

La privatizzazione della dirigenza pubblica nella giurisprudenza costituzionale*

di Maria Cicala

Sommario: 1. Premessa; 2. L'interpretazione giurisprudenziale dei principi della riserva di legge in materia di organizzazione, del buon andamento e dell'imparzialità; 3. La separazione tra l'organizzazione ed il rapporto di lavoro; 4. La distinzione tra "macro" e "micro" organizzazione; 5. Moduli privatistici e perseguimento dell'interesse pubblico; 6. Le garanzie a tutela della professionalità della dirigenza: dalle garanzie di status alle garanzie di sistema; 7. I dubbi di costituzionalità dello spoils system una tantum.

1. Premessa

Il riordino della disciplina della dirigenza pubblica rappresenta uno dei punti cardine di quella che è stata definita la rivoluzione del lavoro pubblico, "al fine di accrescere l'efficienza delle amministrazioni" e "realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane", nel rispetto dell'articolo 97, primo comma della Costituzione¹.

Tale processo, iniziato negli anni 90', non ha ancora trovato la sua conclusione e, per approssimazioni successive, tende al giusto equilibrio tra una serie di principi che la Carta Costituzionale tutela con la medesima attenzione ma che, insieme considerati, hanno evidenziato una oggettiva difficoltà a delineare un nuovo assetto della dirigenza pubblica. Quest'ultimo, infatti, presenta negli anni e nei diversi passaggi evolutivi, rappresentati dalla prima e dalla seconda privatizzazione, nonché dalla cosiddetta "legge Frattini"², un continuo assestamento in funzione della necessità di assimilare ma anche distinguere pubblica amministrazione e soggetti privati.

Né avrebbe potuto essere altrimenti, considerato che la riforma in argomento ha interessato tutte e quattro le leve considerate fondamentali per governare la macchina amministrativa, e cioè il "potere di indirizzo politico amministrativo", il "potere di amministrazione concreta", il "potere di controllo sui risultati" ed il "potere di scelta dei dirigenti"³, nonché, dal punto di vista lavoristico, sia le "prerogative imprenditoriali" che quelle "datoriali" della pubblica amministrazione⁴.

* Questo contributo è inserito nel volume "I sistemi di valutazione della dirigenza nelle pubbliche amministrazioni dello Stato" – Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "V. Bachelet" (a cura di) – Roma, 2005.

¹ Articolo 1 del D.lgs. n. 165/2001.

² L. n. 421/1992, D.lgs. n. 29/1993, L. n. 59/1997, D.lgs. n. 396/1997, D.lgs. n. 80/1998, D.lgs. n. 387/1998, D.P.R. n. 150/1999, L. n. 145/2002.

³ Savino M., *Le riforme amministrative*, in Trattato di Diritto Amministrativo, a cura di Sabino Cassese, 2003, p. 2236, il quale richiama il modello elaborato da C. D'Orta, *La nuova disciplina della dirigenza pubblica alla prova dei fatti: un'attuazione strabica*, in Lav. nelle p.a., 2001, p. 104.

⁴ Ales E., *Le prerogative datoriali della dirigenza pubblica alla prova del nuovo quadro legale*, in Lav. P.a., 2002, p. 449.

In tale percorso assumono significativo rilievo le decisioni adottate nel tempo dalla Corte Costituzionale⁵ allorché è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità delle singole misure adottate dal legislatore con i principi della riserva di legge in materia di organizzazione, dell'imparzialità e del buon andamento, e con alcuni importanti corollari, quali l'efficienza dell'azione amministrativa e la separazione tra attività di indirizzo e attività di gestione.

In prima approssimazione può osservarsi che la Corte, nelle sue pronunce, riconoscendo sostanzialmente conforme a Costituzione l'impianto volto a privatizzare la dirigenza pubblica, non ha mancato di evidenziare come, nella specifica materia, esista un'ampia discrezionalità del legislatore e che ogni disposizione, seppur singolarmente esposta a forti tensioni tra i diversi principi costituzionali, possa trovare un giusto "bilanciamento" nell'ambito dell'intero sistema normativo.

E' da sottolineare, tuttavia, come nelle ordinanze di remissione analizzate, e nelle conseguenti decisioni della Corte, prevalgano, quanto a frequenza, i richiami ai principi di cui all'articolo 97 della Costituzione, nonostante quest'ultima espliciti ulteriori ed altrettanto significative disposizioni comunque riconducibili alla pubblica amministrazione, tra cui - ad esempio - il diritto di difesa (art. 24 C.), la responsabilità personale dei dipendenti pubblici (art. 28 C.), il dovere di fedeltà (art. 54 C.), il principio di legalità dell'attività amministrativa (ad es. art. 113 C.), il principio di adeguatezza (art. 118 C.), nonché i principi in materia di diritto del lavoro⁶.

Da un punto di vista metodologico, quindi, dopo una sommaria panoramica degli orientamenti giurisprudenziali in ordine ai principi costituzionali maggiormente invocati, ci si propone di analizzare come i medesimi abbiano contribuito ad affermare la legittimità della disciplina, individuando a tal fine "pesi" e "contrappesi", sia all'interno dello stesso articolo 97 della Costituzione, sia nell'ambito del più vasto sistema man mano delineatosi per una "dirigenza pubblica privatizzata".

2. L'interpretazione giurisprudenziale dei principi della riserva di legge in materia di organizzazione, del buon andamento e dell'imparzialità.

Il primo elemento da sottolineare è che la Carta Costituzionale non fornisce una definizione di pubblica amministrazione. Si occupa di essa in quanto "attività o funzione dell'ordinamento generale" e, in quanto tale, ne fissa i caratteri rispetto alle altre funzioni pubbliche⁷.

Ed infatti, per la Corte, l'articolo 97 della Costituzione, ponendo il vincolo di organizzare i pubblici uffici secondo disposizioni di legge in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, stabilisce un "*criterio caratterizzante l'azione amministrativa ed una finalità da perseguire e da raggiungere*"⁸. L'organizzazione, quindi, non può essere considerata come "qualcosa di distaccato dall'azione, ma viene modellata sull'attività, accompagnandone lo svolgimento ed assicurandone la direzione verso i fini prescelti. Ne deriva che

⁵ Corte Costituzionale sentenze n. 313/1996, n. 309/1997, n. 275/2001, n. 193/2002, n. 525/2002 ed ordinanza n. 11/2002.

⁶ In proposito, vedi S. Cassese, "Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale", in GDA n. 12/2002, p. 1341; A. Orsi Battaglini, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in GDL, 1993, p.465; Bolognino D., *Gli obiettivi di efficienza, di efficacia e di economicità nel pubblico impiego*, Collana Quaderni, n. 37, (Giuffrè Ed.), Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", p. 17.

⁷ Pastori G., *La pubblica amministrazione*, in Manuale di diritto pubblico, a cura di Giuliano Amato e Augusto Barbera, 1997, II, p. 302.

⁸ Corte Costituzionale, sentenza n. 40/1998, in www.giurcost.org.

l'attività di organizzazione è <<un inizio>> della stessa azione sostanziale e più precisamente è finalizzata alla sua guida ed indirizzo".⁹

In altri termini, con l'esplicitazione dei principi a cui deve ispirarsi l'organizzazione (riserva di legge, imparzialità e buon andamento), la Costituzione implicitamente indica le garanzie, sia dell'attività amministrativa nei confronti del Governo sia della collettività nei confronti dell'amministrazione.

L'interpretazione della riserva di legge¹⁰ in materia di organizzazione amministrativa - che tradizionalmente comprende l'organizzazione degli uffici, l'organizzazione del lavoro e la disciplina e gestione dei rapporti di lavoro - offerta dal dibattito dottrinale¹¹ e dall'elaborazione giurisprudenziale ha portato ad accogliere in modo ormai pacifico la tesi che attribuisce a tale riserva una natura "relativa", così come affermato dalla stessa Corte: *"come è stato esattamente considerato in dottrina, la riserva costituzionale prevista dall'art. 97 non è assoluta, in quanto non vieta qualsiasi normazione diversa da quella legislativa, né esclude che la legge consenta al potere esecutivo di emanare norme secondarie di efficacia subordinata"*¹².

L'articolo 97 Cost., quindi, *"non esige che l'intera disciplina venga regolata con atto normativo del Parlamento, dovendosi ritenere sufficiente che questo determini i criteri e le direttive idonee a contenere in un ambito ben delineato l'esercizio tanto dell'attività normativa secondaria quanto di quella particolare e concreta di esecuzione affidate al Governo, evitando che esse si svolgano in modo assolutamente discrezionale"*¹³.

Quanto al "buon andamento" è da sottolineare che tale principio è stato inteso per lungo tempo in senso riduttivo, rendendone evanescente la distinzione rispetto a quelli di legalità e di imparzialità¹⁴, mentre più recentemente ha assunto il significato di "efficienza dell'amministrazione"¹⁵, rispondenza cioè della sua azione all'interesse che deve curare e, quindi, di elasticità e puntualità della medesima¹⁶.

Tale evoluzione interpretativa muove dalla constatazione che il buon andamento, nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte, appare "inseparabile dal grande e sommerso tema dell'attuazione amministrativa: che la si consideri, come nei primi tempi, mera esecuzione o corretta ponderazione degli interessi, ovvero *"perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento"*¹⁷. In tale ultimo senso, è la stessa Corte che sottolinea come corrisponda a

⁹ Nigro M., *Lineamenti generali*, in Manuale di diritto pubblico, a cura di Giuliano Amato e Augusto Barbera, 1997, III, p. 22.

¹⁰ Il principio di riserva di legge impone che la disciplina di una certa materia sia demandata alla fonte legislativa. Ciò significa che, da un lato, la legge deve disciplinare, compiutamente (assoluta) o soltanto per i tratti fondamentali (relativa), la materia riservata (aspetto positivo della riserva) e, dall'altro, che fonti diverse non possono intervenire sugli oggetti riservati alla legge (aspetto negativo della riserva).

