

## LUIGI OLIVERI

### Le regole sull'acquisizione di dirigenti "esterni"

---

E' davvero incredibile la pervicacia con la quale le pubbliche amministrazioni (certe in particolare: la Regione Lazio si distingue da anni in questo senso) insistono nell'attuare lo *spoils system* nonostante il marchio di illegittimità costituzionale assegnatole dalla Consulta e le più stringenti regole sull'acquisizione di dirigenti "esterni" discendenti dalla "riforma Brunetta".

Per un verso, si tratta di un atteggiamento in parte giustificabile. Infatti, le amministrazioni si muovono, o tentano di farlo ma spesso abusando, nelle pieghe di una legislazione sul tema non sufficientemente chiara. E' evidente, infatti, l'imbarazzo di un legislatore, che da un lato vorrebbe dare il via ad una dirigenza esclusivamente "fiduciaria" e "targata" dalla maggioranza politica di turno, mentre dall'altro pone limiti e procedure non sempre chiarissimi, indotto a ciò dalla Costituzione e dalla buona guardia della Consulta e dei giudici amministrativi.

Dunque, non desta troppa meraviglia la questione affrontata dal Tar Lazio - Roma, Sezione I ter - sentenza 21 settembre 2011, n. 7481, l'ennesima decisione che censura l'abuso del reclutamento di dirigenti esterni, per via fiduciaria, senza alcuna motivazione e sulla base dello strano presupposto secondo il quale, in via normale, i dirigenti "di ruolo", quelli assunti mediante concorso, risultino sempre ed immancabilmente privi della professionalità necessaria. Nessuno mai che venga sfiorato dal dubbio che o le commissioni di concorso non sono in grado di selezionare dirigenti validi, oppure che "la mancanza di professionalità" sia una formula vuota, buona per ogni stagione, allo scopo di costruire una dirigenza "parallela" e "contigua" alla politica, contrapposta a quella di ruolo. La seconda ipotesi sembra confermata dal fatto che generalmente gli incarichi a dirigenti esterni sono sempre di natura apicale: insomma, il destino ingrato fa mancare sempre le professionalità interne per guidare le strutture di massima dimensione...

Sta di fatto, però, che nonostante la normativa imperfetta, non è data la possibilità totalmente arbitraria o del tutto discrezionale se avvalersi o meno di dirigenti esterni.

La sentenza del Tar Lazio si dimostra esemplare nel chiarire quali vincoli guidano in modo inviolabile le amministrazioni, quando si determinino ad acquisire dirigenti esterni:

a) una concreta motivazione, che espliciti l'assenza vera e verificata di professionalità interne, alla luce di una seria ed effettiva ricognizione di tale circostanza; meno di 24 ore per decidere su ciò, come avvenuto nel caso di specie, rivela o una velocità decisionale e di istruttoria fuori dal comune, oppure l'assenza assoluta della necessaria ponderazione;

b) una contestuale altrettanto seria valutazione del possesso di una professionalità assolutamente peculiare in capo al soggetto esterno chiamato a svolgere l'incarico dirigenziale, come prevede l'articolo 19, comma 6, del d.lgs 165/2001;

c) una procedura trasparente, meditata ed approfondita, per consentire in primo luogo ai dirigenti di ruolo di candidarsi alla copertura degli incarichi da affidare, per una semplice ragione: valorizzare le professionalità esistenti, garantendo l'autonomia della dirigenza e la corretta gestione dei costi;

d) l'esigenza di garantire, appunto, il contenimento della spesa, passando per il prioritario impiego delle risorse interne esistenti.

La Regione Lazio ha operato in aperta ed intenzionale violazione di tutti i vincoli elencati sopra e la sentenza è molto eloquente: *"è stata del tutto ignorata la trasparenza, nel senso che la Regione ha operato senza tener in alcun conto la necessità di coinvolgere i soggetti interessati e, comunque, di tenerli informati in ordine alle iniziative assunte o anche soltanto di porli in condizione di conoscere quest'ultime"; "dalle deliberazioni impugnate non emerge che sia stata effettivamente operata una adeguata comparazione tra l'interesse pubblico alla assegnazione dell'incarico dirigenziale, da attribuire a soggetto esterno all'Amministrazione, e gli altri interessi e posizioni giuridiche confliggenti con il primo (tra cui, primo fra tutti, va menzionato l'aspetto economico, visti i tempi di crisi che investono la spesa pubblica e le particolari esigenze di "risparmio" di cui tanto si parla)"; "la motivazione dei provvedimenti impugnati è inadeguata".*

