

Lo status di “neutralità” dei componenti dei collegi sindacali delle aziende sanitarie locali li pone al di fuori dello *spoils system*.

di Sandro de Götzen

(in corso di pubblicazione in *Le Reg.*, 2009)

1. Premessa. La stabilizzazione e precisazione dell'orientamento della Corte costituzionale sui requisiti organizzativi da osservare per il rispetto del principio di distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa. 2. Le questioni definite dalla sent. 390 del 2008: a) normativa che importa decadenza automatica dei sindaci delle aziende sanitarie; b) disciplina statale ritenuta dal rimettente lacunosa in materia di designazione, nomina e revoca dei collegi sindacali. 3. (Segue) La decadenza automatica dei titolari dell'organo di controllo della regolarità amministrativa e contabile dell'azienda sanitaria locale. La rilevanza della funzione di controllo amministrativo e contabile nelle aziende sanitarie. 4. (Segue) Il Consiglio di Stato (ord. n. 4554/2006), riformando la decisione del TAR Lazio esclude dall'applicazione dello spoils system il direttore scientifico di un IRCCS. Ancora l'indicatore della “tecnicità” dell'organo esclude la legittimità di meccanismi di decadenza automatica. 5. Il preteso carattere lacunoso della disciplina statale sulla designazione e sulle garanzie di status dei membri dei collegi sindacali non ne causa la illegittimità costituzionale: il potere non deve essere esercitato arbitrariamente, ma sottoposto alle “regole generali sull'azione amministrativa” e l'atto di esercizio di esso è giustiziabile. 6. Osservazioni conclusive.

1. Premessa. La stabilizzazione e precisazione dell'orientamento della Corte costituzionale sui requisiti organizzativi e procedurali da osservare per il rispetto del principio di distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa.

1.1. La giurisprudenza costituzionale ha, nell'ultimo biennio, compiutamente elaborato una griglia di criteri che pongono limitazioni sostanziali alle previsioni normative, soprattutto, ma non solamente, regionali, di fattispecie di *spoils system*. Tali previsioni di decadenza automatica anticipata dall'incarico *ex lege* possono comportare la sotterranea violazione del principio di distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa, sino alla prevaricazione della politica, con decisioni amministrative formalmente imputate al dirigente o al componente dell'organo tecnico, ma sostanzialmente imposte dall'organo politico¹.

Il principio di distinzione delle competenze amministrative da quelle di indirizzo politico viene dalla Corte costituzionale qualificato come principio costituzionale, come un'articolazione del principio di imparzialità: le fattispecie di *spoils system* vengono esaminate rispetto al parametro costituzionale dell'imparzialità, che si scompone in una “griglia” di principi più specifici ad esso collegati o che ne derivano, come la distinzione politica-amministrazione ed il giusto procedimento².

¹ Si è detto, in modo condivisibile, che i meccanismi di spoils system, specialmente se combinati con incarichi di breve durata, sono strumenti per verificare, più che il raggiungimento degli obiettivi posti al dirigente, la sua fedeltà alla parte politica che ha il potere di nomina; v. in tal senso, espressamente, tra i molti, B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 537 ss.

²

Sulle diverse tecniche di costruzione dei principi, come individuate dalla dottrina v. una sintesi in V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 136 ss. che ricorda a) la tecnica della astrazione e generalizzazione da norme particolari; b) l'individuazione da una o più norme della ratio (a- b sono tecniche non agevolmente distinguibili); c) la terza tecnica di costruzione del principio consiste “per un verso nell'elaborare una norma implicita che si suppone strumentale all'attuazione del principio ...per un altro verso nell'elevare al rango di principio la norma implicita così costruita” (quest'ultimo efficace inciso è tratto dall'A. cit da R. Guastini). Sui principi costituzionali non scritti

La Corte ha dovuto farsi carico del rispetto del principio di imparzialità in numerose fattispecie sottoposte al suo scrutinio, che sostanzialmente, con un'applicazione estensiva dell'istituto dello *spoils system*, vanificavano il principio di distinzione tra politica e amministrazione, pur formalmente richiamato nelle normative impugnate.

La qualificazione della distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa come principio di natura costituzionale appare predominante in dottrina³, mentre la posizione del Consiglio di Stato non appare uniformarsi sempre a tale indirizzo: di recente il giudice amministrativo – peraltro con una decisione che appare isolata- ha deciso nel senso della derogabilità del principio di distinzione politica-amministrazione da parte del legislatore regionale (Cons St., Sez. IV, 29 maggio 2008, n 2585), in relazione all'ordinamento dei comuni⁴.

La Corte costituzionale ribadisce anche nella sent. 390/2008 la natura costituzionale del principio di distinzione tra politica e amministrazione - sottolineandone la derivazione dal principio di imparzialità⁵. Si precisa ulteriormente l'individuazione dei criteri che delimitano la legittimità costituzionale stessa di meccanismi di *spoils system*, che, per i loro effetti, si pongono come limitazione al principio di distinzione politica-amministrazione: tali criteri rispetto ai quali si deve effettuare un'operazione di bilanciamento tra *spoils system* e distinzione politica - amministrazione si precisano e si infittiscono, rendendone sempre meno difficoltosa la tutela giurisdizionale. Ciò non significa, naturalmente, che l'applicazione del principio stesso nella prassi istituzionale sia divenuta più facile e che non sia ancora, purtroppo, attuale una recente analisi del

A. RUGGERI, Scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto, in *Dir. soc.*, 2004, p. 237 ss

³

Si v. per tutti A. ANDREANI, *Crisi e metamorfosi del potere esecutivo*, Padova, Cedam, 1999, p 112 e 117, ove ricorda, proprio in merito al principio di distinzione politica-amministrazione, che “diversi principi fondamentali possono avere tale collocazione nel sistema anche senza un'espressa sanzione di Costituzione formale. Ovvero per interpretazione evolutiva dei principi scritti”; nello stesso senso S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giorn dir. amm.*, 2002, p. 1341, criticando il sistema delle spoglie e la precarizzazione dei dirigenti pubblici italiani, ne sottolinea la portata di livello costituzionale.

⁴ Cons St. Sez. IV, 29 maggio 2008, n. 2585, in *Foro amm.*, C.d. S., 2008, p. 1431 esclude che “il principio di separazione tra funzioni politiche e questioni amministrative costituisca un principio non derogabile dalla legislazione delle regioni e delle province autonome”, in quanto “lo Stato ha oggi legislazione esclusiva soltanto in ordine a legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali dei comuni, province e città metropolitane” (art. 117 comma II, lett. p.), Cost.), “materie nelle quali con ogni evidenza non rientra l'assetto delle competenze politico-amministrative all'interno degli enti locali”. Pare essere un errato riferimento alla competenza regionale in materia di enti locali, in quanto il riferimento agli “organi di governo” sembrerebbe alludere ai principi relativi all'assetto delle competenze politico-amministrative all'interno degli enti locali, potendo considerarsi rientrante nella sfera di competenza statale. Si v. in merito al riparto di competenze in materia di disciplina degli enti locali dopo la riforma costituzionale del 2001, F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Reg.*, 2002, p. 409 ss.; si v. anche G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt.118 e 117 della Costituzione*, in *Le Reg.* 2002, p. 383 ss.; si v inoltre gli interventi al Seminario di Ferrara 30 maggio 2002 su “Le autonomie locali nella riforma costituzionale e nei nuovi statuti regionali”, in *Le Reg.* 2002, p. 935 ss.. Per un quadro della situazione precedente alla riforma costituzionale del 2001 si v. in tema G. STROZZI, *Gli enti locali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Le Reg.*, 2002, p. 1337. Ciò che stupisce dell'impostazione della decisione del Consiglio di Stato sopra indicata è la completa assenza di qualsiasi riferimento alle sentt. 103 e 104 della Corte costituzionale, certo non ignote al giudice amministrativo, che pongono il principio di separazione tra competenze politiche e competenze amministrative quale principio inderogabile alla legislazione regionale in quanto conseguenza o articolazione del principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost.

