

**Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza
professionale:
dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione**

Commento alle sentenze n. 103 e 104 del 2007

di *Francesco Merloni*

(in corso di pubblicazione in "le regioni" 5/2007)

1. Due decisioni, una comune tecnica argomentativa

La Corte costituzionale ritorna sul tema della dirigenza pubblica con due sentenze discusse e decise nella stessa udienza (23 marzo 2007) e lo fa apportando correzioni rilevanti alla sua più recente decisione in materia, la sentenza n. 233 del 2006¹, anche se si sforza di mostrare il massimo di continuità della propria giurisprudenza.

Le due sentenze hanno oggetti diversi: la prima (la n. 103), riguarda la legittimità costituzionale di una legge statale, la l. n. 145 del 2002, portata all'attenzione della Corte dal Tribunale di Roma, che ha ritenuto non manifestamente infondate le censure di illegittimità relativamente alle norme (art. 3, comma 1, lettera b), della legge) che dispongono una durata eccessivamente breve degli incarichi dirigenziali, nonché alle norme transitorie (art. 3, comma 7) che prevedono «la decadenza automatica degli incarichi dirigenziali di livello generale al sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge stessa».

Le seconda sentenza (la n. 104) si pronuncia sulla legittimità costituzionale di leggi regionali: varie leggi della Regione Lazio sulla decadenza automatica dei direttori generali delle Aziende sanitarie locali, una legge della Regione Sicilia, che stabilisce che «gli incarichi dirigenziali, diversi da quelli di dirigente

¹ Sentenza ampiamente commentata. Su questa rivista si veda: F. MERLONI, *Primi incerti tentativi di arginare lo spoils system nelle Regioni*, n. 1/2007.

generale, possono essere revocati, modificati e rinnovati entro novanta giorni dall'insediamento del dirigente generale».

Le due decisioni meritano un commento unitario, non solo per l'evidente vicinanza del tema sostanziale (la garanzia della posizione di figure dirigenziali nei confronti della possibile intromissione degli organi di indirizzo politico nell'esercizio dei loro compiti), ma soprattutto per la comune tecnica argomentativa adottata dalla Corte.

La Corte, infatti, non procede in modo diverso nel valutare la legittimità costituzionale di una legge statale e di una legge regionale, ma svolge ragionamenti analoghi.

Questo avviene, si badi bene, non perché la Corte accolga la automatica applicabilità all'organizzazione amministrativa regionale dei principi organizzativi stabiliti per l'amministrazione dello Stato, secondo il sistema di rapporti, precedente all'entrata in vigore del nuovo Titolo V (e fatto proprio ancora dal decreto legislativo n. 165 del 2001²) che prevedeva che lo Stato definisse il suo modello di organizzazione amministrativa e che le Regioni (e gli enti locali) vi si "adeguassero", tenendo conto delle peculiarità dei propri ordinamenti. Con il nuovo Titolo V è finita l'uniformità organizzativa delle amministrazioni pubbliche e l'"organizzazione amministrativa" regionale è materia di competenza residuale delle Regioni. Su questo punto la posizione della Corte era già chiarissima nella sentenza n. 233 e viene ribadita in modo altrettanto netto³.

² Vedi, per le regioni ordinarie l'art. 1, comma 3, e l'art. 27, che stabiliscono che le disposizioni del decreto costituiscono principi fondamentali (vincolanti per una materia allora considerata concorrente) e che le regioni «si attengono ad esse» (art.1), ovvero «adeguano ai principi dell'art. 4 (distinzione dei compiti tra organi politici e dirigenza) e del presente capo (disciplina della dirigenza statale)» i propri ordinamenti. Per le regioni a statuto speciale lo stesso art. 1, comma 3, stabilisce che costituiscono «norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica», non i principi del decreto, ma quelli contenuti nelle due leggi di delega (la l. n. 421 del 1992 e la legge n. 59 del 1997).

³ «Va esclusa l'applicabilità, nelle regioni a statuto speciale, come in quelle ordinarie, dei principi della legge statale (legge n. 145 del 2002) concernenti il regime dei dirigenti nelle amministrazioni dello stato (sentenza n. 233 del 2006)». Così la sentenza n. 104, al punto 5 del "Considerato in diritto".

