

PARERE

sulle sentenze della Corte Costituzionale n. 103 e n. 104 del 23 marzo 2007-06-05

AVV. DOMENICO TOMASSETTI (*)

Preliminarmente va evidenziato che le citate sentenze si limitano a ribadire principi che dovrebbero ritenersi pacifici nell'ordinamento giuridico ma che, nel corso degli anni passati, hanno subito l'assalto di una legislazione (confortata, in vero, da parte della giurisprudenza di merito) che, piuttosto disinvoltamente, ha preteso di introdurre nel nostro sistema giuridico idee e principi di organizzazione che mal si attagliano alla attività della P.A. italiana così come delineata dall'art.97 della Costituzione.

In altri termini le sentenze citate, lungi dal porsi quali dirompenti ovvero rivoluzionarie, tornano, finalmente, ad affermare i principi di buon andamento, legalità, efficienza ed economicità che dovrebbero connotare l'ordinario svolgimento dell'attività amministrativa nel nostro Paese.

Al riguardo, prima di esaminare dettagliatamente le statuizioni della Consulta, va ricordato che il dibattito sulla riforma della P.A. in Italia (ed, in particolare, sul ruolo e sulla gestione della dirigenza pubblica) ha subito un'importante accelerazione agli inizi degli anni '90 con l'emanazione di tre distinte disposizioni normative: la legge n.142/1990, la legge n.241/1990 ed il D.Lgs. n.29/1993.

Tali fonti normative miravano complessivamente ad esaltare la trasparenza e, soprattutto, l'imparzialità dell'azione amministrativa quali mezzi per ottenere l'efficienza nella legalità.

Il D.Lgs n.29/1993 – emanato sulla scorta delle indicazioni dottrinali del Prof. Sabino Cassese (oggi relatore della sentenza n.104/2007) – sanciva chiaramente la divisione tra il ruolo di indirizzo, spettante agli organi politici, e quello di gestione, spettante alla dirigenza; nell'ambito della complessiva privatizzazione del pubblico impiego contrattualizzava il rapporto lavorativo dirigenziale anche con riferimento ai singoli incarichi dirigenziali; definiva la retribuzione del dirigente prevedendo una parte variabile legata alla posizione ed ai risultati effettivamente ottenuti; prevedeva organi di valutazione dell'azione dei dirigenti (nuclei interni di valutazione) connotandoli quali organi terzi tra dirigenza e politica.

I principi di detta riforma sono stati sistematicamente traditi dagli interventi legislativi che si sono succeduti negli anni seguenti ed, in particolare, dalle c.d. Leggi Bassanini (soprattutto la l.

n.127/1997); dai Decreti Legislativi che, con cadenza quasi semestrale, hanno modificato il D.Lgs. n.29/1993; e, per quanto qui specificamente interessa, dalla legge n.145/2002, c.d. Legge Frattini.

E' tale ultima disposizione – e, specificamente, l'art.3, comma VII, che prevede che “gli incarichi dirigenziali cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge, esercitando i titolari degli stessi in tale periodo esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione” - ad essere oggetto del vaglio della Corte Costituzionale che ne ha dichiarato l'illegittimità con la sentenza n.103/2007.

1.- La sentenza della Corte Costituzionale n.103 del 23.3.2007.

La sentenza in epigrafe ribadisce tre principi di diritto che possono così sintetizzarsi:

“1.- La contrattualizzazione del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica non implica che la P.A. abbia la possibilità di recedere liberamente dal rapporto stesso. **Se così fosse, si verrebbe ad instaurare uno stretto legame fiduciario tra le parti, che non consentirebbe ai dirigenti generali di svolgere in modo autonomo e imparziale la propria attività gestoria;** di qui la logica conseguenza per la quale anche il rapporto di ufficio, pur se caratterizzato dalla temporaneità dell'incarico, debba essere connotato da **specifiche garanzie**, le quali presuppongono che esso sia regolato in modo tale da assicurare la tendenziale **continuità dell'azione amministrativa** ed una chiara **distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico-amministrativo e quelli di gestione**. Ciò al fine di consentire che **il dirigente generale possa espletare la propria attività** – nel corso e nei limiti della durata predeterminata dell'incarico – **in conformità ai principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa** (art.97 Cost.).

2.- E' **costituzionalmente illegittimo**, per **contrasto con gli artt. 97 e 98** della Costituzione, l'art.3, comma 7, della legge 15 luglio 2002, n.145 (Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra pubblico e privato), nella parte in cui dispone che “gli incarichi dirigenziali cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge, esercitando i titolari degli stessi in tale periodo esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione”.