¹¹ A. Orsi Battaglini, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in Giorn. Dir. Lav. relaz. Ind., 1993, 472; Giannini M.S., *Corso di diritto amministrativo*, III, I, L'attività amministrativa, 1967; Bachelet V., *Profili giuridici della organizzazione amministrativa*, Milano, 1965; Per una più attenta ricostruzione del dibattito dottrinale vedi Bolognino D., *Gli obiettivi di efficienza, di efficacia e di economicità nel pubblico impiego*, op. cit.

¹² Corte Costituzionale, sentenza n. 221/1976, in www.giurcost.org.

¹³ Corte Costituzionale, sentenza n. 4/1962, in www.giurcost.org.

¹⁴ Bin R. e Petruzzella G., *L'organizzazione costituzionale in Italia*, in *Diritto Costituzionale*, 2000, p.217.

¹⁵ Si è parlato, in proposito, di canonizzazione costituzionale del principio di efficienza che, nella scienza dell'organizzazione, si traduce in rapporto tra risorse impiegate e risultati e rapporto tra risultati ottenuti ed obiettivi prestabiliti.

¹⁶ Nigro M., *Lineamenti generali*, op.cit.

¹⁷ Corte Costituzionale, sentenza n. 453/90, in www.giurcost.org. Pinelli C., *Art. 97 della Costituzione*, Commentario della Costituzione, Branca - Pizzorusso, 1994, p.97.

“consolidato orientamento ritenere che, al fine di accertare l'asserita violazione del principio del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 della Costituzione), occorre dimostrare la palese arbitrarietà o la manifesta irragionevolezza della disposizione contestata in relazione al rispetto del valore dell'efficienza dell'azione amministrativa”¹⁸. Il sindacato del giudice delle leggi, quindi, “non può comportare un esame sul merito o sull'opportunità delle norme impugnate, né tantomeno può implicare una revisione o una riformulazione della ponderazione degli interessi, ma consiste in una valutazione meramente esterna delle scelte legislative, che riguardi la palese arbitrarietà o la manifesta irragionevolezza della disciplina impugnata”¹⁹.

In sostanza, una disciplina improntata al principio del buon andamento deve essere *“coerente e congrua rispetto al fine che vuol perseguire, in relazione sia all'esigenza generale di efficienza dell'azione amministrativa che agli obiettivi particolari cui è preordinata”²⁰*. E quando le prestazioni delle amministrazioni o le definizioni dei loro assetti organizzativi risultino evidentemente correlate con situazioni costituzionalmente tutelate, è necessario scandagliare ogni rischio di irragionevolezza, a prevenzione del quale è la Corte medesima a richiamare il buon andamento, inteso come efficienza, onde accertare la *strumentalità* dei congegni predisposti *all'esercizio* di quelle situazioni, oppure, naturalmente, *a fini di bilanciamento* con le medesime²¹.

Si parte, quindi, da un generale concetto di “coerenza” con il fine dell'efficienza, per giungere poi a logiche di conseguimento del risultato. Ne è un esempio quanto affermato dalla Corte in materia di controlli sulla gestione, secondo cui *“il disegno costituzionale della pubblica amministrazione - delineato in base ai principi del buon andamento dei pubblici uffici (art. 97), della responsabilità dei funzionari (art. 28), del tendenziale equilibrio di bilancio (art. 81) e del coordinamento dell'autonomia finanziaria delle Regioni con la finanza dello Stato, delle Province e dei Comuni (art. 119) - permette al legislatore ordinario di sviluppare le potenzialità in esso contenute attraverso la previsione di forme di controllo ulteriori rispetto al controllo, essenzialmente esterno, di legittimità (...) purché sia rintracciabile in Costituzione un adeguato fondamento normativo o un sicuro ancoraggio a interessi costituzionalmente tutelati. Risulta, quindi, costituzionalmente legittima la previsione di una forma generalizzata di controllo sulla gestione volta a favorire una maggiore funzionalità nella pubblica amministrazione attraverso la valutazione complessiva della economicità/efficienza dell'azione amministrativa e dell'efficacia dei servizi erogati”²².*

Per imparzialità, infine, si intende il potere-dovere di un ufficio pubblico di non privilegiare pregiudizialmente nessun interesse particolare, ma di identificare e valutare tutti gli interessi coinvolti e di applicare nel modo più corretto le norme di diritto obiettivo. E' quindi un principio che presidia l'azione amministrativa discrezionale e che si proietta anche nel rapporto di lavoro del dipendente pubblico²³.

E' la stessa Corte, infatti, che *“riprendendo peraltro la chiara volontà espressa nel medesimo senso dai Costituenti,”* ha affermato come *“il principio di imparzialità 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 98 (i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione) della Costituzione, attraverso cui si mira a*

¹⁸ Corte Costituzionale, sentenza n. 266/93, in www.giurcost.org.

¹⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 390/89, in www.giurcost.org.

²⁰ Corte Costituzionale, sentenza 40/1998, in www.giurcost.org.

²¹ Pinelli C., op. cit., p.126.

²² Corte Costituzionale, sentenza n. 29/1995, in www.giurcost.org

²³ Nigro M., *Lineamenti generali*, op. cit., p. 34; Garilli A., *Profili dell'organizzazione e tutela delle professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” n. 16/2003.

*garantire l'amministrazione pubblica ed 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)*²⁴.

In particolare, la Corte ha avuto modo di affermare come nell'insieme delle predette norme costituzionali *"viene ad esprimersi la distinzione più profonda tra politica e amministrazione, tra l'azione del <<governo>> - che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza - e l'azione della <<amministrazione>> - che, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento"*²⁵. In tale prospettiva si spiega, dunque, come il principio in esame sia stato ritenuto fondativo di una distinzione costituzionalmente rilevante fra attività di governo e attività di amministrazione.

Non manca tuttavia chi legge tale distinzione anche come espressione del principio di responsabilità dei funzionari, come sancito dal secondo comma dell'articolo 97 Cost: *"nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari"*. Da tale disposizione si evince che i funzionari devono essere dotati di poteri propri e di conseguenti distinte responsabilità, realizzando una separazione tra la sfera di indirizzo politico-amministrativo (art. 95 Cost.) e quella della gestione amministrativa. Secondo Costituzione, quindi, l'amministrazione è separata (rectius: distinta) dagli organi di governo, anche se funzionalmente collegata agli stessi in quanto tenuta ad attuarne l'indirizzo²⁶.

Quanto sinora evidenziato porta alla conclusione che l'articolo 97 Cost. contiene in sé dei principi dal carattere organizzatorio e dinamico. Fanno capo al principio di imparzialità tutti gli istituti che perseguono il valore di garanzia, assicurando la completezza e la genuinità della ponderazione degli interessi, ed al principio di buon andamento i mezzi e gli strumenti che hanno per scopo l'efficienza dell'azione amministrativa.

E' nella loro combinazione, tuttavia, che tali principi assumono un significato più ampio, tenuto conto che la necessità di considerare il maggior numero possibile d'interessi esige una struttura organizzativa elasticamente adeguata e viceversa²⁷. "Una struttura rigida si espone, al mutare delle esigenze di cura dell'interesse pubblico affidatole, al rischio di distorsioni, come il perseguimento dell'interesse dei soggetti che fanno parte della struttura medesima; inoltre una struttura rigida rende difficoltoso il contemperamento dei diversi interessi pubblici espressi dal pluralismo amministrativo, e ciò pare in contrasto con la lettura più profonda del principio di imparzialità. (...) La vera efficienza si può raggiungere solo attraverso l'imparzialità e la vera imparzialità implica efficienza. (...) In definitiva, il buon andamento e l'imparzialità fondano

²⁴ Corte Costituzionale, sentenza 333/1993, in www.giurcost.org.

²⁵ Corte Costituzionale, sentenza n. 453/1990, in www.giurcost.org.

²⁶ Bin R. e Petruzzella G., *L'organizzazione costituzionale in Italia*, op. cit. Il principio della separazione è stato affermato con chiarezza nella legislazione ordinaria (L. n. 421/1992, D.lgs. n. 29/1993, D.lgs. n. 80/1998).

²⁷ Nigro M., *Lineamenti generali*, op. cit. Vedi anche D'Orta C, *Politica e amministrazione*, in *Il Lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni - Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona*, 2000, p. 371 ss., il quale evidenzia una contraddizione tra i principi di buon andamento (inteso in senso economico) e di imparzialità dell'amministrazione, "giacché efficacia ed efficienza implicano inevitabilmente discrezionalità, snellezza operativa e autonomia decisionale della dirigenza che non paiono facilmente conciliabili con le misure (prescrittive, di controllo, etc.) tradizionalmente poste a presidio della imparzialità amministrativa". Vi sarebbe quindi un conflitto latente fra i valori della garanzia e della efficienza.

l'esigenza di una organizzazione flessibile²⁸, che si esprime attraverso un maggior potere di auto-organizzazione dell'amministrazione basato su un assetto delle fonti meno rigido.

“Ma, poiché la piena attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione pubblica può essere perseguita e realizzata con modalità e strumenti diversi, egualmente efficaci, la cui scelta è rimessa, nei limiti della ragionevolezza, alla discrezionalità del legislatore²⁹, la Corte, nel dichiarare costituzionalmente illegittima una disposizione palesemente incongruente con i suddetti principi, auspica che il legislatore provveda a riesaminare ed a ridisciplinare gli aspetti segnalati, ai fini della piena e positiva attuazione dei valori costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione pubblica³⁰.”

E' compito del “legislatore operare le scelte, adottando una delle soluzioni possibili al fine di razionalizzare e riequilibrare il sistema³¹, sia con riferimento al possibile assetto delle fonti che agli istituti ed ai mezzi volti a garantire l'imparzialità ed il buon andamento dell'amministrazione.

3. La separazione tra l'organizzazione ed il rapporto di lavoro

Il primo punto da analizzare è quello della conformità dell'assetto delle fonti³² delineate dalla riforma con il principio della riserva di legge in materia di organizzazione, considerato che quest'ultima tradizionalmente comprendeva anche la disciplina e la gestione del rapporto di impiego dei dipendenti pubblici.

