente, ben potendo viceversa trovare attuazione (...) in un *equilibrato dosaggio* di fonti regolatrici» (osservazioni critiche in C. Pinelli, *Imparzialità, buon andamento e disciplina differenziata del rapporto di lavoro dirigenziale*, in *Giur. cost.*, 1996, 2596; cfr. G. D'Alessio, *La «privatizzazione» dei dirigenti generali*, in *I contratti collettivi per le aree dirigenziali*, Commentario a cura di F. Carinci e C. D'Orta, Milano, 1998, 73 ss.). Ora non sarebbe del tutto errato osservare che la Corte, nella sentenza n. 351/08, operi sul medesimo canone, per dichiarare, questa volta, l'incostituzionalità. Del resto, la previsione di un'alternativa tra equo indennizzo e reintegrazione in servizio era un'espressione limite dell'agire secondo il diritto privato, qualcosa di molto simile al conferimento di un potere di transigere sull'interesse pubblico in sede di estinzione del rapporto, laddove è invece necessario assicurare un sistema "normativo" che limiti le scelte arbitrarie degli organi politici (S. Mainardi, *L'estinzione del rapporto*, in *I contratti collettivi per le aree dirigenziali*, cit., 463.). Ma francamente sembra che tutto l'edificio dello *spoils system*, compresa questa sua forma "onerosa", sia incostituzionale (si perdoni il lessico) *perché di origine privata*, tant'è forte nel suo impianto l'elemento della fiducia (*intuitus personae*). In termini più corretti, per questa importante intuizione («*Che significato ha l'imparzialità se vi è l'obbligo della fiducia?*»), S. Cassese, *Lo spoils system all'italiana*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, 236.

²⁸ Cfr. F. Cortese, *Spoils system e illegittima rimozione di dirigenti pubblici*, cit., che sottolinea la natura elusiva della norma impugnata; onde una possibile applicazione dell'art. 136 Cost.

²⁹ Punto 15 dell'ordinanza di rimessione.

³⁰ Si potrebbe anzi azzardare che l'aver assorbito questa censura d'incostituzionalità, preferendo argomentare unicamente in base alla violazione dell'art. 97 Cost., sia da leggere come intento della Corte di assicurare l'effettiva reintegrazione degli ex direttori generali Asl, a prescindere dal fatto che questi avessero o non avessero tempestivamente impugnato l'atto di decadenza emesso in base alla norma dichiarata incostituzionale. L'impressione appena riportata sembra corroborata anche dal passo conclusivo della sentenza, in cui la Corte degrada a

corso, sul presupposto di una, per vero non pacifica³¹, appartenenza delle controversie in materia di *spoils system* alla giurisdizione amministrativa. Se la Corte avesse accolto la questione per violazione degli articoli 3, 24, 103 e 113 Cost., il profilo della effettività della tutela avrebbe finito per tradursi, in concreto, in una garanzia piuttosto depotenziata o perfino *inutiliter data* (salvi i giudizi *a quo*) in caso di mutamento di orientamento della Cassazione in punto di giurisdizione.

In terzo luogo – e conclusivamente – occorre chiedersi se veramente, cioè al di là della motivazione dell'atto di promovimento, la norma regionale fosse stata impugnata per contrasto con i principi di effettività della tutela giurisdizionale.

Giova puntualizzare, al riguardo, che gli articoli 24 e 113 Cost., come ha stabilito la stessa Corte costituzionale, non intendono «assicurare in ogni caso contro l'atto amministrativo una tutela giurisdizionale illimitata ed invariabile»³², ma operano laddove una norma precluda l'intervento del giudice in materie o per situazioni soggettive già compiutamente determinate sul piano del diritto sostanziale. La tutela giurisdizionale, infatti, «trova attuazione, per quel che il diritto sostanziale le consente di tutelare»³³ e la sua limitazione non rileva come vizio di violazione della Costituzione, qualora il legislatore ne abbia soltanto regolato i modi e l'efficacia.

Non si profila quindi la violazione degli articoli 24 e 113 Cost. solo perché l'effetto della norma si produce anche nei giudizi in corso, condizionandoli in guisa da offrire un'utilità o, come nella specie, una "forma di tutela" diversa da quella cui l'interessato poteva aspirare al tempo della proposizione dell'azione. Ebbene, nel caso della disposizione di regionale impugnata, contro la delibera della Giunta che avesse optato per la corresponsione dell'equo indennizzo in luogo della reintegrazione in servizio, la tutela giurisdizionale degli ex dei direttori generali delle Asl non era affatto esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione.