⁵

Si ricorda però che parte della dottrina giuridica e della giurisprudenza ricollegano il problema dell'efficienza e della “scelta dei migliori” anche al collegato principio del buon andamento: si v. G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, CLUA edizioni, 1993, p. 63 ss. Sul principio si v.

principio stesso effettuata, come si dice esplicitamente, procedendo come se il principio di distinzione stesso fosse effettivamente sussistente⁶.

1.2. La Corte costituzionale ha avuto occasione di esprimersi sulla rispondenza dello *spoils system* a costituzione in varie occasioni, precisando i criteri di valutazione dei diversi meccanismi di decadenza automatica dall'incarico, a prescindere dall'accertamento dei risultati conseguiti e omettendo l'osservanza del principio del giusto procedimento. Inizialmente (sent. 233/2006), la Corte aveva ammesso la legittimità di alcuni meccanismi di decadenza automatica di figure dirigenziali "apicali", individuate *intuitu personae* e nominate dagli organi di governo, argomentando dall'assunto che il *continuum* tra organi politici e organi politici, garantisce un' adeguata attuazione dell'indirizzo politico. Tale pronuncia si esponeva alla critica di indeterminatezza nell'individuazione di tali organi amministrativi "apicali", che comporta un sostanziale superamento del principio di distinzione tra politica e amministrazione⁷.

Le successive sentt. 103 e 104 del 2007 precisano la posizione della Consulta, ribadendo, tra l'altro, che il principio di distinzione tra politica e amministrazione, introdotto a partire dalle riforme amministrative degli anni novanta, deve considerarsi diretta esplicitazione dei principi di buon andamento e imparzialità (art. 97 Cost.) ed indicando criteri oggettivi per la definizione e delimitazione delle posizioni apicali per le quali può valere lo *spoils system*⁸.

per tutti A. ANDREANI, Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione, Padova, Cedam, 1979; U. ALLEGRETTI, voce Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, in Dig. Disc. Pubbl., VIII, p 131 ss.

⁶ Si v. P. FORTE, Il principio di distinzione tra politica e amministrazione, Torino, Giappichelli, 2005, p. 2, nell' introduzione allo studio sul tema, precisa che "Lo scopo del lavoro, allora, è quello di indagare sulle conseguenze del principio, tenendo per dato (o facendo finta) che esso sia sussistente, operativo, funzionante". La corrente dottrinale che considera, già in precedenza, con diffidenza la possibilità di una effettiva vigenza del principio di distinzione tra politica e amministrazione è cospicua: si rinvia per alcune indicazioni bibliografiche a S. DE GÖTZEN, Il bilanciamento tra spoils system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale, in *Le Reg.* 2007, p. 848 ss., in partic. nt 2. Si v. inoltre, sulla distinzione politica amministrazione F. MERLONI A. PIOGGIA (a cura di), Riforme organizzative e atti amministrativi, Rimini, Maggioli, 2005; G. AZZARITI, Forme e soggetti della democrazia pluralista, Torino, Giappichelli, 2000, p. 129 ss. ("Brevi note su tecnici, amministrazione e politica"); J. BERMEIO VERA, Imparzialità vs. indirizzo politico: le variabili del rapporto tra politica e amministrazione nella dinamica delle istituzioni: l'esperienza spagnola, in *Dir. amm.*, 2007, p. 15 ss.; recentemente, dal punto di vista della scienza politica, N. PASINI, Lo spoils system fa male alla democrazia? Politica e pubblica amministrazione, Torino, Giappichelli, 2007

⁷ In tal senso S. BATTINI, In morte del principio di distinzione fra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system, in *Giorn. Dir. amm.*, 2006, p. 911 ss.

⁸ F. MERLONI, Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione (commento alle sentt. 103 e 104 del 2007), in *Le Reg.*, 2007, p. 182 ss.; S. DE GÖTZEN, Il bilanciamento tra spoils system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale, in *Le Reg.* 2007, p. 848 ss. La Corte cost. ha precisato nella sent 104 del 2007 i criteri che possono escludere la legittimità dello spoils system consistono in indicatori consistenti in: a) un rapporto tra organo politico e organo burocratico non diretto ma, nel caso del direttore generale delle aziende sanitarie locali "mediato da strutture dipendenti dalla Giunta" nella specie, oltre agli uffici di diretta collaborazione, un dipartimento e, al suo interno, un a direzione generale "Tutela della salute e sistema sanitario generale", divisa in aree e dotata di un'apposita struttura di staff per il "Coordinamento interventi socio-sanitari" (sent. 104, punto 2.7 in dir.); b) la figura essenzialmente tecnica del dirigente: l'affermazione che il direttore generale delle ASL è figura essenzialmente tecnico-professionale, per il quale non sussiste l'esigenza di "preservare un rapporto diretto" con l'organo politico, non appare pacifica. Si v. ad esempio G. CILIONE, Diritto sanitario, Rimini, Maggioli, 2005, p. 194 (ulteriori indicazioni bibliografiche in S. DE GÖTZEN, Il bilanciamento tra spoils system e principio di distinzione, cit. nt 12) Si deve notare come, nella struttura della motivazione della sent. 104 non si riscontra quale dei due elementi, del carattere tecnico dell'organo da un

La sent. 161/2008 ha ribadito successivamente gli stessi principi dichiarando l'illegittimità costituzionale di un'altra fattispecie di *spoils system* automatico *ex lege* per incarichi attribuiti a soggetti estranei al "ruolo unico della dirigenza statale"⁹.

Successivamente, la sent. 351/2008 statuisce l'illegittimità di norme regionali che consentono alla Regione Lazio di scegliere, nel caso di illegittimità dichiarata di meccanismi di *spoils system*, tra il reintegro nel posto del lavoro e l'indennizzo (ciò che avrebbe neutralizzato l'effetto della precedente sentenza della Corte costituzionale nella fattispecie): la Consulta stabilisce che alla illegittimità dello *spoils system* deve far seguito, in ogni caso, il reintegro del lavoratore nella sua posizione¹⁰, configurandosi l'alternativa dell'indennizzo come uno *spoils system* a carattere oneroso, che, in quanto tale, danneggia la collettività.

2. Le questioni definite dalla sent. 390 del 2008: a) normativa che importa decadenza automatica dei sindaci delle aziende sanitarie; b) disciplina statale ritenuta dal rimettente lacunosa in materia di designazione, nomina e revoca dei collegi sindacali

La sent. 390/2008 affronta due ordini di questioni sollevate dai rimettenti, dando ad esse una diversa soluzione "processuale".

Nel primo caso la sent. 390/2008 dichiara la illegittimità costituzionale della norma regionale che importa la decadenza automatica dei componenti del collegio sindacale delle aziende sanitarie: pone in evidenza come, nel caso dei revisori dei conti delle aziende sanitarie, le esigenze di imparzialità e neutralità siano più rigorose che per i dirigenti, dato che i revisori dei conti svolgono funzioni "neutrali" o essenzialmente tecniche attinenti al controllo della legge e della regolare tenuta della contabilità. La *ratio* sottesa a tale presa di posizione appare evidente: mentre nel caso del dirigente amministrativo si pone il problema di determinare se la sua rimozione anticipata da *spoils system* trovi una "ragionevole" spiegazione, derivante dalla necessità di attuare in modo efficace l'indirizzo politico; nel caso, invece, dei componenti del collegio sindacale delle aziende sanitarie, l'applicazione dello *spoils system* avrebbe la paradossale conseguenza che l'ente regionale, organo di indirizzo politico della azienda sanitaria locale, potrebbe scegliere quali debbano essere i controllori dell'amministrazione e della gestione, potendo, anche solamente una tantum, sostituirli senza una adeguata giustificazione.

lato e della mancanza di un rapporto istituzionale diretto con l'organo politico dall'altro, sia prevalente. Nella fattispecie oggetto della sent. 390/2008 che si commenta il criterio impiegato per escludere la legittimità del meccanismo di decadenza automatico *ex lege* pare quello del carattere tecnico e logicamente neutrale della funzione dell'organo di controllo (che esclude la valutazione dell'eventuale rapporto istituzionale con l'indirizzo dell'organo politico).