Come noto “l'impianto generale della riforma, incentrata sulla <<privatizzazione>> del pubblico impiego, ha condotto a valorizzare la distinzione tra organizzazione della pubblica amministrazione (la cui disciplina viene, in primo luogo, affidata alla legge) e rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti (regolati dalla contrattazione collettiva)”³³.

Tale processo di separazione tra i profili attinenti al personale e quelli relativi all'organizzazione ha trovato fondamento nella ricordata interpretazione secondo cui l'articolo 97 Cost. si limita a richiedere che la legge determini i *tratti fondamentali* dell'organizzazione, mentre, al di sotto di quest'ultimi, la scelta della fonte regolatrice rientra nel potere discrezionale del legislatore.³⁴

²⁸ Cerbo P., *Lo status del dirigente e l'imparzialità della pubblica amministrazione*, RIDL, 2002, II, p. 483 ss. Gardini G., *Imparzialità amministrativa e ruolo della dirigenza pubblica*, DA, 2001, 80.

²⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 103/1993, Corte Costituzionale, sentenza n. 40/1998, in www.giucost.org.

³⁰ Corte Costituzionale, sentenza n. 333/93, in www.giucost.org.

³¹ Corte Costituzionale, sentenza n. 68/1980, in www.giucost.org.

³² Sull'importanza della distribuzione della potestà di normazione in materia di organizzazione normativa e dell'assetto delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro dirigenziale vedi in particolare Pinelli C., *Imparzialità, buon andamento e disciplina differenziata del rapporto di lavoro dirigenziale*, nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 313/1996, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, 2, p. 2596 ss; Lupo N., *L'estensione della contrattualizzazione ai dirigenti generali supera il vaglio della Corte Costituzionale*, nota a Corte Costituzionale, ordinanza n. 11/2002, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, p. 83 ss; Panzeri L., *Dal regime pubblicistico alla privatizzazione della dirigenza pubblica*, nota a Corte Costituzionale, ordinanza n. 11/2002, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, p. 92 ss;

³³ Corte Costituzionale, sentenza n. 88/1996, in www.giucost.org

³⁴ Al riguardo, vedi la *L. n. 421/1992, articolo 2, comma 1*: “Il Governo è delegato ad “emanare (..) uno o più decreti legislativi, diretti al contenimento, alla razionalizzazione e al controllo della spesa per il settore del pubblico impiego, al miglioramento dell'efficienza e della produttività, nonché alla sua riorganizzazione; a tal fine è autorizzato a: a) prevedere, con uno o più decreti, salvi i limiti collegati al perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione delle pubbliche amministrazioni sono indirizzate, che i rapporti di lavoro e di impiego dei dipendenti delle amministrazioni dello Stato e degli altri enti di cui agli articoli 1, primo comma, e 26, primo comma, della legge 29 marzo 1983, n. 93, siano ricondotti sotto la disciplina del diritto civile e siano regolati mediante contratti individuali e

Con specifico riferimento ai rapporti di lavoro, si consolida la convinzione che vi è una “distinzione fra riserva di legge, effettivamente prevista dalla norma costituzionale, ed una pretesa riserva di regime pubblicistico dei dipendenti pubblici, che è invece il risultato della trasposizione, a livello costituzionale, di principi affermatasi nella legislazione ordinaria e, soprattutto, nella giurisprudenza³⁵. Il tradizionale statuto integralmente pubblicistico del lavoro con le pubbliche amministrazioni non costituisce un vincolo costituzionale³⁶ in quanto la riserva di legge prevista dall'articolo 97 Cost., nel prospettare la legittimità di una fonte di regolamentazione pubblicistica unilaterale, non impedisce certamente una diversa alternativa, che lasci spazio anche ad una fonte di regolamentazione negoziale³⁷. Il legislatore, poi, nella specifica materia, “deve esercitare la sua discrezionalità tenendo anche conto delle disposizioni costituzionali in materia di lavoro, le quali configurano la contrattazione collettiva quale strumento preferenziale di regolamentazione”³⁸.

collettivi (..); (..) c) (..) Sono regolate con legge, ovvero, sulla base della legge o nell'ambito dei principi dalla stessa posti, con atti normativi o amministrativi, le seguenti materie: 1) le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative; 2) gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; 3) i principi fondamentali di organizzazione degli uffici; 4) i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; 5) i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva. Le dotazioni complessive di ciascuna qualifica sono definite previa informazione alle organizzazioni sindacali interessate maggiormente rappresentative sul piano nazionale; 6) la garanzia della libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca; 7) la disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra l'impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici”; *il D.lgs. n. 29/1993 – testo originario - articolo 2 (Fonti):* “1. Le amministrazioni pubbliche sono ordinate secondo disposizioni di legge e di regolamento ovvero, sulla base delle medesime, mediante atti di organizzazione. 2. I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni delle sezioni II e III, capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, in quanto compatibili con la specialità del rapporto e con il perseguimento degli interessi generali nei termini definiti dal presente decreto. 3. I rapporti individuali di lavoro e di impiego di cui al comma 2 sono regolati contrattualmente. I contratti collettivi sono stipulati secondo i criteri e le modalità previste nel titolo III del presente decreto; i contratti individuali devono conformarsi ai principi di cui all'articolo 49, comma 2. (..)”; e *articolo 4 (Potere di organizzazione)* “1. Le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione per l'organizzazione degli uffici al fine di assicurare la economicità, speditezza e rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa. Nelle materie soggette alla disciplina del codice civile, delle leggi sul lavoro e dei contratti collettivi, esse operano con i poteri del privato datore di lavoro, adottando tutte le misure inerenti all'organizzazione ed alla gestione dei rapporti di lavoro”.

³⁵ La Corte Costituzionale non ha mancato di sottolineare che “*la disciplina del lavoro è pur sempre strumentale, mediata o immediatamente, rispetto alle finalità istituzionali assegnate agli uffici in cui si articola la pubblica amministrazione. Ad ogni modo, la disciplina pubblicistica di questi rapporti di lavoro si presenta tuttora come un dato che soltanto il legislatore può immutare. Ed anche se si intendesse privatizzare i rapporti di lavoro con lo Stato non collegati all'esercizio di potestà pubbliche, dovrebbero pur sempre essere conservati come rapporti di diritto pubblico quelli dei dipendenti, cui tale esercizio è o potrebbe essere affidato*”. Corte Costituzionale sentenze n. 68/1980. Vedi anche Corte Costituzionale sentenze n. 47/1976, n. 49/1976, n.118/1976, n.43/1977.

La concezione tradizionale del pubblico impiego, peraltro, è espressa con enfasi dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema di disegno di legge delega - Ad. Gen. Parere 31 agosto 1992 – ove si afferma: “*è inaccettabile che, con metodo nominalistico, sia consentito dichiarare privato ciò che è conglobato nel pubblico e, quindi, affievolire o separare la valutazione del pubblico interesse che è a fondamento della attività amministrativa, in modo che coloro che operano come organi dell'Ente pubblico, si trasformino, in tutto o in parte, da pubblici dipendenti e funzionari, in lavoratori privati, soggetti alle regole vigenti in settori estranei alla cura degli interessi della collettività. Il trasferimento del rapporto da pubblico in privato non può essere del tutto liberamente disposta dal legislatore, trattandosi di qualificazione che discendono dalla natura oggettiva dei rapporti e degli interesse che in questi sono implicati e che hanno riscontro nelle stesse strutture pubblicistiche nelle quali strumentalmente si inseriscono*”.

³⁶ D'Orta C., *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Il Lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni – Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona*, 2000, p. 150.

³⁷ Talamo V., *La privatizzazione del pubblico impiego e l'opera di Massimo D'Antona per non dimenticare*, in *Il lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, 2000, 220.

³⁸ Battini S., *Il personale*, Trattato di diritto amministrativo, a cura di Sabino Cassese, 2003, I, p. 422.

Prevale così una lettura dell'articolo 97 Cost. che “anziché isolare in sé tale disposizione, la coordina con i principi lavoristici contenuti in varie altre parti della Costituzione e, in particolare, con il principio di autoregolamentazione collettiva dei rapporti di lavoro stabilito dall'articolo 39 della Costituzione, sicuramente riferibile anche al lavoro nelle pubbliche amministrazioni”³⁹.

In proposito, la Corte Costituzionale, sin dalla sentenza 68/1980 aveva sottolineato come “la disciplina pubblicistica di questi rapporti di lavoro si presenta tuttora come un dato che soltanto il legislatore può immutare.” Per poi affermare, già nella sentenza n. 313/1996, come “l'imparzialità stessa non debba essere garantita necessariamente nelle forme dello statuto pubblicistico del dipendente”.

Ciò rende conto di una evoluzione della Corte circa l'assunto per il quale solo il modello interamente pubblicistico del rapporto di lavoro sarebbe in grado di garantire l'imparzialità dell'amministrazione, affermandosi invece il principio che “la scelta tra l'uno e l'altro regime resta affidata alla discrezionalità del legislatore, da esercitarsi in vista della più efficace ed armonica realizzazione dei fini e dei principi che concernono l'attività e l'organizzazione della pubblica amministrazione”⁴⁰. E il valore dell'imparzialità può essere in astratto non irrazionalmente integrato (o bilanciato) con quello del buon andamento-efficienza attraverso un “equilibrato dosaggio di fonti regolatrici”.

Secondo la Corte, il legislatore, infatti, può anche favorire la “regola, temperata da alcune eccezioni, del rapporto di lavoro subordinato privato”, considerato che “la privatizzazione (intesa quale applicazione della disciplina giuslavoristica di diritto privato) non rappresenta di per sé un pregiudizio per l'imparzialità del dipendente pubblico” e, in quanto ritenuta “più idonea alla realizzazione delle esigenze di flessibilità nella gestione del personale sottese alla riforma”, è “strumentale ad assicurare il buon andamento dell'amministrazione”. Al contempo, però, è necessario riservare alla “legge una serie di profili ordinamentali” in modo da sottrarre alla contrattazione “tutti quegli aspetti in cui il rapporto di ufficio implica lo svolgimento di compiti che partecipano del momento organizzativo della pubblica amministrazione”⁴¹.