3.- La revoca delle funzioni legittimamente conferite ai dirigenti può essere **conseguenza soltanto di una accertata responsabilità dirigenziale** in presenza di determinati presupposti ed all'esito di un **procedimento di garanzia** puntualmente disciplinato”.

I predetti principi sembrano, invero, determinare la definitiva cessazione del sistema dello spoils system in Italia.

In tal senso si è già recentemente espresso il Prof. Giovanni Virga, il quale ha ritenuto che, alla luce delle sentenze in epigrafe, la **revoca** degli incarichi dirigenziali possa unicamente essere **“disposta a seguito di contestate inadempienze o comunque nel caso di mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati e dando in ogni caso modo all’interessato di potere controdedurre**. Corollario necessario di tali principi è che la revoca va **adeguatamente motivata** e che, sotto questo profilo, può essere **sindacata in sede giurisdizionale”**.

Infatti, sempre secondo il citato autore, **“la nomina intuitu personae e la correlativa revoca ad nutum ovvero in via automatica possono dunque essere previste in via eccezionale e solo per alcuni limitati incarichi (quelli dei diretti collaboratori dell’organo politico); in tutti gli altri casi, invece, il sistema dello spoils system, secondo la Corte, non può trovare ingresso nel nostro Paese, in base all’attuale ordinamento costituzionale”**.

D’altronde, sia consentito, che il sistema dello spoils system non si attagli ai principi di cui all’art.97 della Costituzione era immediatamente desumibile solo facendo riferimento al motto inglese da cui deriva tale termine: **“to the victor go the spoils”** (ai vincitori va il bottino).

Orbene, la visione della P.A. italiana (e della sua classe dirigenziale) quale un **“bottino”** da spogliare poteva essere perpetrata esclusivamente dalla legislazione degli ultimi anni che ha preteso di fare ciò senza che fosse previamente modificata la Carta delle Leggi.

La Consulta, pertanto, null’altro poteva fare che dichiarare l’illegittimità costituzionale della norma di cui all’art.3, comma VII della legge n.145/2002.

E tale sentenza più che rivoluzionaria ovvero dirompente costituisce la mera affermazione di principi noti e univocamente interpretabili.

Piuttosto la sentenza n.103/2007 si pone quale irrevocabile condanna di un certo orientamento giurisprudenziale di merito che aveva avallato la pratica dello spoils system (Cfr, ad esempio, *Consiglio di Stato, Sez. V, n.2492 del 3.5.2001*; etc.).

Ma tale giurisprudenza più che per le sue ragioni giuridiche va analizzata sotto un profilo **“sociologico”** ed **“antropologico”**: **“in questo Paese, nel quale la politica ha sempre spadroneggiato, il trapianto dell’istituto dello spoils system, che finiva per asservire la dirigenza pubblica alla politica, nel momento stesso in cui la stessa veniva formalmente separata da quest’ultima, sembrava aver attecchito bene e non aveva provocato grandi dissensi, dato che la maggioranza, comunque, finiva per avere i suoi benefici”** (Cfr. Giovanni Virga, cit.).

2.- La sentenza della Corte Costituzionale n.104 del 23.3.2007.

In pari data la Corte Costituzionale emanava altra sentenza nella quale affrontava la analoga disciplina dello spoils system di cui all'art.71 della legge della Regione Lazio n.9/2005 e all'art.55 della legge della Regione Lazio n.1/2004.

Tale statuizione pone i seguenti tre principi di diritto:

“1.- Il principio di **imparzialità** stabilito dall'art.97 della Costituzione – **unito quasi in endiadi con quelli della legalità e del buon andamento dell'azione amministrativa** – costituisce un **valore essenziale** cui deve informarsi, in tutte le sue diverse articolazioni, l'organizzazione dei pubblici uffici; tale principio si riflette immediatamente in altre norme costituzionali, quali l'art.51 (tutti i cittadini possono accedere agli uffici pubblici in condizioni di eguaglianza secondo i requisiti stabiliti dalla legge) e l'art.98 (i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione) della Costituzione, attraverso cui si mira a **garantire l'amministrazione pubblica e i suoi dipendenti da influenze politiche** o, comunque, di parte, in relazione al complesso delle fasi concernenti l'impiego pubblico (accesso all'ufficio e svolgimento della carriera).