2. La diretta applicazione dei principi costituzionali sull'amministrazione

La novità della tecnica di argomentazione della Corte sta, quindi, nella diretta valutazione della conformità delle diverse discipline della dirigenza con i principi costituzionali, in particolare con i principi degli art. 97 e 98.

Le discipline regionali, anche se adottate nell'esercizio della competenza legislativa residuale (per le regioni a statuto ordinario) o della competenza esclusiva prevista dagli statuti (per le regioni a statuto speciale), sono comunque tenute, ex art. 117, comma 1, Cost., al rispetto della Costituzione e dei suoi principi.

La Corte non si pronuncia sul tema, assai controverso, lasciato aperto dalla nuova configurazione della potestà legislativa regionale, se cioè, lo Stato possa, e con quali limiti (e con quali procedure di coinvolgimento delle regioni) individuare con propria legge i principi generali sull'organizzazione amministrativa, da considerarsi come direttamente derivanti dalle norme costituzionali e quindi validi come limite esterno (non più come modello cui adeguarsi) alla potestà di autoorganizzazione regionale. Essa si limita, caso, per caso, che la sua valutazione riguardi una legge statale o una legge regionale, ad indicare questi principi, con l'effetto di renderli vincolanti sia per il legislatore statale che per quello regionale.

3. La distinzione tra politica e amministrazione come principio direttamente derivante dalla Costituzione

Tra i principi generali sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche cui la Corte attribuisce in queste due sentenze, con una chiarezza del tutto nuova, un rilievo particolare, vi è il principio della distinzione tra "politica" e "amministrazione", cioè tra le competenze riconosciute agli organi di indirizzo politico e le competenze riservate (in via esclusiva) alla dirigenza amministrativa.

Ricostruendo in modo unitario (e nel senso della continuità) la precedente giurisprudenza, si afferma: «l'imparzialità dell'azione amministrativa [...] è alla base della stessa

distinzione funzionale dei compiti tra organi politici e burocratici e cioè tra l'azione di governo [...] e l'azione dell'amministrazione, la quale, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata, invece, ad agire senza distinzione di parti politiche e dunque al "servizio esclusivo della Nazione" (art. 98 cost) al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento»⁴; «La Corte, poi, ha affermato che gli art. 97 e 98 Cost. sono corollari dell'imparzialità, in cui si esprime la distinzione tra politica e amministrazione»⁵.

Se la distinzione è, quindi, principio di diretta e immediata applicazione del principio di imparzialità, essa deve essere garantita in tutte le amministrazioni pubbliche, non solo attraverso una netta ripartizione di competenze, ma assicurando che la posizione dei dirigenti nei confronti degli organi politici sia adeguatamente tutelata.

Ciò al fine di evitare che, attraverso i poteri di gestione dello *status* dei dirigenti, gli organi politici esercitino delle pressioni/dei condizionamenti tali da consentire loro di "aggirare" surrettiziamente la distinzione delle competenze.

Di qui la enucleazione di altri principi, sempre direttamente discendenti dalla Costituzione:

- a) la necessità di una selezione «tecnica e neutrale dei più capaci», cioè attraverso un concorso pubblico «indipendentemente da ogni considerazione per gli orientamenti politici dei vari concorrenti»⁶ (principio di indipendenza soggettiva dei dirigenti dagli organi politici);
- b) la necessità di garantire i dirigenti nella loro permanenza negli incarichi (principio di «continuità dell'azione amministrativa»⁷) di fronte a previsioni normative che la pongano in discussione (nei casi di fissazione di una durata troppo breve o di revoca dell'incarico dirigenziale prima della scadenza o, ancora, di decadenza automatica dagli incarichi in occasione del cambiamento degli titolari degli organi politici (*spoils system*));

⁴ Punto 9.2 del "Considerato in diritto" della sentenza n. 103.

⁵ Punto 2.8 del "Considerato in diritto" della sentenza n. 104.

⁶ Punto 2.8 del "Considerato in diritto" della sentenza n. 104.

⁷ Punto 9.2 del "Considerato in diritto" della sentenza n. 103.