In sostanza, il rapporto di lavoro può essere “attratto nell'orbita della disciplina civilistica per tutti quei profili che non sono connessi al momento esclusivamente pubblico dell'azione amministrativa”⁴².

La giurisprudenza costituzionale, nella materia dell'impiego con le pubbliche amministrazioni, riconosce così la “compresenza di due profili: un *profilo organizzativo*, che richiede regole speciali, di diritto pubblico; ed un *profilo lavoristico*, che, anche in virtù del principio di eguaglianza, impone invece regole comuni, dettate dal *diritto (privato) del lavoro* per il complesso dei lavoratori dipendenti (pubblici e privati)”⁴³.

E con tale ricostruzione, basata su una stretta corrispondenza tra regole pubblicistiche e principio di imparzialità, da un lato, e tra regole privatistiche e principio di buon andamento, dall'altro, la Corte legittima la privatizzazione della dirigenza pubblica, considerato che questa sottopone il rapporto di lavoro (o di servizio) del dirigente al diritto comune ed alla contrattazione, e

³⁹ D'Orta C., *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, op.cit.

⁴⁰ Corte Costituzionale, sentenza n. 313/1996, in www.giurcost.org.

⁴¹ Corte Costituzionale, sentenza n. 316/1993, par. 4.1 motivazione in diritto; Corte Costituzionale, ordinanza n. 11-02.

⁴² Corte Costituzionale, sentenza n. 309/1997, par. 2.1.2 motivazione in diritto. Sul punto vedi D'Orta C., op. cit. il quale sottolinea come l'affermazione della Corte lasci il dubbio su quali possano essere i “profili connessi al momento esclusivamente pubblico dell'azione amministrativa”, rimettendo il criterio ermeneutico ad una categoria giuridica assai discutibile come quella della connessione.

⁴³ Battini S., *Il personale*, in Trattato di diritto amministrativo, a cura di Sabino Cassese, 2003, p. 406 ss.

mantiene invece in regime pubblicistico quello d'ufficio, attinente alla posizione di immedesimazione organica.

Sembra delinarsi, così, una ulteriore equazione tra rapporto di lavoro e fonti privatistiche, da una parte, e rapporto di ufficio e fonti pubblicistiche dall'altro, dove, però, non trovano puntuale conferma alcune disposizioni attualmente vigenti, in special modo quelle in cui figura una stretta connessione tra i due rapporti.

Così, ad esempio, il trattamento economico accessorio dei dirigenti, previsto genericamente dalla contrattazione collettiva, nel suo ammontare è subordinato al tipo di incarico conferito ed alla valutazione dei risultati conseguiti. Anche la disciplina della risoluzione del rapporto di lavoro⁴⁴ non sembra essere automaticamente riconducibile al codice civile. A tale ultimo riguardo, la stessa Corte sottolinea come *“l'applicabilità al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti delle disposizioni previste dal codice civile comporta non già che la pubblica amministrazione possa liberamente recedere dal rapporto stesso, ma semplicemente che la valutazione dell' idoneità professionale del dirigente è affidata a criteri ed a procedure di carattere oggettivo - assistite da un'ampia pubblicità e dalla garanzia del contraddittorio - a conclusione delle quali soltanto può essere esercitato il recesso”*⁴⁵.

Ed ancora che *“non si esclude - sul piano costituzionale - che il legislatore possa prevedere come misura sanzionatoria della condotta dirigenziale anche la rimozione dall'impiego nei casi di maggiore gravità; questa deve avvenire in base a previsione normativa e con le relative proprie garanzie procedurali”*⁴⁶.

4. La distinzione tra “macro” e “micro” organizzazione.

L'interpretazione della natura relativa della riserva di legge in materia di organizzazione ha consentito, altresì, di affermare l'esistenza nel nostro ordinamento di una “riserva di amministrazione”, intesa come esistenza di settori attribuiti alla competenza normativa dell'amministrazione e corrispondentemente sottratta, in tutto o in parte, alla competenza della legge⁴⁷.

⁴⁴ Al riguardo, vedi Boscato S., *Verifica dei risultati. Responsabilità dirigenziale*, in *Il Lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni – Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona*, 2000; Tullini P., *La responsabilità del dirigente pubblico (una lettura in chiave giuslavoristica)*, in *ADL* 2000, p. 591; Mainardi S., *Potere e responsabilità disciplinare*, in *Il Lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni – Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona*, 2000; Battini S., *Il personale*, Trattato di diritto amministrativo, a cura di Sabino Cassese, 2003, I, p. 540 ss.

⁴⁵ Corte Costituzionale, sentenza n. 316/1993, par. 4.1.1. motivazione in diritto.

⁴⁶ Corte Costituzionale, sentenza n. 193/2002, par. 3 motivazione in diritto. Sulla specialità del rapporto di servizio del dirigente vedi Battini S., *Il personale*, op. cit.

⁴⁷ Calcagnile M., *Organizzazione degli uffici e riserva di amministrazione nello Stato e nelle Autonomie*, in studi e contributi www.giustizia-amministrativa.it, il quale sottolinea che, secondo opinioni ormai consolidate, la riserva di legge di cui all'art. 97 Cost. opera in una duplice direzione: infatti, in materia di organizzazione non vi è soltanto una riserva (relativa) a favore del legislatore (statale o regionale), ma vi è anche una riserva di potere normativo in capo agli organi di vertice dell'amministrazione. Ciò è alla base della convinzione che la funzione di organizzazione, e quindi anche la funzione di indirizzo e di guida dell'attività amministrativa che la medesima assolve, sia distribuita tra il legislatore e gli organi di vertice dell'amministrazione interessata; pertanto, la funzione organizzatrice spetta all'amministrazione in sé, in quanto l'organizzazione deve essere “modellata sugli interessi che deve curare”, mentre la disciplina legislativa deve limitarsi ad individuare i tratti fondamentali dell'organizzazione in modo tale da assicurare l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa.

Si colloca, quindi, in tale contesto bifronte anche il principio - sancito dal legislatore con la c.d. seconda fase della privatizzazione⁴⁸ - secondo il quale, nell'ambito delle leggi e degli atti che definiscono le linee fondamentali dell'organizzazione - adottati dalle amministrazioni in base ai principi generali fissati da disposizioni di legge e secondo i rispettivi ordinamenti - gli organi preposti alla gestione assumono le "determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro con le capacità ed i poteri del privato datore di lavoro"⁴⁹.

Per completare la privatizzazione⁵⁰, infatti, è stata modificata la linea di confine tra le materie riservate alle fonti unilaterali pubblicistiche e le materie assoggettate alla privatizzazione, in modo da estendere la privatizzazione alla c.d. micro-organizzazione: "fermo restando il regime pubblicistico per quelle determinazioni che risultano rilevanti in termini di linee portanti dell'organizzazione" viene "ricondata al regime di diritto privato ogni altra determinazione attinente l'organizzazione; unificandone così il regime (nel riferimento ai "poteri del privato datore di lavoro") con tutto quanto riguarda la gestione del rapporto di lavoro"⁵¹.

⁴⁸ Al riguardo, vedi *la L. n. 59/1997, articolo 11, comma 4*: "Anche al fine di conformare le disposizioni del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, alle disposizioni della presente legge recanti principi e criteri direttivi per i decreti legislativi da emanarsi ai sensi del presente capo, ulteriori disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, possono essere emanate entro il 31 ottobre 1998. A tal fine il Governo, in sede di adozione dei decreti legislativi, si attiene ai principi contenuti negli articoli 97 e 98 della Costituzione, ai criteri direttivi di cui all'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, a partire dal principio della separazione tra compiti e responsabilità di direzione politica e compiti e responsabilità di direzione delle amministrazioni, nonché, ad integrazione, sostituzione o modifica degli stessi ai seguenti principi e criteri direttivi: a) completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato e la conseguente estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privato nell'impresa; estendere il regime di diritto privato del rapporto di lavoro anche ai dirigenti generali ed equiparati delle amministrazioni pubbliche, mantenendo ferme le altre esclusioni di cui all'articolo 2, commi 4 e 5, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29; (...); il D.lgs. n.29/1993, come modificato dal D.lgs. n. 80/1998 - ora d.lgs n. 165/2001 - art. 2 (Fonti), comma 1: "1. Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimo, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive. Esse ispirano la loro organizzazione ai seguenti criteri: a) funzionalità rispetto ai compiti e programmi di attività, nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità. (...); b) ampia flessibilità, garantendo adeguati margini alle determinazioni operative e gestionali da assumersi ai sensi dell'articolo 5, comma 2; (...); d) garanzia dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa (...)", e l'articolo 5 (potere di organizzazione), comma 2: "2. Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro".

⁴⁹ Articolo 5, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 (vedi nota n. 48). Sull'importanza del riconoscimento delle capacità e dei poteri del privato datore di lavoro agli "organi preposti alla gestione" vedi E. Ales, *Le prerogative datoriali della dirigenza pubblica alla prova del quadro legale*, in *Lav. p.a.*, 2002, III - IV, 449 ss., il quale sottolinea che "dalla contrattualizzazione del rapporto di lavoro, quale quella operata con il D.lgs. n. 29/1993, con le modifiche riconducibili alla L. n. 59/1997 si è attuata una "privatizzazione a tutto tondo" il cui *proprium* consiste nella centralità assunta dal diritto del lavoro a seguito del riconoscimento agli "organi preposti alla gestione" della capacità e dei poteri del privato datore di lavoro. Caratteristica essenziale di tale centralità è l'essere stata realizzata non tanto attraverso la disciplina di dettaglio dei singoli istituti, quanto mediante una clausola generale di qualificazione del soggetto che gestisce i rapporti di lavoro, immediatamente identificativa di una situazione giuridica tipica, non solo genericamente riconducibile al diritto privato. Infatti, l'obiettivo del legislatore delegato nell'articolo 5, c.2, del d.lgs. n. 165/2001 è stato quello di circoscrivere e precisare non il *quantum* - (...) che, in quanto tale, è destinato a variare a seconda della discrezionalità del legislatore - ma il *quid* di privato che intendeva inserire nel contesto pubblicistico".