La quantità di pronunce relative agli incarichi dirigenziali della magistratura di ogni ordine e grado, così come i ripetuti interventi normativi, chiariscono senza più alcun'ombra di dubbio come sulla dirigenza si continui a giocare una "partita" fondamentale. La sottrazione agli organi di governo del diretto esercizio dei poteri gestionali rimane, per la politica, una *capitis deminutio* difficile da accettare. A meno di aggirarla con la cooptazione di dirigenti "contigui" per via fiduciaria, esattamente la via considerata incostituzionale dalla Consulta.

Come sottolineato prima, il d.lgs 150/2009 insistendo molto sulla motivazione degli incarichi esterni, fondata a manifestare l'effettiva carenza di professionalità interne e la particolare competenza degli incaricandi, ha posto limiti alla discrezionalità non più solo "desumibili", dall'articolo 19, comma 6, del d.lgs 165/2001, ma adesso addirittura esplicitamente enunciati e, dunque, più forti e cogenti.

Tuttavia, il legislatore mostra continui "ripensamenti". Ne è un esempio l'articolo 1, comma 18, del d.l. 138/2011, convertito in legge 148/2011 ai sensi del quale *"Al fine di assicurare la massima funzionalità e flessibilità, in relazione a motivate esigenze organizzative, le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono disporre, nei confronti del personale appartenente alla carriera prefettizia ovvero avente qualifica dirigenziale, il passaggio ad altro incarico prima della data di scadenza dell'incarico ricoperto prevista dalla normativa o dal contratto. In tal caso il dipendente conserva, sino alla predetta data, il trattamento economico in godimento a condizione che, ove necessario, sia prevista la compensazione finanziaria, anche a carico del fondo per la retribuzione di posizione e di risultato o di altri fondi analoghi".*

E' una norma che senza modificare espressamente né il d.lgs 165/2001, né il d.lgs 150/2009, riapre spazi di *spoils system* in merito agli incarichi dirigenziali. Esemplificativa dell'incerto atteggiamento del legislatore è anche la percentuale, pari al 18% della dotazione organica dirigenziale, introdotta dal d.lgs 148/2011, entro la quale gli enti locali possono assegnare incarichi "esterni".

Manca, invece, una disposizione che in modo chiaro imponga di selezionare i dirigenti "esterni", una volta rispettati gli stringenti vincoli, mediante prova concorsuale. Non ce ne sarebbe bisogno: l'articolo 97, comma 3, della Costituzione è più che sufficiente. Ma le amministrazioni si appoggiano su una carenza della legislazione ordinaria (confermando che una normativa di soli principi in Italia è praticamente inutilizzabile), per assumere dirigenti esterni libere da vincoli,

forme, persino limiti percentuali, regolarmente violati o derogati. L'ultima *boutade*, per la verità già avanzata da parte della dottrina, è della Corte dei conti, Sezione regionale per il Lazio, deliberazione 47/2011: *"il Collegio ritiene che per il conferimento di incarichi "con provvedimento fiduciario", indipendentemente dai soggetti che ne sono destinatari, vadano rispettati i rigorosi limiti di cui all'art. 19, comma 6, parzialmente superabili, come sopra specificati, solo nelle diverse fattispecie che presentano una fase selettiva "a monte" della sottoscrizione del contratto"*. Come se i limiti percentuali all'assunzione di dirigenti a tempo determinato previsti dall'articolo 19, comma 6, del d.lgs 165/2001 per lo stato e comma 6-quater per gli enti locali dipendessero dal sistema di reclutamento e non dal reperimento dei dirigenti al di fuori della dotazione organica e dalla costituzione con loro di un rapporto precario, per ciò stesso meno autonomo e più connesso alla politica, anche se il dirigente fosse individuato tramite concorso. Per inciso, l'articolo 19, commi 6 e seguenti, da nessuna parte introduce il sistema di reclutamento come discrimine per l'applicazione dei suoi limiti percentuali; né l'articolo 97, comma 3, della Costituzione ha mai permesso, nonostante l'inveterata ed illegittima prassi, assunzioni *intuitu personae*.