- c) la necessità di accompagnare la eventuale revoca dell'incarico da garanzie sostanziali e procedurali, che nelle sentenze così viene espressa: «la revoca delle funzioni legittimamente conferite ai dirigenti può essere conseguenza soltanto di una accertata responsabilità dirigenziale in presenza di determinati presupposti e all'esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato» (principio del «giusto procedimento»).

Siamo quindi di fronte a un rilettura organica del principio di distinzione, la cui applicazione diretta a tutte le amministrazioni pubbliche non è in discussione, indipendentemente dal grado di autonomia normativa goduto da legislatore. Qualunque sia il modello di organizzazione amministrativa prescelto, le amministrazioni sono tenute a rispettare la distinzione tra compiti degli organi politici e organi amministrativi e i principi organizzativi che ne derivano.

Chiariti questi rilevanti aspetti della nuova giurisprudenza costituzionale si può passare ad esaminare, in forma semplificata, le risposte che la Corte dà alle singole questioni sollevate.

4. *Gli oggetti delle due sentenze: a) la durata degli incarichi dirigenziali generali (dello Stato)*

Il tema della stabilità degli incarichi dirigenziali come garanzia della posizione indipendente dei dirigenti rispetto agli organi politici, viene sollevato per la prima volta con riferimento alla dirigenza statale, in particolare per la dirigenza generale. Si noti che non è stata posta in discussione la privatizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti, anche di livello generale.

La stabilità dell'incarico dirigenziale generale nelle amministrazioni dello Stato è affrontata sotto due profili: quello della durata degli incarichi dirigenziali e quello della decadenza automatica dell'incarico in occasione del cambio di maggioranza governativa (spoils system).

Sotto il primo profilo si possono distinguere due distinte problematiche: a) quella della configurabilità di incarichi a tempo determinato; b) quella della effettiva durata dell'incarico, qualora sia legittimo un incarico a tempo determinato.

Quanto alla prima, non si dimentichi che autorevoli voci⁸ si erano levate contro la stessa possibilità di attribuire incarichi a tempo determinato, così come prevista dalla riforma avviata con il d.lgs. n. 29 del 1993 e confermata prima dal d. lgs. n. 80 del 1998 e poi dalla legge n. 145 del 2002, in quanto il fatto stesso che l'incarico sia a tempo determinato e quindi rinnovabile con decisione rimessa agli organi politici può rappresentare una illegittima forma di pressione sul dirigente.

Quanto alla seconda problematica è evidente che una durata troppo breve dell'incarico, per esempio una durata senza un limite minimo e comunque inferiore alla durata in carica degli organi politici fa sì che, qualora (e, per il momento, questa è la regola nelle nostre amministrazioni pubbliche) la nomina sia di competenza dell'organo politico, il dirigente nominato per un breve periodo di tempo sa di dovere la propria conferma nell'incarico allo stesso organo politico che glielo ha conferito (o quantomeno alla stessa compagine governativa).

La Corte si pronuncia sul primo punto, mentre evita in gran parte il secondo.

La temporaneità degli incarichi dirigenziali, ai tre livelli (apicale/fiduciario, generale, non generale) non è di per sé contraria alla Costituzione ed appare una logica conseguenza della contrattualizzazione della dirigenza e della previsione di una sua responsabilità dirigenziale in ordine al raggiungimento dei risultati attesi e prefissati. Se vi è predeterminazione degli obiettivi, se vi è valutazione del grado di loro raggiungimento e dell'apporto personale del dirigente al risultato, l'incarico non può che essere configurato come a tempo determinato: al termine del periodo stabilito una valutazione negativa sul raggiungimento dei risultati può condurre al mancato rinnovo dell'incarico.

⁸ S.CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giorn. dir amm.*, n. 12, 2000.

La temporaneità dell'incarico non può, però, andare a scapito delle garanzie della posizione del funzionario: continuità dell'azione amministrativa, chiara distinzione funzionale, «adeguate garanzie procedurali nella valutazione dei risultati e dell'osservanza delle direttive ministeriali finalizzate all'adozione di un eventuale provvedimento di revoca dell'incarico per accertata responsabilità dirigenziale».