⁵⁰ Alcuni aspetti che riguardavano il rapporto di lavoro erano infatti rimasti in regime pubblicistico. Savino M., *Le riforme amministrative*, op. cit. p. 2233.

⁵¹ Corpaci A., *La riforma del d.lgs. 29/1993 con riferimento al sistema delle fonti di regolazione del rapporto di lavoro e dell'organizzazione degli uffici e ai relativi riflessi in ordine giurisdizionale*, in *Riforma del lavoro pubblico e riforma della pubblica amministrazione (1997-1998)*, a cura di M. D'Antona.

La domanda che ci si pone, quindi, è se possa essere considerata costituzionalmente legittima la nuova scelta del legislatore di demandare alla potestà privatistica delle pubbliche amministrazioni non soltanto la gestione dei rapporti di lavoro, ma anche una parte dell'organizzazione e, in specie, quella qualificata come organizzazione "bassa" o micro-organizzazione⁵².

Allo stato, qualche "indizio" sulla questione sembra potersi ravvisare in alcune precedenti decisioni della Corte, laddove si afferma che "*l'organizzazione, nel suo nucleo essenziale (e dunque solo in questo nucleo) resta necessariamente affidata alla massima sintesi politica espressa dalla legge nonché alla potestà amministrativa nell'ambito di regole che la stessa pubblica amministrazione previamente pone*"⁵³, e nelle quali si sottolinea che l'organizzazione della pubblica amministrazione è affidata "*in primo luogo*"⁵⁴ alla legge⁵⁵. Non sembra, quindi, esserci in Costituzione – secondo la lettura sin qui avallata dalla Corte - una competenza esclusiva del potere normativo-amministrativo. Come già accennato, solo il "nucleo essenziale" dell'organizzazione deve essere disciplinata dalla legge o, al di sotto di essa, da atti del potere amministrativo. Al di là di questo ambito, al fine di una migliore allocazione delle risorse strumentali ed umane assegnate, il legislatore potrebbe anche affidare alla potestà privatistica dell'organo preposto alla gestione le determinazioni organizzative, risultando così potenzialmente conforme a Costituzione l'assetto del potere organizzativo stabilito dalla riforma⁵⁶.

Ricondotti, così, gli aspetti attinenti al potere di gestione del personale, ivi compresi i possibili "profili organizzativi", ai poteri ed alle capacità del privato datore di lavoro, la conseguenza logica sembra essere quella di poter qualificare tutti gli atti che ne discendono come "atti negoziali", a fronte dei quali i lavoratori si trovano a poter vantare dei diritti soggettivi⁵⁷.

⁵² Sull'intento del legislatore di trasformare il dirigente pubblico in manager tramite l'affidamento a quest'ultimi di poteri sull'organizzazione del lavoro e attraverso il superamento del modello burocratico tradizionale (dirigenti che operano per obiettivi e programmi e non per atti), vedi V. Talamo, "*Le funzioni dei dirigenti*", in *Il Lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni – Commentario* diretto da F. Carinci e M. D'Antona, 2000, p. 691 ss.

⁵³ Corte Costituzionale, sentenza n. 309/1997, par. 2.1.2 motivazione in diritto, in www.giurcost.org.

⁵⁴ Corte Costituzionale, sentenza n. 88/1996, par. 4 motivazione in diritto, in www.giurcost.org.

⁵⁵ Di converso, la Corte non ha mai affermato la necessità di mantenere tutta l'organizzazione in regime pubblicistico.

⁵⁶ Sul punto vedi D'Orta C., *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, op.cit., secondo il quale - assumendo come chiave di lettura generale il principio di legalità, a cui sembrano ispirarsi i principi costituzionali sulla riserva di legge in tema di organizzazione degli uffici e sulla determinazione normativa delle competenze ed attribuzioni dei funzionari - il fattore di discriminare per ritenere sospetta di incostituzionalità una norma sembra essere costituito "dall'attribuzione, all'ufficio, di una competenza giuridicamente rilevante verso l'esterno o anche solo all'interno dell'amministrazione, la cui lesione sia suscettibile di tradursi in vizio di legittimità del procedimento con cui è esercitata la funzione pubblica (e, cioè, in violazione del principio di legalità). Una impostazione di questo tipo sembra alla base del ragionamento di A. Orsi Battaglini (1993, 472), là dove afferma che "il principio di legalità-garanzia richiede certamente la definizione...di elementi attinenti all'organizzazione (o meglio di raccordo tra organizzazione e l'atto) come la competenza...mentre una sua proiezione sull'intera area interna appare irragionevole ed ultronea".

⁵⁷ Tale considerazione ha portato a definire l'articolo 5 del d.lgs. n. 165/2001 "chiave di lettura" del nuovo riparto di giurisdizione operato dalla riforma. Cerulli Irelli, dalla Giornata di studio tenutasi a Roma, 12 ottobre 2001, presso il Consiglio di Stato, sul tema "Il riparto di giurisdizione nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni"; Bolognino D., *Il conferimento degli incarichi dirigenziali pubblici al vaglio della Corte Costituzionale*, in DL, nov-dic. 2001, p. 527; Nicosia G., *La Cassazione blinda la privatizzazione del rapporto di lavoro dirigenziale*, in GDA n. 10/2004, p.1099; diversamente, Romano, dalla Giornata di studio tenutasi a Roma, 12 ottobre 2001, presso il Consiglio di Stato, sul tema "Il riparto di giurisdizione nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni", per il quale la natura privatistica dell'atto finale non fa venir meno la funzionalizzazione delle scelte della P.A., che devono essere giudicate dal G.A.; Carinci, dalla Giornata di studio tenutasi a Roma, 12 ottobre 2001, presso il Consiglio di Stato, sul tema "Il riparto di giurisdizione nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni"; Liso F., *La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in *Il Lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni – Commentario*

In tal senso, troverebbe una sua piena collocazione nel sistema anche un altro importante tassello disposto dal legislatore per privatizzare il pubblico impiego, quale quello della devoluzione al giudice ordinario, in funzione del giudice del lavoro, di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, incluse quelle concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali⁵⁸.

In merito alla questione relativa alla giurisdizione, tuttavia, la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 275/2001⁵⁹, non ha considerato determinante la natura dell'atto, ma semplicemente la scelta da parte del legislatore di adottare un criterio di riparto per materia.⁶⁰ Ed alle contrapposte affermazioni del *giudice a quo*, secondo il quale l'atto di conferimento di un incarico dirigenziale⁶¹, al pari dell'atto di revoca, ha natura di provvedimento amministrativo, e dell'Avvocatura dello Stato, per il quale "l'atto di conferimento di un incarico dirigenziale (...) rappresenta una modalità di svolgimento del rapporto di lavoro ormai contrattualizzato", la Corte risponde che il legislatore, nel "*modellare e fondare tutti i rapporti dei dipendenti della amministrazione pubblica (compresi i dirigenti) secondo <<il regime di diritto privato del rapporto di lavoro>>, ha voluto che, sia pure tenendo conto della specialità del rapporto e delle esigenze del perseguimento degli interessi generali, le posizioni soggettive degli anzidetti dipendenti delle pubbliche amministrazioni, compresi i dirigenti di qualsiasi livello, fossero riportate, quanto alla tutela giudiziaria, nell'ampia categoria dei diritti di cui all'art. 2907 cod. civ. come intesa dalla più recente giurisprudenza di legittimità (v. Cass., Sezioni unite, n. 41 del 2000), traendone le conseguenze anche sul piano del riparto della giurisdizione, a tutela degli stessi dipendenti*". Si tratta, in definitiva, di "una norma

diretto da F. Carinci e M. D'Antona, 2000, per i quali, dopo la privatizzazione, si verrebbero a configurare degli interessi legittimi di diritto privato.

⁵⁸ Articolo 68 (controversie relative ai rapporti di lavoro) del D.lgs. n. 29/1993 (ora art. 63 del D.lgs. n. 165/2001) come modificato, da ultimo, dall'articolo 18 del D.lgs. n. 387/1998: "Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo. 2. Il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati. Le sentenze con le quali riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro. (...)4. Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi."

⁵⁹ Relativa alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 del decreto legislativo 29 ottobre 1998, n. 387, modificativo dell'art. 68, comma 1, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e specificamente concernente la parte in cui detta norma ha devoluto al giudice ordinario le controversie concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali.

⁶⁰ Bolognino D., *Il conferimento degli incarichi dirigenziali pubblici al vaglio della Corte Costituzionale*, op.cit.

⁶¹ Art. 19 del d.lgs. n. 29/1993, come modificato dal d.lgs. n. 387/1998: "2. Tutti gli incarichi di direzione degli uffici delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, sono conferiti a tempo determinato, secondo le disposizioni del presente articolo. Gli incarichi hanno durata non inferiore a due anni e non superiore a sette anni, con facoltà di rinnovo. Sono definiti contrattualmente, per ciascun incarico, l'oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata dell'incarico, salvi i casi di revoca di cui all'articolo 21, nonché il corrispondente trattamento economico. Quest'ultimo è regolato ai sensi dell'articolo 24 ed ha carattere onnicomprensivo".

di chiusura e di completamento delle previsioni (..) finalizzate a perfezionare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato"⁶².

In particolare, la Corte ha successivamente specificato che *"in ogni caso, qualsiasi problema sulla natura dell'atto di conferimento o di revoca degli incarichi dirigenziali non incide sulla attribuzione della giurisdizione effettuata dal legislatore"*⁶³.