Sulla sent. 104 si v., con approfondimento di un altro profilo della decisione F. CASTIELLO, Il principio del giusto procedimento dalla sentenza n. 13 del 1962 alla sentenza n. 104 del 2007 della Corte costituzionale, in Foro amm. CdS, 2008, p. 269 ss.; G. MANFREDI, Giusto procedimento e interpretazione della Costituzione, in Foro amm. T.A.R., 2007, p. 2707 ss.

⁹

Tale fattispecie era stata introdotta dall'art. 2 comma 161 d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, "Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria", conv. con modif. dall'art. 1 co. 1 l. 24 novembre 2006, n. 286. Il caso riguardava un dirigente viceprefetto aggiunto, cui è stato revocato anticipatamente l'incarico di direttore della Direzione generale per i servizi di comunicazione del Ministero delle comunicazioni, ottenuto per la durata di cinque anni. La Corte cost. richiamando il precedente della sent. 103/2007 ha dichiarato l'illegittimità della norma impugnata. Si v. sulla sent. 161/2008 C. CRUCIANI, Incarichi dirigenziali: garantito il principio di continuità dell'azione amministrativa, in *Altalex* n. 2340 del 9.12. 2008

¹⁰

Si v. in merito il commento di F. CORTESE, Spoils system e illegittima rimozione di dirigenti pubblici: la Corte costituzionale afferma l'inderogabilità della reintegrazione nel posto di lavoro, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, in corso di pubblicazione in *Le Reg.*

Nell'altro caso, decide per l'inammissibilità della questione sulla presunta mancanza nella legge statale di una precisa definizione del procedimento in materia di designazione, nomina e revoca dei componenti dei collegi sindacali ¹¹, ponendo un importante indirizzo (in forma riconducibile all'*obiter dictum*). In questo caso la Corte ribadisce la sottoposizione al giudice amministrativo dell'esercizio del potere di designazione di revoca dei componenti del collegio sindacale, pur in presenza di normativa denunziata come "lacunosa", dato che essa viene comunque "integrata" dalle disposizioni generalmente vigenti in tema di azione amministrativa.

3. (Segue) La decadenza automatica dei titolari dell'organo di controllo della regolarità amministrativa e contabile dell'azienda sanitaria locale. La rilevanza della funzione di controllo amministrativo e contabile nelle aziende sanitarie.

3.1. La sent. 390/2008 ripercorre la vicenda normativa che ha portato alla nuova disciplina impugnata sul meccanismo di decadenza automatica "*una tantum*" dei membri del collegio dei revisori, organo di controllo della regolarità amministrativa e contabile dell'azienda sanitaria locale. La Corte richiama i precedenti delle sentenze 103 e 104 del 2007, ribadendo che: a) anche nei confronti dei dirigenti, che debbono attuare l'indirizzo politico, si deve evitare che "la dipendenza funzionale [...] si trasformi in dipendenza politica" (sent. 104); b) che nei confronti dei componenti degli organi di controllo interno, per la particolarità della funzione, connotata dalla neutralità e dall'indipendenza – viste come declinazioni della imparzialità - non sono "ravvisabili quelle particolari esigenze di <<coesione>> con l'organo politico", che possono giustificare un "rapporto fondato sull'*intuitus personae*" (sent. 233/2006 ¹²).

I componenti degli organi di controllo delle aziende sanitarie locali si caratterizzano, rispetto ai dirigenti amministrativi, per il loro status che deve essere caratterizzato dalla indipendenza rispetto al potere politico, intesa come "neutralità", che garantisce, unitamente alla professionalità, la capacità di esercitare il controllo in condizioni di imparzialità. Il controllo svolto dagli organi interni delle ASL – collegio sindacale - è volto alla vigilanza sull'osservanza della legge e sulla verifica dell'amministrazione sotto il profilo economico e all'accertamento della regolare tenuta della contabilità¹³. La valutazione su tali aspetti può essere compiuta solo da tecnici di alta specializzazione e risulta concettualmente inconciliabile con aspetti di politicità. L'estrazione tecnica e l'indipendenza dei componenti sono indispensabili perché il collegio sindacale assolva il ruolo di controllo che gli è proprio¹⁴.

¹¹

La decisione in relazione ai ricorrenti nel giudizio principale (per i quali, data la dichiarazione di illegittimità delle norme, viene meno l'effetto di cessazione della carica) è di irrilevanza.

¹²

Si v. per tutti sulla sent. 233/2006 F. MERLONI, Primi incerti tentativi di arginare lo spoils system nelle Regioni, in *Le Reg.*, 2007, p. 137 ss.

¹³ Sul collegio sindacale delle aziende sanitarie locali G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Rimini, Maggioli, 2003, p. 179; E. JORIO, *Diritto sanitario*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 173 ss

¹⁴ Il problema della obiettività e neutralità, che richiede indipendenza dell'organo era dibattuto anche in merito alla composizione della commissione di controllo sugli atti amministrativi della Regione prevista dall'art. 125 Cost. Per un panorama dell'ampio dibattito dottrinale, di interesse attuale anche se riferito ad un assetto istituzionale precedente, v. per tutti P. GIOCOLI NACCI, *La commissione di controllo sull'amministrazione regionale: in attuazione costituzionale e prospettive di riforma*, in P. GIOCOLI NACCI R. LASCHENA A. LOIODICE G. MEALE A.M. SANDULLI G. SANTANIELLO, *Giustizia amministrativa e attuazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1985, p. 51 ss. in partic. p. 60 ss.

La norma viene dichiarata incostituzionale sulla base di una valutazione di ragionevolezza¹⁵: essa pone una regolamentazione transitoria dichiaratamente finalizzata alla “prima attuazione” della nuova disciplina regionale, che, peraltro, si uniforma alle modifiche che la legislazione statale aveva introdotto nel 1999¹⁶. La sent. 390 rileva come, da un lato, la legge reg. Lazio 4/2006, art. 133 non incide in maniera significativa (pone “modifiche ... complessivamente marginali”) sul ruolo del collegio e sull’assetto organizzativo dell’azienda sanitaria; d’altro lato, sottolinea come la disciplina di riforma statale del 1999 aveva trovato, in fatto, precedente applicazione nella Regione Lazio, per ciò che concerne durata in carica e numero dei revisori. Tale ultima circostanza non appare strana, in quanto la designazione dei membri del collegio sindacale va fatta congiuntamente da Regione e Stato - Ministero della salute – e tale adeguamento della Regione Lazio alla disciplina statale, pur in assenza di una propria legge aggiornata, più che diretta applicazione di norme statali di principio sembrerebbe da ricondursi ad una procedura concertativa riconducibile all’applicazione del principio di leale cooperazione.

3.2. L’attuale situazione istituzionale italiana in materia di assistenza sanitaria rende questa decisione ancora più significativa. E’ rilievo diffuso che i sistemi sanitari sono in crisi in tutto il mondo¹⁷ e che i punti critici vadano individuati fondamentalmente nelle due questioni del finanziamento e delle inefficienze dei servizi sanitari: esse implicano il problema del mantenimento di un efficace sistema di Stato sociale e, quindi, del rispetto del principio di eguaglianza sostanziale tra i cittadini, a fronte di diseconomie e di problemi organizzativi, che mettono in forse il livello della generalizzata garanzia del diritto alla salute¹⁸, nella differenziazione fra i diversi servizi sanitari regionali, derivante anche dalla riforma costituzionale del 2001¹⁹.