L'incostituzionalità stava, semmai, proprio ed appunto nella misura di riparazione (equo indennizzo) che l'interessato avrebbe potuto ottenere, cioè nel modo in cui la legge aveva conformato le situazioni sostanziali dei dirigenti sanitari esonerati a seguito di *spoils system*, non nella variazione di intensità della tutela processuale che

manifestazioni ulteriori dell'incostituzionalità le retribuzioni corrisposte ai nuovi dirigenti sanitari. Provando ad elaborare quest'ultimo dato, sembra infatti sostenibile che il pagamento delle retribuzioni, siccome consequenziale all'atto di decadenza adottato in base a legge dichiarata incostituzionale (con la sentenza n. 104/07), ne recepisca l'invalidità e costituisca una sorta di violazione durevole dell'obbligo, gravante anche sulla p.a. (art. 30, comma 3 della legge 11 marzo 1957, n. 83), di disapplicare le norme dichiarate incostituzionali. E' nostra opinione che la p.a., almeno nel caso in cui – come nello *spoils system* – l'atto emesso in base a legge incostituzionale si rigeneri e "sopravviva" in altri atti o comportamenti retti dalla fattispecie viziata, ricavi direttamente dall'art. 30 cit. un obbligo di autotutela doverosa, di contenuto pari alle misure necessarie per ripristinare la legalità costituzionale del proprio potere. D'altra parte, se è vero che gli effetti "retroattivi" della sentenza di accoglimento subiscono il freno dell'autonomia del potere esecutivo, (Cons. St., Ad. plen., 10 aprile 1963, n. 8, in *Foro amm.*, 1963, p. 620 ss.), è logico che questa autonomia del potere sia funzionale proprio ad una tale spontanea adeguazione (per queste tesi ci si permette di rinviare a M Magri, *Inapplicabilità e disapplicazione delle norme dichiarate incostituzionali da parte della pubblica amministrazione*, in «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte Costituzionale, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Roma, 2006, p. 107 ss.; ID., *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Padova, 2002, p. 374 ss. Il punto di vista sembra condiviso anche da P. Giangaspero, *Il principio di legalità e il "seguito amministrativo" delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale*, Trieste, 2003, 49; e più recentemente da N. Pignatelli, *Legalità costituzionale e autotutela amministrativa*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 311 ss.

³¹ La sentenza delle Sezioni Unite n. 2065/2003, citata nell'atto di promovimento, non verteva precipuamente su di un caso di *spoils system*, ma sulla più comune fattispecie della mancata conferma a seguito di valutazione discrezionale. Nella giurisprudenza amministrativa si possono rilevare decisioni, più recenti, nelle quali si dichiara il difetto di giurisdizione sulle controversie in materia di *spoils system*, adducendo che quivi «non si controversie sulla legittimità o meno dell'esercizio di una potestà ma della verifica o meno di un fatto estintivo dei diritti nascenti dal contratto di prestazione d'opera stipulato dal ricorrente [il direttore generale], con la conseguenza che la causa non è riconducibile alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, ma a quella dell'Autorità Giurisdizionale ordinaria coinvolgendo il *diritto alla prosecuzione del rapporto* [corsivo nostro]»: Tar Lazio, Latina, ord. 24 settembre 2005, n. 613, in www.lexitalia.it e giurisprudenza ivi richiamata, con commento di F. Raponi, *Anche in materia di spoils system la giurisdizione è dubbia*.

³² Corte Cost., 3 aprile 1987, n. 100, in *Giur. cost.*, 1987, p. 764, su cui R. Cavallo Perin, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione tra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 517 ss.

³³ Le garanzie di cui agli articoli 24 e 113 Cost. non esprimono infatti una riserva di giurisdizione. V. Angiolini, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992, 21 e 22.

la legge stessa aveva – di conseguenza, ma non direttamente – provocato. Del resto, non è chi non veda come difficilmente il vizio di violazione degli articoli 24 e 113 Cost. sarebbe, per così dire, “rimasto in piedi”, se la Corte avesse dichiarato infondata la questione sotto il profilo della violazione dell’art. 97 Cost. Se la Corte avesse giudicato conforme al principio d’imparzialità l’alternativa del pagamento di un equo indennizzo in luogo della reintegrazione in servizio, ben difficilmente si sarebbe potuta prospettare una mancanza di effettività della tutela, proprio perché, a quel punto, nulla, sul piano sostanziale, vi sarebbe stato da proteggere. Mentre la genuina violazione dell’art. 113 Cost. non richiede che si accerti preliminarmente la spettanza di un bene, ma tende proprio e solamente a censurare l’impedimento all’esercizio dell’azione.