Ciò ha portato ad osservare che *"nella nuova logica di una giurisdizione ridistribuita anche per materie, perdono valenza selettiva sia la qualificazione dell'atto in termini di pubblico o privato, sia la ricostruzione della posizione protetta in termini di interesse legittimo o di diritto soggettivo"*.⁶⁴

Da presupposti diversi sembra invece muoversi la Corte di Cassazione nella sentenza n. 5659/2004, per la quale è invece la natura dell'atto a determinare il regime giuridico⁶⁵. Così, la Suprema Corte, nell'affermare che l'atto di conferimento⁶⁶ ha natura di determinazione assunta dall'amministrazione con le capacità ed i poteri del privato datore di lavoro, sottolinea come *"la riconduzione del potere di conferimento degli incarichi nella categoria dei poteri privati con tutto l'apparato di controllo che la giurisprudenza del lavoro ha elaborato da tempo risalente, sembra costituire il giusto punto di equilibrio tra le esigenze di flessibilità (perseguite con la <<privatizzazione>>) e quelle di garanzia del personale dirigenziale, con risultati conformi ai precetti costituzionali. La Corte Costituzionale, infatti, ribadendo che la <<privatizzazione>> comporta la protezione degli interessi dei dirigenti con la consistenza del diritto soggettivo, ha più volte sottolineato come sia indispensabile che il regime di diritto privato assicuri comunque tutela adeguata dei dirigenti onde garantirne l'imparzialità (C. cost. n. 313 del 1996, n.11 del 2002, n. 193 del 2002)"*⁶⁷.

5. Moduli privatistici, perseguimento dell'interesse pubblico e ruolo della dirigenza.

⁶² Corte Costituzionale, sentenza n. 275/2001, in www.giurcost.org.

⁶³ Corte Costituzionale, sentenza n. 525/2002, in www.giurcost.org.

⁶⁴ Carinci F., *Regola maggioritaria, alternanza e bulimia riformatrice*, in LPA, 2002, p. 845 ss, il quale sostiene che l'eventuale riqualificazione in termini di provvedimento - da parte della l. n. 145/2002 - dell'atto di conferimento degli incarichi dirigenziali non provoca una modifica della giurisdizione, considerata la ormai concorde giurisprudenza costituzionale, amministrativa ed ordinaria.

⁶⁵ Nicosia G., *La Cassazione blinda la privatizzazione del rapporto di lavoro dirigenziale*, *op. cit.*

⁶⁶ L'articolo 19, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dalla L. n. 145/2002, prevede che *"Con il provvedimento di conferimento dell'incarico (..) sono individuati l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire con riferimento alle priorità, ai piani e ai programmi definiti dall'organo di vertice nei propri atti di indirizzo ed alle eventuali modifiche degli stessi che intervengano nel corso del rapporto, nonché la durata dell'incarico, che deve essere correlata agli obiettivi prefissati e che, comunque, non può eccedere, per gli incarichi di funzione dirigenziale di cui ai commi 3 e 4, il termine di tre anni e, per gli altri incarichi di funzione dirigenziale, il termine di cinque anni. Gli incarichi sono rinnovabili. Al provvedimento di conferimento dell'incarico accede un contratto individuale con cui è definito il corrispondente trattamento economico, nel rispetto dei principi definiti dall'articolo 24. È sempre ammessa la risoluzione consensuale del rapporto"*.

⁶⁷ Per una più ampia trattazione, vedi Bolognino D., *Il conferimento degli incarichi dirigenziali pubblici al vaglio della Corte Costituzionale*, *op. cit.*; Nicosia G., *La Cassazione blinda la privatizzazione del rapporto di lavoro dirigenziale*, *op. cit.*; Caringella F., *Il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. - La tutela giurisdizionale*, in Corso di Diritto Amministrativo, giuffrè, 2004.

Un altro importante quesito da porsi è poi se l'introduzione di moduli privatistici nell'organizzazione dell'amministrazione consente o meno a quest'ultima di perseguire l'interesse pubblico⁶⁸.

All'affermazione del *giudice a quo* che il superamento del modello pubblicistico del rapporto di lavoro avrebbe pregiudicato il corretto esercizio delle funzioni pubbliche a vantaggio della collettività, la Corte ha sottolineato che attraverso il nuovo e diverso modello il legislatore ha *"inteso garantire, senza pregiudizio dell'imparzialità, anche il valore dell'efficienza contenuto nel precetto costituzionale, grazie a strumenti gestionali che consentono, meglio che in passato, di assicurare il contenuto della prestazione in termini di produttività ovvero una sua ben più flessibile utilizzazione. Dati, questi ultimi, dei quali la Corte ha sottolineato il carattere strumentale rispetto al perseguimento della finalità del buon andamento della pubblica amministrazione"*⁶⁹, *"salvi peraltro restando i limiti collegati al perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione delle pubbliche amministrazioni sono indirizzate"*⁷⁰.

Per la Corte, quindi, l'introduzione di moduli privatistici nel rapporto di lavoro, e si deve presumere anche nell'organizzazione strettamente intesa, non esprime, di per sé, un pregiudizio per il perseguimento dell'interesse pubblico. Anzi, la Corte ha tenuto ad affermare che *"la sostanziale conformità a Costituzione del mutamento operato nella natura giuridica del rapporto dei dipendenti pubblici può essere affermata (...) anche avuto riguardo alle finalità di decentramento, snellimento e semplificazione di apparati e procedure, espresse dalla più recente legislazione."*⁷¹

Tale ultimo passaggio fa registrare un ulteriore orientamento inteso ad inquadrare la riforma *"nell'ambito del più complessivo indirizzo legislativo contrassegnato da un superamento della vecchia concezione che vedeva la pubblica amministrazione come destinata ad operare necessariamente secondo moduli unilaterali ed autoritativi, ritenuti gli unici idonei a garantire il perseguimento del pubblico interesse"*⁷².

La conclusione sembra essere quella che l'organizzazione degli uffici, l'organizzazione del lavoro e la disciplina e gestione dei rapporti di lavoro – cioè gli elementi del potere organizzativo complessivamente inteso – sono legati da un unitario vincolo di scopo, come quello di assicurare l'imparzialità ed il buon andamento dell'amministrazione, ma che per nessuno di essi tale vincolo richiede l'integrale sottoposizione al regime pubblicistico.

Anche nell'area assoggettata a privatizzazione, quindi, la strumentalità⁷³ alla realizzazione dell'interesse pubblico della disciplina dell'organizzazione non viene meno, ma si trasforma in un obiettivo di risultato il cui perseguimento sembra essere affidato proprio alla professionalità⁷⁴ del

⁶⁸ L'intento di superare l'interpretazione tradizionale e giustificare l'impostazione contenuta nel D.lgs. 29/93, ha portato parte della dottrina ad affermare che soltanto l'organizzazione strutturale sarebbe soggetta ai principi di imparzialità e buon andamento (interesse pubblico al ..), mentre la disciplina e la gestione dei rapporti di lavoro vi sarebbero sottratte e potrebbero perciò essere sottoposte ad un regime privatistico e, in qualche modo, liberate nel fine (interesse privatistico della pubblica amministrazione-datore di lavoro).

⁶⁹ Corte Costituzionale, sentenza 309/1997, par. diritto 2.1.2

⁷⁰ Corte Costituzionale, sentenza n. 313/1996, par. diritto 4.1.

⁷¹ Corte Costituzionale, sentenza n. 309/1997, par. diritto 2.1.3.

⁷² Liso F., *La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in *Il Lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni* – Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona, 2000, p. 195ss.

⁷³ Per la relazione di strumentalità esistente tra gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni e l'organizzazione amministrativa vedi Corte costituzionale, sentenze n. 52/1981 e n.728/1988, in www.giurcost.org.

⁷⁴ Sul punto vedi in particolare Garilli A. *Profili dell'organizzazione e tutela delle professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 16/2003, il quale sottolinea come la professionalità "nel suo significato comunemente accettato di grado di qualificazione del rapporto richiesto per l'esecuzione della prestazione e di promozione professionale, rappresenta un elemento di ambivalenza e di tensione con il potere politico e

dirigente, obiettivo del quale lo stesso è chiamato a rispondere attraverso il complesso circuito della responsabilità⁷⁵.

Una tale lettura, peraltro, sembra essere confermata dalla Corte stessa, laddove si legge, con riferimento ai poteri di gestione delle risorse umane: *“il rapporto di lavoro sempre più si va configurando nella sua propria essenza di erogazione di energie lavorative, che, assunta tra le diverse componenti necessarie dell'organizzazione della pubblica amministrazione, deve essere funzionalizzata al raggiungimento delle finalità istituzionali di questa”*⁷⁶.

6. Le garanzie a tutela della professionalità della dirigenza: dalle garanzie di status alle garanzie di sistema.

Ma la professionalità del dirigente pubblico trova delle garanzie nell'ambito della Carta Costituzionale, in modo che il compito affidatogli di perseguire l'interesse pubblico sia liberamente perseguibile senza alcuna ingerenza da parte della politica?

Quale discrezionalità è riconosciuta al legislatore nel disegnare uno *status* del dirigente coerente al dovere di assicurare l'imparzialità ed il buon andamento dell'amministrazione?

L'affermazione che i Ministri sono responsabili individualmente degli atti dei propri dicasteri (art. 95 Cost.), da un lato, ed i principi di imparzialità dell'amministrazione (art. 97, c.1 e 3 Cost; art. 98, c.1) e di competenza e responsabilità dei funzionari (art. 97, c.1 e 2, Cost.), dall'altro, non sembrano certo fornire delle indicazioni univoche⁷⁷.

La cornice costituzionale in cui il legislatore si muove per riconoscere il ruolo della dirigenza pubblica è, dunque, la stessa in cui si muove il delicato rapporto tra politica ed amministrazione.

Ed è su questa difficile linea di confine che si è delineato, dapprima, un modello in cui agli organi politici è stato riconosciuto un forte potere di gestione ma un limitato potere di scelta dei dirigenti attraverso le cosiddette *“garanzie di status dei dirigenti”*, per poi passare a quello delineato dalla riforma, che invece riconosce alla politica un ruolo di indirizzo e di verifica dei risultati ed un'ampia discrezionalità in materia di nomine dirigenziali, affidando di contro la concreta amministrazione ai dirigenti.