La soluzione unica e vera alle incoerenze normative che producono le ripetute illegittime decisioni di tante amministrazioni pubbliche in tema di incarichi a contratto è un'ampia revisione della disciplina. La quale, in omaggio alle norme delle ultime leggi finanziarie tutte volte a ridurre sia il numero dei dirigenti, sia i rapporti di lavoro flessibili, dovrebbero dare per assodato il divieto assoluto di assumere dirigenti non di ruolo, salve le possibilità di incarichi a magistrati, avvocati dello stato, docenti universitari e la possibilità di mobilità intercompartimentale tra dirigenti.

Unica eccezione potrebbe essere, nelle sole amministrazioni statali, una dirigenza totalmente slegata dalla gestione diretta e funzionale per istituto agli organi di governo: portavoce, addetti stampa, capi di gabinetto, dirigenti di staff, a condizione che gabinetto e staff non interferiscano in ambiti di gestione amministrativa esterni alla segreteria dell'organo di governo medesimo.

La sentenza del Tar Lazio merita ulteriore approfondimento e condivisione, nella parte che afferma con convincente motivazione la sussistenza della giurisdizione amministrativa e non ordinaria, in tema di affidamento degli incarichi dirigenziali. La pronuncia è estremamente chiara: *"La disamina dei provvedimenti impugnati rivela inequivocabilmente che – mediante la deliberazione di ricercare all'esterno professionalità per il conferimento di un determinato incarico – risulta assunta dall'Amministrazione una decisione connotata da carattere autoritativo e, comunque, una decisione che costituisce inequivoca espressione di esercizio di potere amministrativo, direttamente incidente sulle modalità di copertura degli uffici in termini, tra l'altro, palesemente derogatori a quella che rappresenta la disciplina ordinaria"*.

La configurazione dell'incarico dirigenziale quale atto di diritto privato, per altro sostenuta anche dalla Cassazione, ha fornito elementi alla teoria dell'ammissibilità dell'*intuitu personae*, senza selezione e dell'assoluta discrezionalità della scelta dell'amministrazione.

Il Tar Lazio priva, correttamente, di pregio questo assunto, affermando che nel caso della decisione di un'amministrazione di porre in essere assunzioni di dirigente a contratto si verte in merito alla conformità alla legge di atti *"definibili di macro - organizzazione in quanto, attraverso gli stessi, l'Amministrazione definisce i modi di conferimento della titolarità degli uffici (cfr., tra le altre, Cass., Sez. Un., n. 25254/2009; Cass., Sez. Un., 9 febbraio 2009, n. 3052; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 4 marzo 2011, n. 2005)"*.

Tanto è vero, che la riforma-Brunetta ha novellato l'articolo 40, comma 1, escludendo dalla competenza della contrattazione collettiva (dunque, dalla sfera del diritto comune) proprio le *"materie attinenti all'organizzazione degli uffici, ... la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali"*.

La preposizione della dirigenza alle strutture di vertice è inscindibilmente connessa all'organizzazione, perché da questa dipendete la posizione del dirigente e la provvista di competenza ad esso richiesta. Il conferimento dell'incarico è atto integralmente amministrativo, che completa la fattispecie a formazione progressiva della preposizione, la quale inizia con l'atto organizzativo generale di fissazione della struttura e dei modi di conferimento degli incarichi.

Per tali ragioni, come afferma in modo assolutamente convincente il Tar Lazio "in relazione ad atti di tal genere, l'unica situazione soggettiva riscontrabile è l'interesse legittimo". Sicchè "In definitiva, i provvedimenti in questione sono del tutto differenti dagli atti di "conferimento" e "revoca" degli incarichi dirigenziali di cui si fa menzione nell'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001: si tratta di provvedimenti connotati da un evidente carattere autoritativo che – in quanto avulsi dagli ordinari poteri del privato datore di lavoro, perché espressione della potestà organizzativa dell'ente – non possono che instaurare la giurisdizione del giudice amministrativo (cfr. TAR Lazio, Sez. I ter, 30 giugno 2008, n. 5328)".