¹⁵ Tali presupposti giustificano la dichiarazione di illegittimità della norma, alla stregua di una valutazione di ragionevolezza, per cui la disposizione legislativa transitoria che pone la decadenza automatica dei componenti degli organi di controllo interno delle aziende sanitarie non essendo “giustificata dall’esigenza di garantire l’applicazione di una nuova disciplina regionale relativa a tali organi” si pone in contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost., date le “rilevanti esigenze di tutela della neutralità e indipendenza nell’esercizio della funzione” (sent. 390/2008, punto 6.5. in dir.). Sulle caratteristiche del principio di ragionevolezza e sulle connessioni col principio di eguaglianza si v. per tutti R. TOSI, Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, in *Giur. cost.*, 1993, p. 545 ss.; L. PALADIN, voce Ragionevolezza (principio di), in *Enc. dir.*, I Agg, p. 899 ss.; P.M. VIPIANA, Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico, Padova, Cedam, 1993; A. RICCI, Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato, Padova, Cedam, 2007

¹⁶ G. CILIONE, *Diritto sanitario*, cit. p. 344, ove un inquadramento delle razionalizzazioni attuate con il d.lgs. 229/1999.

¹⁷ Si v. in tal senso V. MAPELLI, *Il sistema sanitario italiano*, Bologna, Il Mulino, 1999, in partic. p. 146 ss., per una analisi dei diversi indirizzi di riforma dei sistemi, a fronte della ben nota crisi dei finanziamenti e delle inefficienze nella produzione dei servizi sanitari.

¹⁸ Si v. sul punto per tutti R. FERRARA, *L’ordinamento della sanità*, Torino, Giappichelli, 2007, in partic. p. 188 ss., ove rileva anche in relazione alla materia sanitaria il problema del ridimensionamento dello Stato sociale di diritto; E. JORIO, *Diritto sanitario*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 187 in merito al finanziamento della salute ed al federalismo sanitario.

¹⁹

A. POGGI, *Diritti sociali e differenziazioni territoriali*, in R. BALDUZZI (a cura di), *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenza di sistema*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 599 ss. Il volume traccia un vivido affresco della situazione del servizio sanitario nelle diverse Regioni italiane, a cura di vari AA., il cui discorso è introdotto da R. BALDUZZI, *Quanti sono i sistemi sanitari italiani? Un’introduzione*, p. 9 ss. e in partic. p. 14: “Misurare lo stato dei Servizi sanitari regionali dopo tre anni di applicazione della l. cost. 24 ottobre 2001, n. 3 e dunque testare il grado di coesione dei diversi <<modelli>> regionali [...] diventa allora un’operazione importante per valutare l’attuazione complessiva della revisione costituzionale del 2001”; si v. da ultimo i contributi in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, corti e salute*, Padova, Cedam, 2007.

In tale prospettiva istituzionale il corretto funzionamento degli organi di controllo interno delle aziende sanitarie locali ²⁰, che implica l'effettiva imparzialità, neutralità ed indipendenza – requisiti evidenziati dalla sent. 390 - risulta di fondamentale importanza, anche al fine di valutare nel loro complesso le prestazioni sanitarie fornite dai diversi servizi sanitari regionali, la cui comparazione appare necessaria nella prospettiva del rispetto della "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" (art. 117 comma 2 lett m) ²¹. Un'importanza ancora maggiore avrà un'azione indipendente e neutrale svolta (anche) dagli organi di controllo interno delle aziende sanitarie sull'attività amministrativa e sulla contabilità nella prospettiva dell'annunziato federalismo fiscale²².

Le considerazioni fatte dalla Corte nel caso sembrano però avere portata più ampia: la decisione, infatti, menziona esplicitamente il precedente della sent. 288/2008 Corte cost., che, nell'occasione di riforma organizzativa di un consorzio per lo sviluppo industriale, non censura la norma impugnata ove essa esclude la decadenza del collegio dei revisori, a differenza di altri organi, considerando la particolare posizione dell'organo di controllo interno. Tale richiamo fa ritenere ad una implicita indicazione della Corte che i principi elaborati con specifico riguardo agli organi di controllo interno delle aziende sanitarie locali possano essere evocati ovunque si tratti di giudicare dello status di titolari di organi di controllo interno e non ²³.

4. (Segue) Il Consiglio di Stato (ord. n. 4554/2006), riformando la decisione del TAR Lazio esclude dall'applicazione dello *spoils system* il direttore scientifico di IRCCS. Ancora l'indicatore della "tecnicità" dell'organo esclude la legittimità di meccanismi di decadenza automatica.

L'orientamento della giurisprudenza amministrativa sul tema sembra essere consonante a quello della Corte costituzionale; per delineare i confini dello *spoils system* vengono impiegati criteri di sindacato simili a quelli impiegati nella sentenza 390/2008 che si commenta. L'ord. n. 4554/2006 del Consiglio di Stato ha escluso l'applicabilità del meccanismo dello *spoils system* al direttore scientifico di un IRCCS ²⁴. La vicenda, che ha

²⁰

Sui controlli si v. in generale D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2007 (4 ed.) p. 199 ss., in partic. p. 202 ss sui controlli interni; C. CHIAPPINELLI, *La salute tra controllo e giudizio contabile*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, corti e salute*, Padova, Cedam, 2007, p. 67 ss.; sui controlli interni in prospettiva giuridica si v. C. DE BENETTI, *Il controllo di gestione nella procedimentalizzazione della funzione amministrativa. I controlli interni negli enti locali*, Padova, Cedam, 2001; V. OTTAVIANO, *Note in tema di crisi dei controlli di legittimità e controlli sulle Università*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, III, Modena, Mucchi, 1996, p. 1201 ss.; in merito ai contributi in chiave economica e contabile, sul controllo interno nelle organizzazioni sanitarie, nel modello aziendale di gestione, specificamente, G. DAMMACO, *L'evoluzione del servizio sanitario in Italia e l'applicazione del controllo di gestione in una realtà locale*, Bari, Cacucci, 2007; F. M. SPANO, *L'organizzazione e la gestione dei processi di governo, tecnostrutturali e di supporto delle aziende sanitarie pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2004, in partic. p. 80 ss.; p.188 in tema di *internal auditing* e di revisione aziendale; A. TUROLLA, *La determinazione e il controllo dei costi nelle organizzazioni ospedaliere*, Milano, Giuffrè, 1997.

²¹ Sul diritto alla salute come diritto fondamentale e come diritto sociale, per tutti R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, Giappichelli, 2007, in partic. p. 53 ss.; F. MODUGNO, *I <<nuovi diritti>> nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, in partic. p. 40 ss. sul diritto alla salute.

²² Una ricognizione degli sviluppi recenti della riforma sul federalismo fiscale in G. FALCON, *Che cosa attendersi, e che cosa non attendersi, dal federalismo fiscale*, in *Le Reg.* (editoriale), 2008, p. 765 ss.