L’assorbimento del suddetto profilo di incostituzionalità (ma in realtà, si è visto, si potrebbe anche inferire infondatezza, nel merito) è allora la migliore riprova del fatto che, come volevasi dimostrare, la norma impugnata non è stata giudicata dalla Corte per il sol fatto di aver abolito una tutela costitutiva, ma per la irragionevolezza del modo in cui questa operazione è stata prevista.

Conclusioni: profili di oggettività della tutela dell’interesse legittimo

Ritorniamo così, da altra angolazione, al punto in cui ci eravamo interrotti: a quella disparità di trattamento tra *interessi particolari* ed *interesse della collettività* in cui si è ravvisato il punto di approdo dell’intuizione della Corte circa il valore obiettivo da attribuire ai principi costituzionali dell’imparzialità e del buon andamento. Ed è forse più chiaro il senso in cui s’è affermato che questa sentenza non può essere circoscritta alla semplice evoluzione lineare di un percorso di ottemperanza a precedenti decisioni della Consulta.

Se proprio di un collegamento alla sentenza n. 104/07 si vuol ragionare, esso va visto nel quadro di rigorosa oggettività del processo costituzionale incidentale: prendendo atto con franchezza che qui la Corte ha rifiutato – giuridicamente, almeno – il punto di vista della necessaria tutela reale per i dirigenti “vittime” dello *spoils system*.

Il giudizio di «insufficienza» del rimedio risarcitorio in favore di questi ultimi, ad onta della nettezza con cui la Corte lo formula, non va generalizzato, scambiato per un implicito richiamo alla cd. pregiudizialità amministrativa. Non significa, quel giudizio, che contro l’atto amministrativo illegittimo debba essere sempre prevista una tutela di annullamento o, ancora, che all’annullamento dell’atto amministrativo debbano necessariamente seguire effetti di ripristinazione. La Corte non ha visto e non poteva stimare pre-costituito qualcosa che in realtà la Costituzione non prevede e, cioè, quali siano gli «strumenti» o quali le «forme» di tutela dei diritti e degli interessi legittimi e come questi si debbano disporre per assicurare l’effettività della tutela. E non pare che il suddetto giudizio sia da intendere come la logica conseguenza di quello reso nella sentenza n. 204 del 2004, secondo cui il risarcimento del danno è uno strumento «ulteriore» di tutela dell’interesse legittimo e non una materia di giurisdizione esclusiva³⁴.

La sentenza n. 351 del 2008 restituisce immutato il precedente assetto delle forme di tutela dei direttori generali delle Asl. Lo schema della doppia tutela delineato nella sentenza della Cassazione n. 2065/2003 avrà forse motivo di essere ridiscusso, ma non certo sulla base di “questa” decisione della Corte.

Si possono allora seguire due strade per concludere il presente commento. Ci si può fermare qui: all’osservazione che la reintegrazione dell’incarico dirigenziale contro lo *spoils system* sia stata ripristinata (ma) *tal quale* e non in quanto «forma» o

³⁴ Anzi, lo si dirà subito, vi sono buone ragioni per ritenere che la sentenza n. 351 del 2008 esprima alcunché di diverso e contrastante con quest’ultima pronuncia. Avverte invece tale possibilità di collegamento E. M. Barbieri, *Spoils system, risarcimento del danno e pregiudiziale amministrativa*, cit.

«strumento di tutela» da riorganizzare secondo un nuovo ordine di pregiudizialità³⁵. Oppure si può andare oltre e pensare che la sentenza, proprio per l'uso che fa dei principi di cui all'art., 97 Cost., autorizzi qualche notazione più generale di una semplice chiusa sulla vicenda dei direttori generali delle Asl.

Ed allora, oltre la patina della cd. pregiudizialità amministrativa, appare saggio chiedersi in primo luogo se l'uso che la Corte fa dell'interesse della collettività, dell'imparzialità, del buon andamento, in un giudizio dove era comunque molto solido il sostrato soggettivistico della controversia, non sveli, da sé, anche una proporzionale intuizione oggettivistica dell'interesse legittimo. Una visione che si direbbe "pura", se non altro perché ricavata direttamente dall'art. 97 Cost. e non dalle consuete mediazioni circa il sistema italiano di giustizia amministrativa (categorie dogmatiche quali *atto*, *effetto*, *potere*, *autorità*) di cui la Corte stessa ha non di rado sentito l'influsso (ne è ricchissima, ad esempio, la sentenza n. 204 del 2004).