In tale quadro si inseriscono le argomentazioni espresse dal Tar Lazio nell'ordinanza del 15 luglio 1995 con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli articoli 3 e 97 Cost., delle disposizioni volte a ricondurre i rapporti di lavoro dei dirigenti non generali nell'ambito della disciplina del diritto civile⁷⁸; secondo quel tribunale, infatti, *“le ampie*

con il sistema organizzativo degli uffici e del lavoro. La professionalità, infatti, non solo è funzionale alla produttività-efficienza, ponendosi in correlazione con le tecniche di amministrazione concernenti l'organizzazione e i metodi di lavoro, ma costituisce strumento di difesa del corpo burocratico dagli assalti dell'esecutivo”.

⁷⁵ Liso F., *La privatizzazione del rapporto di lavoro*, op. cit., p. 231; Paolucci L., *Principi in materia di organizzazione e gestione del personale*, Il Lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni – Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona, 2000, p. 520 ss., il quale sottolinea che *“una sana e corretta gestione del personale non può che risultare elemento di organizzazione amministrativa efficiente”*.

⁷⁶ Corte Costituzionale, sentenza n. 309/1997, par. diritto 2.1.3, in www.giurcost.org. Una diversa lettura del medesimo passaggio della sentenza è fornito da D'Orta C., op. cit., p. 170, il quale vi intravede una reminiscenza della tradizione del pubblico impiego funzionalizzato.

⁷⁷ Per una più ampia trattazione vedi D'Orta C., *Politica e amministrazione*, op. cit., p. 371 ss.

⁷⁸ Ci si riferisce alla prima fase della privatizzazione: art. 2, comma 1, lettera a) della L. n. 421/1992, rt.2, commi 2 e 4, 12, commi 2 e 4, 16, 17 e 20, comma 1, del D.lgs. n. 29/1993, nella parte in cui tali articoli mantenevano il rapporto pubblicistico di servizio per i soli dirigenti generali e privatizzavano viceversa lo status degli altri dirigenti.

*attribuzioni assegnate ai dirigenti, strumentali ad una puntuale soddisfazione dei pubblici interessi, non sarebbero garantite dall'inserimento del rapporto nella contrattazione collettiva di diritto comune con la conseguente perdita della "forte stabilità del rapporto d'impiego". Ed ancora, i ricorrenti denunciano una "rottura del nesso tra garanzie di status dei funzionari pubblici e garanzie d'imparzialità nell'esercizio delle loro funzioni"*⁷⁹.

Così nella successiva ordinanza del Tar Lazio del 21 giugno 2000, relativa alla privatizzazione del rapporto di lavoro anche per i dirigenti generali⁸⁰ si sostiene che la normativa *"elude il valore sostanziale enunciato dall'articolo 97 Cost., ossia che ai vertici degli apparati burocratici deve essere assicurato uno status coerente al dovere della imparzialità e del buon andamento. E tale non può ritenersi una disciplina che assoggetta l'acquisizione e la conservazione dell'incarico di direzione degli uffici di livello dirigenziale generale al gradimento del vertice politico dell'amministrazione"*.

In altri termini, sia per il rapporto di servizio (prima ordinanza) che per il rapporto d'ufficio (seconda ordinanza) del dirigente, il giudice a quo ritiene che il principio di imparzialità debba necessariamente ripercuotersi sullo *status* del dirigente, diventando così espressione di una garanzia costituzionale alla "stabilità" del dirigente, senza la quale non sembra possibile poter garantire la necessaria autonomia dal potere politico.

Al riguardo, la Corte sottolinea come *"la disciplina della dirigenza non può essere avulsa dal complessivo sistema instaurato con la riforma (...). Una consimile unilaterale prospettazione - che è quella ricavabile dall'ordinanza di rimessione - cristallizzerebbe infatti il tema in termini di status e non coglierebbe viceversa l'aspetto dinamico-funzionale dell'attuale collocazione della dirigenza"*⁸¹.

E questa nuova collocazione risulta alla Corte conforme a Costituzione, considerato che per i dipendenti pubblici (dirigenti o no) *"non vi è - come accade per i magistrati - una garanzia costituzionale di autonomia da attuarsi necessariamente con legge attraverso uno stato giuridico"*

⁷⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 313/1996, par. 1 e 3 motivazione in fatto. Per status l'impostazione tradizionale intendeva quella "posizione del dipendente pubblico nell'ambito della comunità statale, caratterizzata da una particolare subordinazione rispetto allo Stato (e di conseguenza all'amministrazione che ne è parte), più intensa di quella implicita nel normale rapporto di cittadinanza". Una vera e propria "assimilazione del rapporto di impiego con l'amministrazione alla relazione fra il cittadino e lo Stato: un rapporto, cioè, non paritario, ma di sottomissione dell'uno all'altro; un rapporto, inoltre, non conflittuale, ma di immedesimazione, cui è assolutamente estranea ogni idea di scambio e di corrispettività. Ed è proprio attraverso la riconduzione dell'amministrazione allo Stato (e dell'impiegato al cittadino), che si intendeva garantire l'imparzialità, poiché la soggezione allo Stato-ordinamento avrebbe dovuto escludere o limitare la soggezione allo Stato-governo". Battini S., *Il personale*, Trattato di diritto amministrativo, a cura di Sabino Cassese, 2003, I, p. 392 ss.

⁸⁰ Ci si riferisce alla seconda fase della privatizzazione.

⁸¹ Corte costituzionale, sentenza n. 313/1996, par. 4.1 motivazione in diritto. E' da notare che tale approccio di "sistema" è rinvenibile nella stessa legge delega. E' la stessa Corte che nella sentenza n. 193/2002 osserva che "La finalità generale posta dalla legge di delega 23 ottobre 1992, n. 421, era quella di un <<miglioramento dell'efficienza e della produttività del settore pubblico>>. A tal fine si prevedeva la separazione tra compiti di direzione politica e quelli di direzione amministrativa, con autonomi poteri di direzione, vigilanza, controllo e gestione (lettera g, numero 1) ed inoltre <<la mobilità, anche temporanea, dei dirigenti, nonché la rimozione dalle funzioni e il collocamento a disposizione in caso di mancato conseguimento degli obiettivi prestabiliti della gestione>> (lettera g, numero 3). Per quanto attiene allo *status giuridico dei dirigenti*, quindi, la *ratio* dell'intervento da realizzarsi era rappresentata, da un lato, dal <<rafforzamento dei poteri di impulso, direzione e coordinamento>>, e, dall'altro, da <<una verifica dei risultati di gestione e più precise responsabilità dirigenziali>>. Inoltre, <<nell'ambito di una prospettiva generale di separazione tra politica e amministrazione e di connesso riconoscimento di autonomia gestionale>> venivano indicati come obiettivi <<la massima flessibilità e agilità nel reclutamento, nella mobilità e nei procedimenti di rimozione dalle funzioni in caso di accertata incapacità a raggiungere gli obiettivi programmati>>".

particolare che assicuri, ad es., stabilità ed inamovibilità". Rientra, quindi, nella "discrezionalità del legislatore disegnare l'ambito di estensione di tale privatizzazione, con il limite del rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione e della non irragionevolezza della disciplina differenziata".⁸²

E proprio al fine di assicurare il buon andamento e l'efficienza dell'amministrazione pubblica, la stabilità del rapporto di impiego dei dirigenti non implica necessariamente anche stabilità dell'incarico che, viceversa, può essere soggetto alla verifica dell'azione svolta e dei risultati perseguiti⁸³.

Superata così una visione di *status*⁸⁴, la Corte sembra concentrare l'attenzione sull'intero sistema delineato dal legislatore, concludendo che i dirigenti "sono posti in condizione di svolgere le loro funzioni nel rispetto del principio di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione" in quanto il legislatore delegato ha sempre più "accentuato il principio della distinzione tra funzione di indirizzo politico-amministrativo degli organi di governo e funzione di gestione e attuazione amministrativa dei dirigenti"⁸⁵ e "la disciplina del rapporto di lavoro dirigenziale nei suoi aspetti qualificanti - in particolare il conferimento degli incarichi dirigenziali (assegnati tenendo conto, tra l'altro, delle attitudini e delle capacità professionali del dirigente) e la loro eventuale revoca (per responsabilità dirigenziale), nonché la procedimentalizzazione dell'accertamento di tale responsabilità (artt. 19 e 21 del d.lgs. n. 29 del 1993, ed ora artt. 19, 21 e 22 del d.lgs. n. 165 del 2001) - è connotata da specifiche garanzie"⁸⁶.

Ma proprio attraverso l'analisi di tale sistema, la Corte finisce per suggerire i pesi e i contrappesi della bilancia. Infatti, "anche ai fini di una interpretazione delle norme conforme a Costituzione", è necessario che "alla distinzione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e attività gestionale con propria autonomia e responsabilità dei dirigenti, nonché alla progressiva estensione della privatizzazione del rapporto (con la qualificazione di diritto soggettivo delle relative posizioni)", faccia da contrappeso, da un canto, un maggiore rigore nella responsabilità dei dirigenti e, dall'altro, un rafforzamento della posizione dei medesimi attraverso specifiche garanzie che, "mirate a presidiare il rapporto di impiego dei dirigenti, concorrono al rispetto del principio di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione"⁸⁷.

E tali garanzie, che potremmo definire "di sistema" sono individuate dalla stessa Corte: specificazione delle peculiari responsabilità dirigenziali, tipizzazione delle misure sanzionatorie adottabili, previsione di adeguate garanzie procedimentali nella valutazione dei risultati e dell'osservanza delle direttive ministeriali ed, infine, individuazione del modo e dei tempi in cui si può pervenire non solo alla revoca delle funzioni ma anche alla risoluzione definitiva del rapporto di impiego⁸⁸.

⁸² Corte Costituzionale, ordinanza n. 11/2002; Corte costituzionale, sentenza n. 313/1996, par. 4.1.1 motivazione in diritto.

⁸³ Corte Costituzionale, ordinanza n. 11/2002.

⁸⁴ Al riguardo, vedi Cerbo P., *Lo status del dirigente e l'imparzialità della pubblica amministrazione*, in RIDL, 2002, II, 483 ss.