²³ P. GIOCOLI NACCI, *La commissione di controllo sull'amministrazione regionale*, cit. supra

avuto un rilievo anche politico e mediatico ²⁵ concerne la sospensione della revoca, anticipata rispetto alla naturale conclusione dell'incarico, del direttore scientifico dell'Istituto Regina Elena di Roma, peraltro sostituito con altra persona di elevata ed indiscussa professionalità, dal ministro dell'epoca. La pronuncia del Tar del Lazio 13 luglio 2006, che aveva ritenuto applicabile alla fattispecie l'istituto dello *spoils system* disciplinato dalla legge 145/2002, viene ribaltata in appello, in quanto il Consiglio di Stato ritiene che il ruolo del direttore scientifico di IRCCS - che "è figura preposta alla promozione ed al coordinamento dell'attività scientifica e non dell'attuazione dell'indirizzo politico" sia inconciliabile con lo *spoils system*. La tecnicità e neutralità politica dell'incarico del direttore scientifico dell'IRCCS limita, quindi, l'ambito dello *spoils system*. L'ordinanza n. 4554 cit. del Consiglio di Stato ricava, anche, le conseguenze amministrative sostanziali dell'annullamento della revoca dell'incarico del direttore scientifico: essa "riverbera i suoi effetti sull'atto consequenziale", paralizzando la nomina di un altro direttore scientifico; essa ha provocato anche un "seguito normativo", dato che il Ministro propose uno schema di dpr per limitare la discrezionalità del ministro nella nomina dei direttori scientifici. Sembra, tuttavia, che tale esercizio del potere regolamentare del ministro non abbia costituito una risposta coerente con la questione affrontata dal Consiglio di Stato nella fattispecie, che riguardava non già la nomina ed i criteri relativi, ma la "ragionevolezza" di un meccanismo di revoca automatica. La sent. 390/2008 della Corte e l'ord. 4554/2006 del Consiglio di Stato sembrano applicare un criterio analogo - la "tecnicità" della funzione, che deve implicare estraneità all'indirizzo politico del titolare dell'organo che, quindi, non può essere soggetto a *spoils system*.

5. Il preteso carattere lacunoso della disciplina statale sulla designazione e sulle garanzie di status dei membri dei collegi sindacali non ne causa la illegittimità costituzionale: il potere non deve essere esercitato arbitrariamente, ma sottoposto alle "regole generali sull'azione amministrativa" e l'atto di esercizio di esso è giustiziabile.

5.1. Il secondo ordine di questioni sottoposto alla Corte - inerente alla supposta lacunosa disciplina sulle modalità di designazione, nomina e revoca dei componenti dei collegi sindacali - viene ritenuto non ammissibile. La Corte rileva che dal carattere "lacunoso" della disciplina statale in merito non deriva un "potere arbitrario di revoca dall'incarico", "esercitabile *ad libitum*", "anche al di fuori dei casi di cessazione dalla carica espressamente previsti dalla legge".

Tali poteri "restano comunque sottoposti alle regole generali sull'azione amministrativa" ed il parametro normativo per il sindacato da parte del giudice amministrativo esiste anche se la norma attributiva del potere non è esaustiva nel definire le garanzie, dato che esse sono rinvenibili nella normativa sul procedimento e l'azione amministrativa posti dalla legge 241/1990 e succ. modif. ²⁶. In altri termini, il potere amministrativo deve essere

²⁴ Sulla disciplina degli IRCCS è intervenuta la sent. 270/2005 della Corte cost. Su di essa si v. S. FOA', Le fondazioni -IRCCS di diritto pubblico tra salvaguardia delle competenze regionali e rispetto dell'autonomia fondazionale. La fondazione strumentale all'ente pubblico fondatore, in Foro amm. C.d.S., 2005, p. 3196 ss.; sugli IRCCS si v poi per tutti M. OCCHIENA, Le fondazioni istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, in S. RAIMONDI R. URSI (a cura di), Fondazioni e attività amministrativa (Atti del Convegno - Palermo, 13 maggio 2005), Torino, Giappichelli, 2006, p. 148 ss.

²⁵ V. M. PERRONE, Gli IRCCS senza spoil system, Il Sole- 24 Ore, 14 settembre 2006

²⁶ Per un commento alla legge 241/1990 dopo le modifiche ed integrazioni del 2005 V. CERULLI IRELLI (a cura di), La disciplina generale sull'azione amministrativa, Napoli, Jovene, 2006; ID. (a cura di), Il

esercitato in modo “non arbitrario”, nel rispetto delle regole sull’azione amministrativa, che forniscono, comunque, un parametro al giudice amministrativo, integrando anche la normativa specifica.

La statuizione posta dalla sent. 390/2008 - facendo riferimento ai “principi generali dell’azione amministrativa” che costituiscono un altro ambito “sismico” dopo la riforma costituzionale del 2001²⁷ - pone un’ importante e generalmente condivisa indicazione: da un lato, le norme sostanziali statali di principio sull’azione amministrativa (sulla cui estensione “soggettiva” rispetto alle Regioni si è confrontata la dottrina amministrativistica italiana in relazione alle norme poste con la legge sul procedimento amministrativo²⁸) integrano le norme specifiche attributive del potere nella fattispecie. Si tratta, da un lato, dell’applicazione di un principio generalmente accolto nel nostro ordinamento che impone all’interprete di ricomporre il frammentato “discorso legislativo” ricorrendo all’interpretazione sistematica²⁹.

5. 2. Questa indicazione della sent. 390/2008 richiama, d’altra parte, il rispetto del principio del giusto procedimento³⁰, e conferma i precedenti propri (sent. 104 del 2007)

procedimento amministrativo, Napoli, Jovene, 2007 (con contributi sulla disciplina francese e quella italiana)

²⁷ Si rinvia per tutti a D. SORACE, La disciplina generale dell’azione amministrativa dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Prime considerazioni, in *Le Reg.* 2002, p. 757 ss.

²⁸

Si v. problematicamente nella manualistica per tutti E. CASSETTA, Manuale di diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 2008, p. 387, in merito all’ambito di applicazione della legge 241/1990 sul procedimento amministrativo, che rileva che la riforma costituzionale del 2001 apre la via ad uno sviluppo della disciplina regionale del procedimento; nella letteratura si v. ad esempio D. SORACE, La disciplina generale dell’azione amministrativa dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Prime considerazioni, cit.; G. BERGONZINI, Legge dello Stato sull’azione amministrativa e potestà legislativa regionale, in *Dir. amm.* 2006, p. 23 ss.; P. LAZARA, La disciplina del procedimento amministrativo nel riparto delle competenze Stato-Regione, in *Dir. amm.*, 2007, p. 105 ss.

²⁹

Sulla necessità per il giudice di procedere ad una integrazione (autointegrazione) delle norme di legge si v. V. FROSINI, Riflessioni sul lavoro dell’interprete nel diritto amministrativo e tributario, in *Dir. soc.*, 1993, p. 175 ss. in partic. p. 183 s: “il giurista interprete [...] chiamato ad applicare la legge, deve prendere in considerazione ed in esame *le parole della legge*” ma anche “il silenzio della legge, ciò che le leggi non dicono espressamente o precisamente per il caso in questione, in quanto il discorso legislativo è frantumato e deve essere ricomposto nella sua continuità e coerenza, collegando fra loro norme che appaiono distanziate l’una dall’altra nel tempo in cui sono state emanate e nello spazio tipografico dei codici o delle raccolte di leggi”.

³⁰Il caso della legge generale sul procedimento amministrativo (l. 241/1990 e succ. modif.), che pone espressamente norme di principio che vanno ad integrare quelle poste dalle singole norme attributive di un potere amministrativo, che di solito dettano una sintetica indicazione del procedimento specifico, appare peculiare rispetto al generale lavoro di interpretazione sistematica, perché in tal caso è il legislatore che pone i principi sul procedimento e l’azione amministrativa, in funzione espressa di integrazione delle normative di settore.

Sulle funzioni della codificazione del procedimento amministrativo (sintetizzate nella strutturazione della discrezionalità amministrativa, con sottrazione alla decisione politica; nella limitazione del potere dei giudici; nella limitazione della discrezionalità delle autorità regionali e locali) si v. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2003, p. 323 ss.

Sui problemi di sistemazione concettuale dell’interpretazione sistematica si v. per tutti G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu Messineo, Milano, Giuffrè, 1980, in partic. p. 375 ss.; V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2002; M.M. FRACANZANI, *Analoga e interpretazione estensiva nell’ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 2003.