Il secondo tema, quello della congruenza della disciplina effettivamente adottata sulla durata degli incarichi con i principi appena ricordati è stato in realtà evitato dalla sentenza n. 103. La originaria durata fissata dal d.lgs. n. 165 del 2001 era di un minimo di due un massimo di sette anni. La legge n. 145 aveva eliminato la durata minima per fissare quella massima a tre anni. Questa era appunto la norma impugnata sulla quale il giudice remittente aveva espresso un giudizio di non manifesta infondatezza. Nel frattempo, però, una legge del 2005 (la n. 168) aveva nuovamente modificato queste durate fissando la durata minima in tre anni e portando la massima da tre a cinque anni. Di fronte all'ordinanza della Corte che restituiva gli atti al giudice remittente perché valutasse la nuova situazione normativa, quest'ultimo, secondo la Corte, non ha proposto nuove motivazioni sulla illegittimità. Da qui la inammissibilità delle questioni relative alla durata degli incarichi. La Corte, quindi, non si pronuncia in modo diretto anche se, occupandosi della questione principale, quella della legittimità dello *spoils system*, non manca di segnalare come una durata troppo breve, per «inesistenza di un termine minimo di durata» rappresenterebbe l'«indice di una possibile precarizzazione della funzione dirigenziale, che si presenta (quando il termine sia eccessivamente breve) difficilmente compatibile con un adeguato sistema di garanzie per il dirigente che sia idoneo ad assicurare un imparziale, efficiente ed efficace svolgimento dell'azione amministrativa». Un chiaro monito al legislatore (nazionale e regionale) a non fissare durate brevi e incompatibili con la posizione di indipendenza personale dei dirigenti.

5. b) *lo spoils system per la dirigenza generale.*

Se il tema della durata è quindi solo sfiorato, la legittimità dello *spoils system* per la dirigenza generale dello Stato è invece affrontato in modo diretto e con una risposta di forte discontinuità con la precedente decisione del 2006 (la sentenza n. 233).

La norma oggetto del giudizio era l'art. 3, comma 7, della legge n. 145 del 2002, che con norma transitoria, aveva disposto la cessazione automatica degli incarichi dirigenziali di livello generale al sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge stessa.

La Corte dichiara questa norma illegittima perché lesiva della posizione dei dirigenti, cui spettano le funzioni amministrative, che devono essere sottratte ai poteri di intromissione degli organi politici. La decadenza automatica lede, poi, 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 questa decisione sta non solo nell'esplicito collegamento tra principio di distinzione tra politica e amministrazione e necessaria garanzia della posizione di indipendenza personale dei dirigenti, ma nella inclusione nella categoria dei dirigenti meritevoli di questa protezione dei dirigenti generali.

Non si dimentichi che la Corte nella precedente sentenza (la n.233 del 2006), con riferimento alla dirigenza generale delle regioni si era espressa in senso opposto, comprendendo i dirigenti generali tra quelli "apicali", legati agli organi politici da un rapporto di tipo fiduciario.

Nella sentenza n. 103 viene riproposto il criterio, per più aspetti, come vedremo, fuorviante dell'apicalità di alcuni incarichi, ma questi vengono fatti coincidere con una più ristretta area, sostanzialmente equivalente all'area della fiduciarità. Secondo la Corte, infatti, «la questione proposta non riguarda la posizione dei dirigenti ai quali siano stati conferiti incarichi "apicali", vale a dire quelli di *maggior coesione* con gli organi politici (segretario generale, capo di dipartimento e altri equivalenti)». I dirigenti generali, quindi, sono ricompresi nell'area della gestione e dell'amministrazione imparziale, riservata alla dirigenza professionale e sottratta alla politica.