2.- La **selezione dei pubblici funzionari non ammette ingerenze di carattere politico**, espressione di interessi non riconducibili a valori di carattere neutrale e distaccato, unica eccezione essendo costituita dall'esigenza che alcuni incarichi, quelli dei diretti collaboratori dell'organo politico, siano attribuiti a soggetti individuati *intuitu personae*, vale a dire con una modalità che mira a rafforzare la coesione tra l'organo politico regionale (che indica le linee generali dell'azione amministrativa e conferisce gli incarichi in esame) e gli organi di vertice dell'apparato burocratico (ai quali tali incarichi sono conferiti ed ai quali compete di attuare il programma indicato), per consentire il buon andamento dell'attività di direzione dell'ente (art. 97 Cost.).

3.- Va dichiarata **l'illegittimità costituzionale** del combinato disposto dell'art.71, commi 1, 3 e 4, lett. a), della legge Regione Lazio 17 febbraio 2005, n.9 (Legge finanziaria regionale per l'esercizio 2005), e dell'art.55, comma 4, della legge Regione Lazio 11 novembre 2004, n.1 (Nuovo Statuto della Regione Lazio), nella parte in cui prevede che i direttori generali delle ASL decadono dalla carica il novantesimo giorno successivo alla prima seduta del Consiglio regionale, salvo conferma con le stesse modalità previste per la nomina: che tale decadenza opera a decorrere dal primo rinnovo, successivo all'entrata in vigore dello Statuto; che la durata dei contratti dei direttori generali delle ASL viene adeguata di diritto al termine di decadenza dall'incarico”.

Particolarmente rilevante appare tale statuizione nella parte in cui afferma che “la selezione dei pubblici funzionari non ammette ingerenze di carattere di carattere politico” e che “il principio di imparzialità stabilito dall’art.97 della Costituzione costituisce valore essenziale per l’organizzazione dei pubblici uffici”.

Tale principio, però, trova un’unica deroga, secondo la sentenza n.104/2007, negli incarichi di diretta collaborazione con l’organo politico.

La portata effettiva di detta sentenza può essere compresa solo se letta in correlazione con la statuizione di cui alla sentenza n.103/2007.

Ne consegue che, affrontando la sentenza n.104/2007 la materia degli incarichi dirigenziali nelle Regioni, si può affermare che, per la Consulta, **gli incarichi di diretta collaborazione con l’organo politico debbono ritenersi esclusivamente quelli di direttore generale dell’Ente** e non già anche quelli di direzione, seppur apicale, di singole strutture amministrative.

Infatti la sentenza n.103/2007 chiaramente afferma che “la prevista contrattualizzazione della dirigenza non implica che la P.A. abbia la possibilità di recedere liberamente dal rapporto stesso (sentenza n.313/1996). Se così fosse, è evidente, infatti, che si verrebbe ad instaurare uno **stretto legame fiduciario** tra le parti, **che non consentirebbe ai dirigenti generali di svolgere in modo autonomo ed imparziale la propria attività gestoria**”.

Il riferimento ai dirigenti generali dello Stato, operato dallo stesso Collegio giudicante della sentenza n.104/2007, fa comprendere che **la diretta collaborazione con l’organo politico possa individuarsi solo in capo agli organi che costituiscono una cerniera tra la politica e la dirigenza**, ossia alla figura del **Direttore generale nei Comuni, nelle Province e nelle Regioni** ed a quella **di Capo Dipartimento nelle Amministrazioni dello Stato**.

Ciò è reso ancor più chiaro dal seguente passaggio della sentenza della Corte Costituzionale n.103/2007, laddove afferma che “il rapporto di ufficio, sempre sul piano strutturale, pur se caratterizzato dalla temporaneità dell’incarico, debba essere connotato da specifiche garanzie, le quali presuppongano che esso sia regolato in modo tale da assicurare la tendenziale continuità dell’azione amministrativa e una **chiara distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico-amministrativo e quelli di gestione**. Ciò al fine di consentire che **il dirigente generale possa espletare la propria attività** – nel corso e nei limiti della durata predeterminata dell’incarico – **in conformità ai principi di imparzialità e di buon andamento dell’azione amministrativa** (art. 97 Cost.)”.

3.- L'elemento della fiduciarietà.

Le conseguenze più rilevanti delle citate statuizioni della Consulta devono, quindi, essere individuate nel drastico ridimensionamento della valenza dell'elemento fiduciario nelle procedure di conferimento e di revoca degli incarichi dirigenziali della P.A..

Il Giudice delle Leggi sostiene *apertis verbis* che il principio informativo delle procedure di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali (anche apicali ovvero di livello generale) è quello dell'imparzialità, da leggersi in inscindibile endiadi con quello del buon andamento.