La sentenza n. 351 del 2008 sembra ricordarci che l'interesse legittimo, assistito o non assistito da tutela di annullamento o "costitutiva", è una situazione la cui esistenza (prima ancora della sua tutela) non può mai andare disgiunta da quella degli interessi della collettività; perciò è capace esclusivamente di una forma di tutela obbiettiva. E' insomma una figura giuridica di diritto pubblico, che può dirsi risarcita solo con la ricostituzione di una causa legittima della funzione amministrativa³⁶. Non così il diritto soggettivo, che è figura giuridica di diritto privato e – per quanto evoluta nel tempo verso forme di solidarietà sociale – implica necessariamente il concetto di godimento di un bene (per quanto anche più complicata e variabile possa essere la geometria dei beni e la morfologia degli interessi nel diritto privato); onde la sua tutela in caso di lesione si orienta naturalmente al risarcimento del danno.

Veniamo al punto: quando il legislatore prevede che la tutela dell'interesse legittimo sia limitata al risarcimento del danno per equivalente, in realtà il legislatore non si ispira al concetto di risarcibilità dell'interesse legittimo, ma rinuncia a tutelare l'interesse legittimo, per dare spazio solamente alla tutela dei diritti lesi dal comportamento della pubblica amministrazione³⁷. Ma ciò è legittimo – ed ecco l'importanza di questa sentenza – a patto che non ne risultino vulnerati gli interessi della collettività, cioè il nucleo dei principi d'imparzialità e buon andamento. Davanti al giudice può quindi aver luogo, mediante un giudizio di ragionevolezza del sacrificio degli interessi collettivi, quel «controllo del rapporto tra l'interesse generale e l'interesse particolare»³⁸ che ha fatto difetto in sede di determinazione della misura legislativa o amministrativa. Questa e non altre, è la tutela *dell'interesse legittimo*. E quel giudizio di natura obbiettiva – dovremmo aggiungere – non è prerogativa della Corte, ma è il modello intorno al quale si costruisce anche il dovere decisorio del giudice amministrativo investito dell'impugnazione dell'atto³⁹.

D'altra parte, per lo stesso ordine di ragioni, quando il legislatore prevede che la tutela dell'interesse legittimo sia limitata al risarcimento del danno per equivalente, i

³⁵ Sembra questa l'opinione di F. Cortese, *Spoils system e illegittima rimozione di dirigenti pubblici*, cit.

³⁶ Dove «ciò che spetta non è in realtà altro (...) che un nuovo, corretto esercizio della discrezionalità amministrativa», osserva G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 328.

³⁷ Comportamento esecutivo del provvedimento dichiarato illegittimo, ma non annullato; oppure, se si preferisce, ad un risarcimento da «mancato annullamento dell'atto illegittimo» (F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 352).

³⁸ G. Berti, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969, 146.

³⁹ In questa sede non si può, ovviamente, andare oltre queste (ne siamo consapevoli) rapide notazioni. Si obietterà che il sistema di giustizia amministrativa italiano è basato sul concetto formale di validità dell'atto e non su quello del controllo obbiettivo. Ma questa obiezione non sembra decisiva, non solo per i lineamenti che il processo amministrativo manifesta in taluni frangenti o istituti, in cui sembra farsi largo lo schema della cd. cognizione sul rapporto, ma perché, se così anche, fosse – ed assunto per vero il nostro punto di vista – sarebbe proprio il processo a dover essere rivisitato, fin dove possibile, alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento e non questi ultimi a dover scontare il peso di una dogmatica di stampo prevalentemente formale (G. Berti, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 543).

diritti lesi dal comportamento della pubblica amministrazione non si trasformano in interessi legittimi, solo perché risarcibili. Più modestamente, essi restano “soli” (e soddisfatti) con una tutela che continua ad essere di stretto diritto privato, sia essa somministrata da un atto o da un comportamento (pagamento) della pubblica amministrazione o, in caso di controversia, dal giudice, ordinario (come finora si è visto essere stato per i direttori generali delle Asl) o amministrativo. Continuare a chiedersi (e riteniamo che la sentenza in esame possa costituire un argomento a favore della soluzione affermativa) se, nel quadro degli strumenti di tutela predisposti dall’ordinamento, il risarcimento del danno non sia in realtà una materia di giurisdizione e non uno strumento di tutela «ulteriore» degli interessi legittimi, appare dunque, ora più che mai, fondato, oltre che importante⁴⁰.