Un passo in avanti considerevole, che però non conduce la Corte ad adottare un criterio univoco per tutte le amministrazioni pubbliche. La coeva sentenza n. 104, con riferimento alla legge della Regione Sicilia, dichiara la illegittimità della disposizione che prevede che «gli incarichi [...] possono essere revocati, modificati e rinnovati entro novanta giorni dall'insediamento del dirigente generale nella struttura cui lo stesso è preposto», ma lo fa con riferimento alla dirigenza non generale, applicando in modo diverso il criterio dell'«apicalità»

Nelle amministrazioni dello Stato la dirigenza generale è quindi parte della dirigenza professionale, nelle amministrazioni regionali della dirigenza apicale (e fiduciaria). Se la sentenza n. 104 è in continuità con la sentenza n. 233 del 2006, essa è in aperto contrasto con la sentenza n. 103. Con conseguenze opposte: in un caso (dirigenza generale statale) lo *spoils system* è illegittimo, nell'altro esso è coerente con i principi costituzionali di imparzialità e di distinzione tra politica e amministrazione.

Non resta che domandarsi se questa incertezza nella delimitazione delle due aree, rispettivamente della fiduciarità e della dirigenza professionale, non dipenda proprio dal criterio adottato, che, come si è visto, è un criterio meramente organizzativo e non funzionale.

La Corte continua a ragionare in termini di livelli di incarico dirigenziale, comprendendo nell'area della fiduciarità quelli «apicali» e nell'area professionale gli altri. Evidentemente, però, l'applicabilità del criterio dipende dai modelli organizzativi effettivamente adottati dalle diverse amministrazioni, in un quadro oggi caratterizzato dalla differenziazione piuttosto che dall'uniformità organizzativa. In alcune amministrazioni i livelli di incarico potrebbero essere anche di più (o di meno) dei tre individuati dalla sentenza n. 103: incarichi apicali/fiduciarì, incarichi dirigenziali di livello generale, dirigenza non generale.

Se, invece, come abbiamo già suggerito nel commento alla sentenza n. 233⁹, si abbandonassero criteri solo organizzativi per adottare criteri funzionali, si rientrerebbe in una lettura della dirigenza più coerente con la tanto richiamata distinzione tra

⁹ F.MERLONI, *Primi incerti tentativi...*, op.cit., pag.146.

politica e amministrazione. L'area della fiduciarietà sarebbe quindi naturalmente delimitata, coincidendo con quegli incarichi (di maggiore coesione con gli organi politici) che comportano il supporto agli organi politici nella definizione dei loro atti di indirizzo o il coordinamento dell'attività dei dirigenti, ma con la esclusione degli incarichi che comportano l'esercizio dei compiti di gestione e di amministrazione, riservati dalla legge alla dirigenza professionale. Anche la collocazione della dirigenza generale, al di là delle denominazioni adottate nei diversi modelli organizzativi, ne risulterebbe più agevole: se alla dirigenza generale corrispondono compiti di gestione e amministrazione siamo nella dirigenza professionale, da garantire in termini di continuità e imparzialità; se alla dirigenza generale vengono affidati solo compiti di collaborazione con gli organi politici siamo nell'area della fiduciarietà e della legittima applicazione dello *spoils system*.

6. c) *lo spoils system per i direttori generali delle ASL.*

La Corte si occupa di una legge della Regione Lazio che aveva disposto la decadenza automatica dei direttori generali delle ASL in occasione del rinnovo del Consiglio regionale e la dichiara illegittima per violazione dei principi di imparzialità (art. 97 Cost.) con riferimento anche ai principi di uguaglianza nell'accesso ai pubblici uffici (art. 51 Cost.) e di sottrazione degli impiegati ad influenze politiche (art. 98 Cost.). La novità rispetto alla sentenza n. 233 è netta, se si pensa che allora la Corte aveva considerato legittima la decadenza automatica, disposta dalle leggi della Regione Calabria, non solo dei direttori generali ma anche dei direttori amministrativi e sanitari (legati ai primi da un «rapporto di fiducia di tipo tecnico»).

Il punto più innovativo della decisione sta sicuramente nella distinzione tra rapporto fiduciario, che viene ribadito con riferimento alla nomina dei direttori generali delle ASL, e decadenza automatica. Il fatto che l'incarico sia 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») può comportare la revoca dell'incarico anche prima della scadenza in caso di mancato raggiungimento dei «risultati aziendali» o degli «obiettivi di tutela della salute e di funzionamento dei servizi», «o- ancora- per una delle cause che legittimerebbero la risoluzione per inadempimento del rapporto», ma non giustifica una misura automatica quale la decadenza al solo verificarsi del rinnovo del Consiglio regionale, «causa estranea al rapporto». 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».