Ne consegue che il tanto esaltato rapporto di fiduciarietà tra organo politico e organo di gestione, secondo la Consulta, può divenire persino pernicioso e limitativo dell'azione amministrativa laddove non consenta al dirigente di svolgere il proprio incarico in modo imparziale e di essere, con altrettanta imparzialità, valutato per il proprio operato.

D'altronde il temperamento del principio della fiduciarietà era già stato chiaramente individuato dalla giurisprudenza della **Corte di Cassazione**, la quale con sentenza n.17095 del **27.8.2004** ha rilevato che “la fiducia è a fondamento del rapporto di lavoro di natura privata, ed in particolare per il livello dirigenziale. Non è pertanto un elemento che consenta di differenziare, di per sé, il rapporto di lavoro del dirigente amministrativo. **Il principio dell'art.97 Cost. presuppone, nell'ambito del rapporto di lavoro nella pubblica amministrazione ed ai fini del perseguimento del pubblico interesse, non solo la negazione di poteri maggiori dei poteri riconosciuti al privato datore, bensì l'affermazione d'un limite ulteriore, l'imparzialità: la quale diventa rigore nelle scelte (necessario in particolare a livello dirigenziale, per la vicinanza con il potere politico), e, simmetricamente, libertà del lavoratore dal condizionamento di esterni interessi**”.

Per contro, nella prassi amministrativa, si è troppo spesso visto esasperare tale fiduciarietà al punto da trasformarla in vero e proprio arbitrio e di fare della classe dirigenziale una casta di adepti cooptati dai politici, conseguentemente privi della dignità di funzionari posti all'esclusivo servizio della Nazione ai sensi dell'art98 della Costituzione.

La Consulta ha inteso, invece, ribadire con forza proprio il principio di cui al citato art.98 giungendo, attraverso la declaratoria di illegittimità delle leggi succitate, ad invertire, perlomeno parzialmente, il processo legislativo che stava vanificando lo spirito della riforma di cui alle legge n.142/1990 ed al primigenio D.Lgs n.29/1993.

Insomma la Corte ha inteso porre un freno alla degenerazione legislativo-amministrativa secondo la quale l'appartenenza conta più del merito ed ha definitivamente ribadito che **il pubblico dirigente è organo terzo tra l'amministratore politico ed il cittadino amministrato**, in quanto tale **garante della legalità dell'azione amministrativa**.

Ma, in tal modo, la Corte ha posto anche una sfida per l'amministrazione o per coloro che vorranno riformarla: quella di programmare obiettivi definiti e di valutare la dirigenza sulla base di un efficace sistema di misurazione dei risultati ottenuti, piuttosto che sulla base della "fedeltà" o della "consonanza" con l'organo di governo.

Sia, infine, consentito evidenziare che le citate sentenze della Consulta non affrontano (né potevano farlo stanti i limiti delle questioni di costituzionalità devolute alla sua attenzione) l'ulteriore problema, connesso al sistema degli incarichi "fiduciari", posto dalla vigente legislazione in materia (ed, in particolare, dall'art.19 del D. Lgs. n.165/2001), cioè quello di consentire di sostituire o di aggiungere alla dirigenza di ruolo, una dirigenza totalmente fiduciaria, individuata anche senza passare per i concorsi pubblici.

Infatti se, come ha rilevato la Corte, la fiduciarità collide con i principi di cui agli artt.97 e 98 della Costituzione, gli incarichi a contratto, "se intesi come incarichi di matrice esclusivamente fiduciaria, come nei fatti avviene e come larga parte della dottrina ritiene possibile, sono a loro volta, e a maggior ragione, incostituzionali" (cfr. *Luigi Olivieri*).

Il superamento di tale eccezione di incostituzionalità sta nella riforma della normativa vigente, soprattutto attraverso **l'abrogazione delle norme che consentono di attribuire incarichi dirigenziali a funzionari direttivi**; la **drastica riduzione** (unitamente al rigoroso rispetto) del **quantitativo percentuale di incarichi dirigenziali esterni attribuibili** in relazione al numero della dirigenza di ruolo effettivamente in servizio; ed **il controllo delle professionalità dei dirigenti esterni** cui si intende attribuire un incarico dirigenziale unito **alla precedente doverosa ricognizione, all'interno della dirigenza, della inesistenza di una specifica professionalità** in grado di ricoprire l'incarico stesso.

^^

(*) Avv. Domenico Tomassetti, *legale di riferimento della CONFEDIR*;
Via Pierluigi da Palestrina, 19 – 00193 Roma
Tel. 06.3225650 – fax: 06.3220397