Si vuole ora svolgere una penultima osservazione. Si è notato come la Corte, nell’annullare la norma regionale impugnata, condanni senza riserva il rimedio risarcitorio (equo indennizzo), il quale pure, in concreto, avrebbe potuto essere congeniale agli ex direttori generali perfino più della reintegrazione a dispetto degli organi politici. Con il che, non si ha solo una conferma della suddetta obbiettività del processo a tutela dell’interesse legittimo, ma anche una decifrazione delle differenze tra interesse legittimo e diritto soggettivo sul piano prettamente individuale. Nella sentenza n. 351 del 2008, l’interesse della collettività alla reintegrazione dell’ufficio è anche interesse all’esercizio del dovere individuale di svolgimento delle pubbliche funzioni (art. 54, comma 2 Cost.). Non è possibile ora il minimo approfondimento, anche perché il caso del funzionario pubblico induce quasi naturalmente la rilevazione di una figura di *status*. Eppure si ha l’impressione che questo sia un ulteriore profilo su cui converrebbe interrogarsi a fondo: il riscontro, cioè, che l’interesse legittimo, dal lato dell’individuo, si separi dal diritto non solo per il suo contenuto di complementarietà al potere, ma per il comprendere in sé, forse per l’essere, anche, o perfino soprattutto, un dovere verso la collettività, ovvero, in ultima analisi, un dovere di solidarietà sociale.

L’ultimissima notazione riguarda il concetto di oggettività del processo a tutela di interessi legittimi, che si è venuta sostenendo. Le suddette considerazioni non si devono intendere come volte a ripristinare i vecchi concetti del processo amministrativo di legittimità in termini di giurisdizione di «mero diritto oggettivo» o dell’interesse legittimo come situazione soggettiva occasionalmente protetta.

L’affermazione della responsabilità civile dell’amministrazione per lesione di interessi legittimi e poi l’istituzione di una giurisdizione risarcitoria presso il giudice amministrativo, si sensi dell’art. 7 legge n. 205 del 2000, rimangono – lo si è visto – strumenti di tutela di diritti soggettivi; eppure essi, già per loro stessi, sono tali da rendere insostenibile, oggi, ciò che sosteneva Chiovenda, cioè che «la *pura azione è tutto l’elemento soggettivo* che si riscontra nella giurisdizione di legittimità del Consiglio di Stato; in sé, essa è *giurisdizione di mero diritto oggettivo*»⁴¹.

Ma nemmeno l’interesse della collettività – ecco la principale implicazione della sentenza in esame – può restare in balia del diritto e dunque esso stesso occasionalmente protetto. Se non è più sostenibile la tesi della giurisdizione di «mero diritto oggettivo», altrettanto vale per quella della giurisdizione di «mero diritto soggettivo». Neanche il risarcimento del danno, pertanto, può essere «tutto l’elemento oggettivo» che si riscontra nella giurisdizione amministrativa di legittimità; semplicemente perché il risarcimento, nel puntualizzare i rapporti tra autorità e libertà, potrebbe non soddisfare norme poste a protezione di interessi più generali,

⁴⁰ Per questa tesi, del tutto condivisibile, F. G. Scoca, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 10.

⁴¹ G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1934, vol. II, 118. Sostanzialmente conforme al Chiovenda, pur ravvisando in tale quadro una situazione denominata «diritto alla legittimità», L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923, vol. I, 62.

così oscurando uno dei caratteri fondamentali dell'amministrazione e cioè la sua democraticità⁴².

La sentenza della Corte Costituzionale n. 351 del 2001 sembra intuire che la tutela dell'interesse legittimo contro la pubblica amministrazione richieda un approccio conoscitivo duale⁴³ alla validità dell'atto: il relativo giudizio è informato all'interesse della collettività, quindi alla rinnovazione reale della funzione, non meno che alla salvaguardia dei diritti o dei beni della vita dell'interessato.

Quantunque ciò possa apparire singolare a chi intuisca l'interesse legittimo come situazione di diritto (in senso ampio), l'imparzialità ed il buon andamento della pubblica amministrazione possono risultare violati anche laddove l'amministrazione possa o debba pagare una somma di denaro a titolo di risarcimento. Dal punto di vista dell'ordinamento, l'antigiuridicità è la stessa che si verifica quando è un diritto soggettivo a non essere risarcito perché sacrificato indebitamente alla tutela di annullamento. La demarcazione della linea di confine tra queste esigenze non può, a ben vedere, che essere rimessa ad un prudente apprezzamento degli interessi coinvolti⁴⁴.