Il direttore generale di ASL, quindi, 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.

Un risultato, questo, di grande rilievo se paragonato alla posizione assunta dalla stessa Corte solo pochi mesi prima.

Meno convincenti sono, però, alcuni passaggi della motivazione, quali una non chiara pronuncia sulla natura giuridica delle ASL, o l'affermazione sull'inesistenza di un «rapporto istituzionale diretto e immediato fra organo politico e direttori generali».

Sul primo punto, di fronte ad una esplicita affermazione del giudice remittente (il Consiglio di Stato) sulla natura pubblicistica delle ASL, definite come «enti pubblici dipendenti», la Corte, con riferimento alla lettera della legge (art 3 del d. lgs. 502 del 1992, come modificato dal d.lgs. n. 229 del 1999), parla di «aziende pubbliche, dotate di autonomia imprenditoriale» e, pur senza pronunciarsi in modo chiaro, sembra aderire più alla tesi pubblicistica, trascurando l'altra parte della disposizione di legge che prevede un «atto aziendale di diritto privato» per la disciplina dell'organizzazione e del funzionamento delle ASL. La difficoltà sta forse nel ricomprendere le ASL tra la categoria (che molti ritenevano in via di estinzione) degli enti pubblici economici, caratterizzati proprio dalla duplicità delle fonti di organizzazione: in parte pubblicistiche (quanto alla istituzione, ai compiti e agli organi di governo) e in parte privatistiche (quanto all'organizzazione

interna e all'attività). In questo modo la Corte sembra chiudere la strada ad una possibile equiparazione tra la posizione delle ASL (come "particolari" enti pubblici economici) e le società in controllo pubblico, equiparazione che potrebbe arrivare fino a porre sullo stesso piano, quanto ai rapporti con l'organo politico con poteri di nomina, i direttori generali delle ASL e gli amministratori delle società controllate (entrambi revocabili sulla base di cattivi risultati nella gestione, ma non oggetto di *spoils system*).

Ancora meno convincente il secondo punto. La Corte, forse per giustificare un così netto cambiamento di giurisprudenza, rileva che, nella disciplina della Regione Lazio, «vi è una molteplicità di livelli intermedi» (uffici di diretta collaborazione, dipartimento, direzione generale) che impedirebbero un rapporto istituzionale diretto. Il direttore generale di ASL sarebbe, in questo modo, "lontano" dall'organo politico e rientrerebbe nell'area della gestione amministrativa, da tutelare dalle intromissioni della politica. Se l'intento è lodevole, l'argomentazione è debole, perché non vi è dubbio, al di là del ruolo che possono svolgere questi "livelli intermedi" nella procedura di nomina o revoca dell'incarico o durante il suo svolgimento, che la nomina è effettuata con atto proprio dell'organo politico (il Presidente della Giunta) e che questo stabilisce un rapporto diretto, con quel misto di fiducia "politica" e di fiducia "professionale" di cui si è detto.

Si ripropone anche in questo caso il limite principale, già segnalato nella sentenza n. 233 e nella sentenza n. 103: fondare la giustificazione o l'esclusione dello *spoils system* solo in base a considerazioni sul livello organizzativo degli incarichi, senza guardare ai compiti svolti dai dirigenti. Se si applicasse il criterio funzionale qui proposto¹⁰, che esclude lo *spoils system* per tutti gli incarichi dirigenziali che comportano attività amministrative e poteri di gestione, ne deriverebbe un solido fondamento per considerare illegittima la decadenza automatica dei direttori generali delle ASL. Questi, infatti, (anche se con una qualche contraddizione con la configurazione privatistica dell'«organizzazione e del funzionamento» delle ASL) hanno, secondo la legge, «tutti i

¹⁰ Vedi supra, paragrafo 5.

poteri di gestione» e devono assicurare «l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa» (comma 6 dell'art. 3). La loro posizione e i loro compiti sono assimilati alla dirigenza professionale all'interno delle amministrazioni pubbliche e in quanto tali devono essere protetti dalle intromissioni degli organi politici.