Sul principio del giusto procedimento si v. G. SALA, *Il principio del giusto procedimento nell’ordinamento regionale*, Milano, Giuffrè, 1985 che pone al centro dell’indagine la verifica dell’incidenza dei criteri di imparzialità e buon andamento nella disciplina dell’azione amministrativa (p. 3). Si v. anche U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, Cedam, p. 147 ss.

che qualificano tale principio come regola di livello costituzionale, corollario del principio di imparzialità, superando la precedente concezione seguita dalla giurisprudenza costituzionale che lo collocava fra i principi generali dell'ordinamento e non fra quelli di ordine costituzionale³¹. Già nella sent. 104 cit della Corte il giusto procedimento risulta uno dei principi che debbono essere rispettati nell'attuazione delle previsioni normative di *spoils system* (o, forse meglio, di decadenza anticipata)³².

Se il meccanismo di sostituzione di funzionari, tecnici, nel caso di specie, non rispetta il principio del giusto procedimento, implicando la decadenza automatica al verificarsi di un mutamento nell'assetto politico dell'ente che ha proceduto alla nomina, non rileva che esso non sia dettagliatamente normato: si pone, comunque, in violazione del principio di imparzialità (e del buon andamento dell'azione amministrativa, che vuole, anche nell'interesse dei cittadini, un adeguata continuità nell'azione amministrativa^{*33}). In tal caso il richiamo al principio del giusto procedimento non è, tanto, alla posizione soggettiva del titolare dell'organo di controllo, ma all'interesse collettivo/generale: solo mediamente, pare, si considera l'interesse del titolare dell'organo³⁴.

31

Colloca il principio del giusto procedimento fra i principi generali dell'ordinamento Corte cost. 13/1962; un mutamento in tale orientamento – nel senso che il principio del giusto procedimento possa eventualmente godere di copertura costituzionale, in particolare in relazione ai procedimenti comportanti vincoli o limiti per i privati, in applicazione dell'art. 42 comma 3 Cost. - si verifica con la sent. 143/1989; su cui E. PALICI DI SUNI, Inerzia della Pubblica Amministrazione e giusto procedimento, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 13 ss. L' A. pare ritenere plausibile ricollegare il principio del giusto procedimento alla clausola costituzionale espressa del buon andamento, che consentirebbe di richiamare alcuni elementi della legge 241/1990. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 321 rileva che secondo il giudice costituzionale, secondo l'impostazione della sent. 13/1962, il principio del giusto procedimento si ritrae dalla legislazione ordinaria, applicandosi ad alcuni procedimenti: esso infatti implica che - quando il legislatore ordinario apporta limitazioni ai diritti dei cittadini, predisponendo un apposito procedimento amministrativo, nel quale tali limiti vengono concretamente imposti - “dopo gli opportuni accertamenti e dopo aver messo i privati interessati in condizione di esporre le loro ragioni, sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico” (op. cit. p. 321). La svolta nell'individuazione del fondamento del principio del giusto procedimento nell'ordinamento italiano si ha con le sent. 104 del 2007, che ricollega il principio del giusto procedimento alla clausola espressa di imparzialità. Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul giusto procedimento si v. F. CASTIELLO, Il principio del giusto procedimento dalla sentenza n. 13 del 1962 alla sentenza n. 104 del 2007 della Corte costituzionale, cit. supra; G. MANFREDI, Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione, cit. supra, che indica una serie di decisioni che possono essere lette nel senso della collocazione costituzionale del principio; G. DELLA CANANEA, Il diritto ad essere sentiti e la partecipazione, in V. CERULLI IRELLI, Il procedimento amministrativo, cit., p. 79 ss., in partic. p. 105, il quale ritiene che, al fine di rafforzare le garanzie procedurali, “anche il principio del giusto procedimento deve entrare a far parte della Costituzione formale”.

32

Si v. sentt. Corte cost. 103 e 104 del 2007 cit.

33

*33 Si fa riferimento alla sent. 104/2007 Corte cost.,; su questo aspetto S. DE GÖTZEN, Il bilanciamento tra *spoils system* e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale, cit. p. 855 S.

34

In tal senso, in relazione alla sent. 351/2008 F. CORTESE, *Spoils system* e illegittima rimozione di dirigenti pubblici, cit., osserva condivisibilmente che la posizione della Corte secondo cui “il pregiudizio arrecato all'imparzialità e al buon andamento dell'amministrazione non può dirsi eliminato in assenza di una reintegrazione del dirigente illegittimamente rimosso nel suo posto di lavoro” “si giustifica proprio nel senso di tutelarne *l'intrinseca funzione organizzativa* del rapporto di ufficio, che in caso contrario ...comporterebbe un'esposizione della stessa P.A. ...all'arbitrio dell'organo politico”. Resterebbe così ferma la specialità del lavoro pubblico, con la considerazione delle esigenze pubblicistiche di operato imparziale ed efficiente, pur a fronte del processo di privatizzazione del lavoro pubblico. Sul lavoro pubblico dopo la privatizzazione e la dirigenza si v. per tutti M. CLARICH D. IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, Maggioli, 2000 (3 ed.); da ultimo M. P. CHITI R. URSI (a cura di), *la dirigenza pubblica: analisi e prospettive* (Atti del Convegno – Palermo, 1-2- dicembre 2006), Torino, Giappichelli, 2007; M. ESPOSITO, *Mansioni e professionalità nel pubblico impiego tra efficienza organizzativa e diligenza del prestatore di lavoro*, Napoli,

Il richiamo ai poteri che “restano comunque sottoposti alle regole generali dell’azione amministrativa” (sent 390, punto 7 in dir.) sembra un ribadire il principio di legalità³⁵ a fronte dei poteri discrezionali dell’amministrazione, esercitati anche con la determinazione di indirizzi o la posizione di atti organizzativi da parte del corpo politico-amministrativo. Sembra un richiamo forte alla sottoposizione al sindacato giurisdizionale, da una parte, degli atti di indirizzo politico-amministrativo e, d’altra parte, degli atti organizzatori che consistono anche nella designazione del personale amministrativo e tecnico delle amministrazioni. La norma lacunosa sulla designazione e sulle garanzie di *status* dei componenti dei collegi sindacali - compresi i casi e le modalità di revoca dall’incarico - non richiede il ricorso alla giustizia costituzionale, ma si impone il ricorso al giudice amministrativo, che potrà giudicare, anche sulla base di norme “asseritamente lacunose” del rispetto dei principi della discrezionalità amministrativa³⁶.

5.2. L’affermazione della diretta giustiziabilità avanti al giudice amministrativo anche in presenza di normativa inerente alla revoca dell’incarico non dettagliata³⁷, sembra adombrare una indicazione più generale sul ruolo rispettivo del giudice e della Corte costituzionale.

Da un lato, l’indicazione della Corte – della necessità che il giudice amministrativo applichi nelle fattispecie concrete nei diversi settori in cui l’amministrazione deve intervenire i

Jovene, 2007; D. BOLOGNINO, *La dirigenza pubblica statale tra autonomia e responsabilità*, Padova, Cedam, 2007; A. TROISI, *Dirigenza regionale e dirigenza locale: il riparto di potestà normativa*, in *Le Reg.*, 2008, p. 335 ss.; M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Milano, Giuffrè, 2008

³⁵

Si rinvia alle conclusioni dell’indagine di S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, in partic. p. 284 ss. “L’esistenza di potestà amministrative estremamente late e [...] talora perfino illimitate [...] viene oggi compensata dalla proceduralizzazione dell’attività amministrativa e dalla diffusione del c.d. <<giusto procedimento>>”. L’A. rileva, da un lato, che “i più recenti sviluppi legislativi in Italia, culminati con la legge n. 241 del 1990, costituiscono la più valida risposta all’esigenza di estendere l’applicazione del principio di legalità”; e, d’altro lato, che, “l’esigenza di ridurre i limiti esterni ed interni al potere discrezionale” implicano che amministrazioni e giudice amministrativo debbano elaborare “di volta in volta, ed anche per i casi a venire, i criteri, i parametri e gli *standard* volti ad adempiere pienamente e satisfattivamente a tale esigenza”. Ciò avviene “attraverso l’utilizzazione di quei <<principi generali dell’ordinamento>> che, in definitiva, ben possono assumere anch’essi valore obiettivo e possono contribuire a *supplire* all’inesistenza di una particolare disciplina legislativa riguardo alla determinazione di ogni singola scelta” (tali principi, per l’A., fanno comune riferimento all’equità).