Ma è proprio nel riconoscimento della natura giuridica e dunque della sindacabilità di questo apprezzamento che risiede il valore della sentenza n. 351 del 2008. Viene spontaneo chiedersi, ad esempio, in che modo si orienterebbe la Corte, di fronte alla questione di costituzionalità di alcune recenti disposizioni di legge, che in nome di esigenze di celerità reclamate dall'*interesse nazionale* alla realizzazione di grandi investimenti o infrastrutture, prevedono una conservazione automatica degli effetti del contratto stipulato dall'amministrazione, in caso di annullamento dell'aggiudicazione, prevedendo la sola liquidazione del danno per equivalente, senza lasciare all'amministrazione stessa, né al giudice, alcun margine per decidere se e quanto, in concreto, il risarcimento del danno soddisfi anche l'*interesse della collettività*⁴⁵. Il quale, non meno che per rapporto al dirigente illegittimamente esonerato, si realizza quando il contratto è eseguito dall'operatore economico "giusto contraente". Ciò anche per rapporto ad altre disposizioni di legge, in cui la valutazione e comparazione di tali interessi, pubblici e privati, è invece espressamente prevista come un dovere del giudice⁴⁶. Oppure si pensi a talune recenti affermazioni, alquanto perentorie, del Consiglio di Stato, in ordine al divieto, per il giudice amministrativo, di ritenere assorbenti i motivi di ricorso dal cui accoglimento deriverebbe la rinnovazione del procedimento, quando siano proposte censure dirette ed idonee al risarcimento integrale del bene della vita⁴⁷.

⁴² Già A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 771 notava che «L'evoluzione progressiva del diritto pubblico dei governi liberi non si è arrestata al riconoscimento, agl'individui e alle persone giuridiche, di una sfera di diritti che non possa essere invasa dall'autorità se non in quanto vi è espressamente autorizzata dalle leggi (...) Una serie di norme di organizzazione e di competenza e di disposizioni di carattere formale e sostanziale, che non concernono punto, o almeno non direttamente, i diritti individuali, sono tuttavia prescritte dalle leggi amministrative (...). E' dell'essenza del governo libero che anche queste norme siano rigorosamente osservate. Osservarle è supremo interesse pubblico anche quando l'osservanza loro non possa essere richiesta a garanzia di alcuno diritto individuale autonomo». Perciò «occorre istituire, anche per questi casi, un sindacato giurisdizionale; occorre cioè rendere possibile un formale giudizio circa la intrinseca legalità dell'atto amministrativo, anche astrazione fatta da ogni lesione di un diritto individuale autonomo (...) con un fine ultimo assai differente, poiché non consiste nella difesa e nella reintegrazione di un diritto individuale di fronte all'azione amministrativa, ma invece nel ricondurre questa all'osservanza di una norma di diritto pubblico, cioè di diritto oggettivo nel senso stretto e rigoroso della parola (...) *Interest reipublicae* che le autorità osservino le leggi, e che le inosservanze siano corrette» (corsivi nostri).

⁴³ A. Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 250: «è proprio dalla sintesi dei due opposti elementi [corso nostro], oggettivo l'uno, soggettivo l'altro, che è possibile delineare quei caratteri della giurisdizione amministrativa (...)».

⁴⁴ S.R. Maserà, *Il risarcimento in forma specifica nel processo amministrativo*, Padova, 2006, 343.

⁴⁵ Sulla costituzionalità di simili disposizioni, ma da altra angolazione (garanzia della tutela giurisdizionale), F. Volpe, *Norme di relazione, norme d'azione*, Padova, 2004, 413-414; *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, cit. 351.

⁴⁶ V. gli esempi citati alle note 23 e 24.

⁴⁷ Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213, in *Foro amm.* – CdS, 2008, 147 ss.

Naturalmente, siamo anche noi avvertiti della necessità di non “far dire” alla Corte ciò che questa non poteva o non intendeva affermare.

Ma sembra che contro talune assolutizzazioni privatistiche di concetti quali “risarcibilità” dell’interesse legittimo o “giurisdizione soggettiva”, questa sentenza induca, se non altro, ad un supplemento di riflessione.

Forum di Quaderni Costituzionali

Costituzionali