L'incarico di direttore generale di ASL è sì fiduciario, ma di tipo prevalentemente "tecnico-professionale", revocabile, con garanzie, solo per mancato raggiungimento degli obiettivi assegnati e non oggetto di decadenza automatica, per il solo verificarsi del rinnovo del Consiglio regionale. I nuovi organi di governo della Regione, se pure l'incarico è stato conferito sulla base di una valutazione anche di tipo fiduciario (sull'attitudine a realizzare l'indirizzo regionale), potranno quindi revocare gli incarichi con adeguata motivazione, solo in seguito a constatate incapacità di attuare l'indirizzo politico regionale o al mancato raggiungimento degli obiettivi aziendali.

7. Adelante, con juicio.

Dal pur sommario esame delle due sentenze emerge un orientamento giurisprudenziale in sostanziale discontinuità con il precedente su due punti non secondari quali la non applicabilità dello *spoils system* alla dirigenza generale dello Stato e ai direttori generali delle Aziende sanitarie locali. L'effetto, anche se non completo, è quello di una notevole riduzione dell'area della fiduciarità, dalle sentenze fatta coincidere con gli incarichi "apicali", mentre tutta la restante dirigenza è protetta dall'ombrello della distinzione tra politica e amministrazione, della riserva dei compiti amministrativi, della garanzia della posizione dei dirigenti rispetto alle possibili intromissioni degli organi politici.

Si procede, come si vede, per piccoli passi, sottolineando più la continuità dell'orientamento fin qui seguito delle novità, che, proprio perché timidamente avanzate, dovranno nel futuro essere consolidate e rafforzate.

8. Due punti critici: lo status del dirigente e la natura dell'atto di conferimento dell'incarico.

Oltre al già segnalato limite di una delimitazione tutta organizzativa delle due aree della fiduciarità e della dirigenza professionale, vanno segnalati altre due punti critici delle due decisioni che dimostrano come il pur lodevole intento di fornire alla dirigenza professionale adeguate garanzie di imparzialità passi ancora attraverso formulazioni e ricostruzioni non pienamente appaganti.

Ci riferiamo da un lato all'affermazione della Corte sulla condizione professionale dei dirigenti amministrativi e dall'altro alla natura dei "provvedimenti" di attribuzione e revoca degli incarichi dirigenziali.

Quanto al primo punto, la Corte, in connessione con la dichiarazione di legittimità costituzionale di incarichi dirigenziali a tempo determinato, afferma che «la disciplina legislativa [...] ha determinato il definitivo passaggio da una concezione della dirigenza come *status*, quale momento di sviluppo della carriera dei funzionari pubblici ad una concezione della stessa dirigenza di tipo *funzionale*».

L'affermazione coglie solo in parte le modificazioni avvenute e si può rivelare foriera di nuovi e non auspicabili fraintendimenti. Se con essa si vuole sottolineare che i dirigenti amministrativi non sono più meri collaboratori degli organi politici, ma assumono direttamente la responsabilità dell'attività amministrativa che è loro affidata; che lo sviluppo della carriera è meno rilevante dell'affidamento dell'incarico dirigenziale, si dicono cose vere, ma incomplete. In primo luogo resta in vigore una progressione di carriera fondata sulle capacità professionali del dirigente. La progressione in carriera è quindi indispensabile per avere la necessaria garanzia della qualità professionale del dirigente al quale sarà poi affidato l'incarico dirigenziale. Così come lo svolgimento di (uno o più, nel corso della carriera) incarichi dirigenziali potrà arricchire il curriculum professionale del dirigente e influire sulle decisioni di conferimento di ulteriori incarichi. In secondo luogo non è affatto scomparso lo *status* del dirigente, se con questo vogliamo comprendere tutte le norme di stato giuridico (diritti, doveri di comportamento, regime delle compatibilità e incompatibilità) che sono destinate ad influire non sulla prestazione lavorativa (oggetto del contratto di