³⁶

Sulla discrezionalità amministrativa v. nella manualistica, l’articolata esposizione di D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2007 (4 ed.), p. 263 ss.; D. J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1999 (ma *Discretionary Powers*, Oxford University Press, 1986), con prefazione di D. Sorace; AA.VV. *La discrezionalità amministrativa: profili comparati* (Atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995), Milano, Giuffrè, 1997, con specifico riguardo al problema del sindacato giurisdizionale; si v. poi, specificamente sul problema su cui si pronunzia la sent. 390/2008, S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 1993 (richiamato supra).

³⁷

La preoccupazione del giudice costituzionale sembra essere nel senso rilevato da R. BIN, *Divagazioni sul ruolo del giudice (e della Corte costituzionale)*, a proposito di due sentenze di Carlo Mezzanotte, in *Le Reg.*, 2008, p. 801 ss, ove riporta, in senso condivisibilmente critico, una parte di un intervento del sen. Cossiga sul <<caso Englaro>>. Dubbi suscitano le affermazioni, tratte dal resoconto stenografico della seduta n. 055 dell’1/08/2008, che, peraltro, riporto dall’articolo di Bin citato: “Si è detto che si tratta di denegata giustizia: ebbene, si denega la giustizia quando vi sia una norma dell’ordinamento che viene evocata. Ma qui non c’è nessuna norma, perché – come dice il diritto romano, che è molto inferiore al diritto dei giorni nostri, quasi inesistente – *ubi lex voluit dixit, ubi non voluit non dixit*”. Rileva Bin che tale impostazione del problema “apre uno squarcio preoccupante sulla <<percezione>> parlamentare del ruolo dei giudici che non ha mai risparmiato la stessa Corte costituzionale”.

principi generali sull'azione amministrativa codificati nella legge 241 del 1990 – mostra come non si scorga, nella fattispecie considerata, alcuna lacuna normativa, dato che tutte le fattispecie normative che prevedono l'esercizio di un particolare potere amministrativo vengono integrate dalla disciplina generale sull'azione amministrativa che si ritrae dalla legge sul procedimento amministrativo³⁸.

D'altro lato, si deve ricordare il principio, che pare incontestato, secondo il quale, anche in mancanza di una norma specifica, il giudice non può rifiutarsi di decidere: anche in presenza di una "lacuna legislativa" il giudice sarebbe, comunque, obbligato a decidere la controversia a lui sottoposta³⁹.

La presa di posizione della Corte costituzionale non contrasta con la richiesta che essa spesso rivolge al legislatore, nelle sentenze o in appelli affidati al Presidente della Consulta, che siano operate "chiare scelte legislative" su aspetti della vita civile o individuale che richiedono che l'equilibrio tra gli interessi/valori in gioco sia chiaramente indicato dalla legge del Parlamento, a fronte del proliferare di nuovi diritti dovuti alle conquiste della scienza e della tecnica. Le "sentenze ottative" e le "catene" di pronunzie ottative, che sollecitano reiteratamente l'intervento del legislatore sul medesimo tema⁴⁰ (si pensa alla lunga vicenda giurisprudenziale della privatizzazione delle IPAB⁴¹) rispondono ad un atteggiamento di *self – restraint* da parte della Corte, con una valorizzazione del ruolo del Parlamento.

6. Osservazioni conclusive.

6.1. Varie pronunzie della Corte hanno individuato progressivamente, con sempre maggior incisività, i criteri che fanno sì che le *modalità della revoca da spoils system* non si traducano in una prevaricazione arbitraria sulla dirigenza; e in quest'ambito valgono le indicazioni di una nota dottrina, che, individuando la differenza tra "revocabilità" e "precarietà" dell'impiego, nota, condivisibilmente, che "la precarietà non consente una difesa giudiziaria, non permette di controllare l'atto che pone un termine alla carica, perché l'atto non c'è", mentre "la revocabilità comporta la cessazione con provvedimento motivato ed impugnabile"⁴².

6.2. La sent. 390 cit. pone un'importante statuizione, che sembrano andare oltre l'esigenza di evitare la prevaricazione della politica sulla dirigenza amministrativa. Essa statuisce che "nei confronti dei titolari di organi con funzioni di controllo, sussistono esigenze di neutralità e di imparzialità perfino più marcate di quelle che hanno indotto questa Corte a dichiarare la illegittimità di meccanismi di decadenza automatica riferiti ad incarichi di funzioni dirigenziali" (par. 6.4.1. in dir.).

³⁸

Sulle lacune dell'ordinamento giuridico R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, cit., p. 19 ss; 157 ss.

³⁹

Per tutti si v sul punto G. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, cit., p. 157 ss., in partic. p. 159 ss.

⁴⁰

Si v. per tutti L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze indirizzo e attività legislativa*, Padova, Cedam, 1987, ove propone anche una classificazione delle sentenze della Corte, in base alla "vincolatività" dei moniti e delle "catene monitorie".

⁴¹

Per una rapida ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sulle IPAB v. S. DE GÖTZEN, *La legislazione regionale sulle IPAB dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Reg.* 2008, p. 277 ss., in partic. 284 ss.

⁴²

S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione. Il principio del merito e la stabilità degli impiegati*, Lezioni magistrali - Università Suor Orsola Benicasa, Editoriale Scientifica, 2007, in partic. p. 33 e 34.

Possono essere invocate nei confronti degli organi di controllo interno di enti pubblici le medesime ragioni che hanno ispirato l'introduzione nell'ordinamento italiano delle autorità amministrative indipendenti, accomunate agli organi di controllo interno amministrativo e contabile proprio da quella "neutralità" che sembra connotare le Autorità Amministrative Indipendenti. La "neutralità" è incompatibile con meccanismi di decadenza automatica al cambiare dell'organo di direzione politica dell'amministrazione: semplicemente perché l'attività dell'organo di controllo di per sé stessa è (deve essere) indifferente all'indirizzo politico.

Si tracciano *i confini oltre i quali l'istituto dello spoils system non è concepibile logicamente*: sulla base del principio che non appare "ragionevole" che il prevalere di una parte politica diversa da quella che li aveva nominati abbia come conseguenza automatica la revoca degli organi di controllo interni, perché essi sono estranei all'attuazione dell'indirizzo politico.

La sent. 390 applica i principi già indicati nelle sentt. 103 e 104 del 2007, che ricollegano la "ragionevolezza" della previsione di decadenza automatica ad esigenze legate all'attuazione dell'indirizzo politico - definite mediante l'individuazione di criteri di carattere oggettivo⁴³- dato che, per definizione, l'organo di controllo interno né è estraneo. Nel caso deciso si andrebbe oltre l'interrogativo *quis custodiet custodes*, per risolverlo nel senso che essi sono controllati dal controllato. Non appare "ragionevole" che l'organo di direzione politica dell'ente, nel momento in cui si insedia, possa indicare anche quali debbano essere i controllori dell'attività amministrativa ispirata dal proprio indirizzo politico. La norma regionale potrebbe consentire, seppure *una tantum*, di rimuovere quei titolari degli organi di controllo interno che, nel periodo di svolgimento del loro incarico, "di fatto" non si siano dimostrati disponibili ad accogliere istanze di parte.