lavoro legato all'incarico), ma sull'esercizio delle funzioni pubbliche che gli sono affidate (sul "rapporto di ufficio"). Anzi, a ben vedere, esso deve essere profondamente rivisto, proprio in relazione alla nuova posizione e responsabilità amministrativa del dirigente, di cui la sentenza a più riprese sottolinea la necessaria imparzialità. La posizione di indipendenza personale del dirigente, infatti, non deriva solo dalla riserva di competenze, ma dall'applicazione di una serie di accorgimenti, quali una attenta disciplina (legislativa, contrattuale o di carattere etico) dei doveri di comportamento del dirigente (con il connesso problema del ripristino di una effettiva responsabilità disciplinare, per violazione dei doveri relativi all'esercizio della funzione) e del regime delle compatibilità/incompatibilità tra svolgimento dei compiti pubblici e gli interessi esterni, di tipo politico o economico.

Quanto al punto della natura giuridica dell'incarico dirigenziale, siamo di fronte ad una netta divaricazione della dottrina nella interpretazione della disciplina vigente, da quando la legge n. 145 del 2002 ha esplicitamente parlato di "provvedimento" e lo ha nettamente distinto dal contratto (definito come "accessivo") destinato a stabilire «il corrispondente trattamento economico» (art. 19, comma 2).

Nella distribuzione delle posizioni tra coloro che vedono nella disposizione di legge una scelta per un atto di conferimento dell'incarico di natura pubblicistica e coloro che invece insistono per la sua natura privatistica, la Corte non si schiera a favore di una di esse; la sua principale preoccupazione è quella di affermare la necessità di un procedimento di valutazione della responsabilità dirigenziale per dare fondamento legittimo ad «un atto motivato che, a prescindere dalla sua natura giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato, consenta comunque un controllo giurisdizionale». Anche se il richiamo al principio del «giusto procedimento» e alla legge n. 241 del 1990 (come modificata dalla legge n. 14 del 2005) sembrerebbe propendere, sia pure leggermente, per la tesi pubblicistica.

Ora la questione non è solo di carattere teorico, ma tocca una ricorrente tendenza a "ripubblicizzare" non solo l'atto di incarico, ma lo stesso rapporto di lavoro della dirigenza.

E' una questione sulla quale solo il legislatore può dire una parola definitiva. In più occasioni¹¹ ho avuto modo di esprimermi per una natura privata dell'atto di incarico, laddove per atto si intenda la scelta della persona da proporre ad un ufficio, con la relativa riserva di compiti amministrativi, distinta dalla contemporanea stipula di un contratto relativo alla prestazione lavorativa del dirigente.

In tal modo si avrebbe una disciplina nel complesso più coerente, sia con la giurisdizione del giudice ordinario (che però, anche se applica il principio del «giusto procedimento», non valuta l'interesse pubblico, ma solo i diritti in gioco¹²), sia con la disciplina contrattuale del rapporto sulla prestazione lavorativa (che comprende il raggiungimento degli obiettivi).

La configurazione privatistica dell'atto di conferimento (e di revoca) dell'incarico nulla ha a che vedere con gli eventuali limiti estrinseci che la legge può fissare, in rapporto all'interesse pubblico curato dal dirigente nell'esercizio delle funzioni (pubbliche) che gli sono affidate. Sono legittimi, quindi, limiti alla fissazione della durata del contratto, così come limiti che impongano una particolare procedura e motivazione dell'atto di revoca. Sono, poi, legittimi tutti i limiti di status (doveri di comportamento, responsabilità disciplinare in rapporto all'esercizio della funzione pubblica, compatibilità/incompatibilità) volti a garantire al dirigente una rafforzata posizione di indipendenza.

Si tratta di limiti estrinseci all'autonomia privata espressa dall'amministrazione nel configurare il rapporto di lavoro, in sede di conclusione del contratto, che garantiscono l'imparzialità dell'azione amministrativa, senza toccare gli elementi del contratto, che serve a definire la prestazione lavorativa e i modi di determinazione dei risultati da raggiungere con l'attività del dirigente.

¹¹ Di recente in F.MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006, pag. 162.

¹² Per una ricostruzione del ruolo del giudice ordinario in materia di rapporto di lavoro della dirigenza si veda A.PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, 2004.