6. 4. La giustiziabilità del principio di distinzione tra politica e amministrazione non significa ancora effettiva vigenza, se si ritenga che la sanzione giuridica si riveli decisiva per l'effettiva vigenza di una norma se le violazioni siano "marginali" rispetto alla ordinaria vita civile ed istituzionale⁴⁴.

Potrebbero rivelarsi essenziali per l'effettiva vigenza del principio di distinzione tra politica ed amministrazione oltre alla giustiziabilità del principio, profonde riforme amministrative, che la dottrina ha sintetizzato – in occasione della riforma costituzionale mancata dell'inizio degli anni novanta⁴⁵- nella necessità di garantire una separazione "strutturale"

⁴³

S. DE GÖTZEN, *Il bilanciamento*, cit., p 200 ove si riassumono gli sviluppi della determinazione dei criteri impiegati dalla sent. 104/2007 per delimitare la legittimità del ricorso allo spoils system.

⁴⁴

Le garanzie, anche giurisdizionali, apprestate dall'ordinamento giuridico sono efficaci nel tutelare la norma se le violazioni abbiano un'incidenza limitata; ma essa può essere contraddetta da una prassi contrastante con il contenuto della regola, pur posta secondo le forme di produzione giuridica riconosciute. Secondo vari A.A. tale situazione si verificherebbe anche con riguardo alla effettiva applicazione del principio di distinzione tra politica e amministrazione. In tal senso v. B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, cit., p. 540: Se "Viene ... congegnato un sistema di valutazione oggettiva, basato sul merito, sulla capacità" "Questa facciata, in realtà, nasconde un mondo molto diverso ...cioè un sistema in cui la dirigenza è scelta e valutata esclusivamente per meriti d'appartenenza politica"

⁴⁵

S. CASSESE A. G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la costituzione. Proposte per la costituente*, Bologna, Il Mulino, 1993, in particolare S. CASSESE, *Perché una nuova Costituzione deve contenere norme sulle pubbliche amministrazioni e quali debbano essere queste norme*, ivi, p. 19 ss., rilevava la necessità "che la Costituzione prenda atto della separazione tra Governo e amministrazione" (p. 20) e individuava i criteri ispiratori del gruppo degli studiosi che partecipavano allo studio (inserito nel Progetto finalizzato Pubblica Amministrazione) nei seguenti: a) "un'amministrazione al servizio della collettività, più che un apparato servente del Governo", b) "un'amministrazione indipendente dal Governo, corpo professionale autonomo"; c) un'amministrazione efficace e garante dei risultati della sua azione, quindi

tra politica e amministrazione, conferendo il compito di scelta dei funzionari amministrativi e tecnici ad una autorità “politicamente neutrale”⁴⁶. Tale indirizzo, per lo meno nella forma meno radicale della sottrazione agli organi politici della scelta dei soli titolari di organi tecnici o di controllo sembra essersi tradotto, nell’ordinamento italiano, nella previsione delle c. d. Autorità amministrative indipendenti⁴⁷, e nel modello organizzativo (attuale) delle università⁴⁸. Non parrebbe difforme dalla logica istituzionale già seguita in tali casi la previsione dell’affidamento ad autorità “neutrali” della designazione dei componenti di organi che svolgono compiti tecnici e di controllo o vigilanza in senso lato nell’ambito di enti (pubblici o privati) che si occupino di interessi generali con l’impiego di fondi di provenienza pubblica.

capace di agire e di correggersi” (p. 22). I saggi contenuti nel volume mostrano posizioni più inclini alla affermazione della indipendenza della pubblica amministrazione, ove si afferma che “Se si vuole che l’amministrazione sia imparziale, questa non può essere diretta da forze esterne, perché la direzione esterna è di per sé sinonimo di parzialità” (F. MERUSI, I rapporti tra governo e amministrazione, ivi, p. 25 ss.); e posizioni più sfumate che, pur sottolineando la necessità di garantire l’incidenza del potere di indirizzo sull’attività amministrativa, nella prospettiva della responsabilità ministeriale, esplicano la necessità che “Si disponga chiaramente con norma costituzionale che i funzionari professionali non possono essere iscritti, o conservare l’iscrizione ai partiti politici, né svolgere attività politica”: così S. GALEOTTI, Brevi considerazioni sulle norme costituzionali proposte in tema di pubblica amministrazione, ivi, p. 65 ss.). Si v. anche S. CASSESE, La riforma amministrativa nel quadro della riforma istituzionale, in *Foro it.*, 1993, V, 253 ss. (cui segue il testo di un articolato di riforma costituzionale sulla pubblica amministrazione). Incidono anch’esse sulla distinzione politica –amministrazione le normative regionali – si tratta nella fattispecie della Regione Marche, che inserisce una norma ordinamentale in legge finanziaria regionale che assicurano ad ex consiglieri regionali e ex assessori la possibilità di accedere, in quanto tali (col requisito di una laurea qualsiasi e dell’aver svolto il mandato politico per almeno cinque anni) alle più alte cariche burocratico professionali regionali: si rinvia a R.C., I trombati son premiati, in *L’Espresso*, 27 novembre 2008. Tali notizie di cronaca istituzionale fanno ritenere ancora più attuali le considerazioni ed i dibattiti sopra ricordati, se pur lontani nel tempo ed immersi nel diverso clima istituzionale e civile di una riforma costituzionale, annunciata e poi, come è noto, accantonata.

⁴⁶

La proposta, che è stata in passato autorevolmente sostenuta in dottrina, non verrebbe ad incidere sulla necessità che i funzionari amministrativi si adeguino alle direttive dell’organo politico-amministrativo, mentre garantirebbe il rispetto del criterio del merito nel reclutamento dei funzionari amministrativi.

⁴⁷

Sulle autorità amministrative indipendenti si v. per tutti E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008 (X ed.), p. 225, che pone in rilievo come il sorgere di tale categoria è ricollegato alla necessità sia di evitare l’indebito condizionamento politico cui è soggetta l’organizzazione amministrativa tradizionale, sia di ovviare alle carenze tecniche degli organi amministrativi. Ciò ha reso necessaria la modifica della amministrazione statale, con l’affidamento di compiti rilevanti “a soggetti dotati di notevole indipendenza rispetto al governo ed agli organi politici”. La letteratura sulle Autorità Amministrative Indipendenti è assai estesa; si rinvia alle indicazioni bibliografiche del manuale cit. supra. Si ricordano anche, nell’ambito di una vasta letteratura, S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1999; A.I.C., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, (Atti del Convegno di Sorrento 30 maggio 1997), Padova, Cedam, 1999; *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti* (Quaderni del Consiglio di Stato), Torino, Giappichelli, 1999; A. SIMONCINI, *Autorità indipendenti e ‘costruzione’ dell’ordinamento giuridico: il caso del Garante per la protezione dei dati personali*, *Dir. pubbl.*, 1999, p. 851 ss.; F.S. SEVERI (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1998; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000; F. MERUSI M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2003.

⁴⁸

V. per tutti F. MERLONI, *Il nuovo modello di agenzia nella riforma dei ministeri*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 717 ss., in partic. p. 724 indica il modello organizzativo delle università e degli enti pubblici di ricerca a carattere non strumentale, in quanto dotati di autonomia funzionale, come uno strumento per allentare la sottoposizione ad un potere di indirizzo politico di organizzazione e attività scientifiche e tecniche. Rileva, per contro, (p. 755 s.) che il modello delle agenzie successivamente al d. lgs. 300/1999 non risulta più “utile per sottrarre alcune attività di pubblico interesse all’indirizzo politico espresso dagli organi di direzione politica”