⁸⁵ Nel riformulare gli artt. 3 e 14 del d.lgs. n. 29 del 1993, con gli artt. 3 e 9 del d.lgs. n. 80 del 1998, trasfusi ora negli artt. 4 e 14 del d.lgs. n. 165 del 2001 - ha escluso, per esempio, che il Ministro possa revocare, riformare, riservare o avocare a sé o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti

⁸⁶ Corte Costituzionale, ordinanza n. 11/2002, in www.giurcost.org.

⁸⁷ Corte Costituzionale, ordinanza n. 11/2002 e sentenza n. 193/2002, in www.giurcost.org.

⁸⁸ Corte Costituzionale, sentenza n. 193/2002, in www.giurcost.org.

7. I dubbi di costituzionalità dello spoils system una tantum

In un assetto normativo come quello sopra descritto, come si colloca il meccanismo del c.d. spoils system una tantum, introdotto dalla L. n. 145/2002?⁸⁹

I Tribunali di merito hanno già avuto modo di affermare non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale⁹⁰ derivante dalla previsione di una *cessazione ex lege* degli incarichi dirigenziali generali, nonché dal suo combinato disposto con la mancata determinazione di una durata minima degli incarichi dirigenziali (art. 3, comma 1, lettera b) della L. n. 145/2002, che sostituisce l'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001)⁹¹.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, le argomentazioni principali avanzate dai giudici di merito sembrano essere le seguenti⁹².

L'introduzione di un'ipotesi di decadenza automatica dell'incarico dirigenziale, a prescindere da ogni valutazione circa l'inadeguatezza della professionalità del dirigente a ricoprire

⁸⁹ Art. 3, comma 7, L. n. 145/02: "Fermo restando il numero complessivo degli incarichi attribuibili le disposizioni di cui al presente articolo trovano immediata applicazione relativamente agli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale ed a quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato ove è prevista tale figura. I predetti incarichi cessano dal sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge, esercitando i titolari stessi in tale periodo esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione. Fermo restando il numero complessivo degli incarichi attribuibili, per gli incarichi di funzione dirigenziale di livello non generale, può procedersi, entro novanta giorni dalla entrata in vigore della presente legge, all'attribuzione di incarichi ai sensi delle disposizioni di cui al presente articolo, secondo il criterio della rotazione degli stessi e le connesse procedure previste dagli artt. 13 e 35 del ccnl quadriennio 1998-2001 del personale dirigente area 1. Decorso tale termine, gli incarichi si intendono confermati, ove nessun provvedimento sia stato adottato. In sede di prima applicazione dell'art. 19, D.lgs. n. 165/01, come modificato dal presente articolo, ai dirigenti ai quali non sia riattribuito l'incarico in precedenza svolto è conferito un incarico di livello retributivo equivalente al precedente. Ove ciò non sia possibile, per carenza di disponibilità di idonei posti di funzione o per la mancanza di specifiche qualità professionali, al dirigente è attribuito un incarico di studio, con il mantenimento del precedente trattamento economico, di durata non superiore ad un anno. La relativa maggiore spesa è compensata rendendo indisponibile, ai fini del conferimento, un numero di incarichi di funzione dirigenziale equivalente sul piano finanziario, tenendo conto prioritariamente dei posti vacanti presso l'amministrazione che conferisce l'incarico".

⁹⁰ Tribunale di Roma, ordinanza 1 aprile 2004; Tribunale di Roma, ordinanza 30 aprile 2004; Tribunale di Roma, ordinanza 11 maggio 2004; Tribunale di Roma, ordinanza 14 giugno 2004.

⁹¹ Articolo 19, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'articolo 3, comma 1, lettera b) della L. n. 145/2002: "Tutti gli incarichi di funzione dirigenziale nelle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, sono conferiti secondo le disposizioni del presente articolo. Con il provvedimento di conferimento dell'incarico, ovvero con separato provvedimento del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro competente per gli incarichi di cui al comma 3, sono individuati l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire, con riferimento alle priorità, ai piani e ai programmi definiti dall'organo di vertice nei propri atti di indirizzo e alle eventuali modifiche degli stessi che intervengano nel corso del rapporto, nonché la durata dell'incarico, che deve essere correlata agli obiettivi prefissati e che, comunque, non può eccedere, per gli incarichi di funzione dirigenziale di cui ai commi 3 e 4, il termine di tre anni e, per gli altri incarichi di funzione dirigenziale, il termine di cinque anni. Gli incarichi sono rinnovabili. Al provvedimento di conferimento dell'incarico accede un contratto individuale con cui è definito il corrispondente trattamento economico, nel rispetto dei principi definiti dall'articolo 24. È sempre ammessa la risoluzione consensuale del rapporto."

⁹² Per un'analisi più approfondita vedi Andreoni A., *Lo spoil system davanti alla Corte Costituzionale*, in RGL, 2004, n.2, 335 ss; Blasco A., *Lo spoil system approda al Tar* (nota a Tar Lazio, sez. II ter, sentenza 8 aprile 2003, n. 3277), in GDA, 11, 2003, 1147 ss; Blasco A., *Spoil system: lo stato della giurisprudenza*, in Lav. Pa., VI, 2003, 1111 ss; Cassese S., *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in Gior. Dir. Amm., 2002, 1341; Mezzacapo D., *Lo spoils system "una tantum" al vaglio della corte costituzionale*, in ADL, 2004, 620; Talamo V., *Lo "spoils system all'italiana" fra legge Bassanini e legge Frattini*, in Lav.p.a., 2003, 240; Valensise B., *Lo spoils system: prime controversie relative alla decadenza dall'incarico dirigenziale ex art. 3, comma 7, della legge 15 luglio 2002, n. 145*, in Lav.p.a., 2002, 64 ss; Valensise B., *Lo spoil system e le prime riflessioni costituzionalistiche del TAR Lazio*, in Lav.p.a., 2003, 573.

una determinata funzione, sembra non essere conforme alle garanzie (di sistema) individuate dalla Corte Costituzionale.

Il Tribunale di merito afferma, infatti, che *“la stessa Corte costituzionale, proprio nel confermare la legittimità costituzionale della regolazione privatistica del rapporto di lavoro del dirigente, ha individuato nei principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento un limite invalicabile, laddove i detti principi impongono, anche in un contesto di c.d. privatizzazione del rapporto di lavoro dirigenziale, quelle <<specifiche garanzie>> circa <<la verifica dell'azione svolta e dei risultati perseguiti>> di cui all'ord. n. 11/2002 cit., significativamente ribadite più di recente da C. cost. 16.5.2002, n. 193”*. *“Le norme in questione sembrano dunque violare, alla luce della giurisprudenza costituzionale, tanto l'art. 97 che l'art. 98 cost. in quanto vi è il fondato pericolo che i dirigenti generali – necessariamente sottoposti alla riconferma da parte dello stesso vertice politico che li ha nominati e con scarse possibilità di una valutazione obiettiva dei risultati della gestione in relazione all'insussistenza di un termine minimo dell'incarico – siano portati alla ricerca di un improprio <<gradimento>> politico più che all'imparziale gestione ai fini del buon andamento dell'attività amministrativa”*⁹³.

Al riguardo, tuttavia, è necessario segnalare che il medesimo giudice remittente, in altra occasione, ha anche valutato che *“la decadenza ex lege una tantum degli incarichi dirigenziali generali appare non lesiva dei beni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, perché ad essa deve seguire per legge l'apertura di un nuovo procedimento per la copertura del posto, al quale ha ben diritto di partecipare anche il dirigente cessato, e che è pur sempre volto all'individuazione della figura più idonea, con tutte le garanzie della fattispecie. Ed anzi, in un certo senso, l'azzeramento di tutte le nomine e la susseguente riconsiderazione nell'ambito concorsuale della figura più idonea (ove correttamente svolto) favorisce di per sé l'interesse dell'amministrazione al proprio miglior funzionamento, sgombrandolo dall'onere di dover giustificare la revoca dell'incarico già attribuito, che, seppur non immeritevolmente svolto, avrebbe eventualmente potuto, a suo giudizio, essere pur sempre meglio svolto da un terzo. Nel contempo la decadenza legale, per il suo avvenire statim et una tantum, non interferisce punto di per sé con l'autonomia del dirigente nel corso delle sue funzioni”*⁹⁴.

Medesimo percorso logico seguono le eccezioni avanzate in ordine alla mancata previsione, da parte della L. n. 145/2002, di una durata minima degli incarichi dirigenziali. La possibilità di conferire incarichi di durata anche molto breve non consente, secondo il giudice, una reale valutazione dell'operato del dirigente in base a criteri oggettivi; venendo meno così *“la funzionalizzazione della temporaneità dell'incarico agli obiettivi di efficienza”*⁹⁵.

In conclusione, sembra che la preoccupazione maggiore sia che le nuove disposizioni riconoscano una minore tutela proprio a quel profilo che, nel passaggio dal modello burocratico a quello manageriale, era invece sembrato cruciale, e cioè al particolare nesso tra rapporto fiduciario e qualificazione professionale del dirigente: la scelta fiduciaria deve trovare fondamento nelle oggettive e verificate capacità professionali del dirigente⁹⁶.

⁹³ Tribunale di Roma, ordinanza 30 aprile 2004.

⁹⁴ Tribunale di Roma, ordinanza 14 giugno 2004.

⁹⁵ Tribunale di Roma, ordinanza 30 aprile 2004; Tribunale di Roma, ordinanza 11 maggio 2004;

⁹⁶ Sulla centralità della valutazione dei risultati e della responsabilità dirigenziale per la legittimità costituzionale della disciplina della dirigenza pubblica vedi Cerbo P., *Responsabilità politica e responsabilità dirigenziale dopo la legge n. 145/2002*, in *Diritto Pubblico* n. 2/2003, p.639 ss; Boscato A., *La privatizzazione della dirigenza generale promossa a pieni voti dalla Consulta (nota a Corte Costituzionale, ordinanza 30 gennaio 2002, n. 11)*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, n. 2, 299 ss. Cerbo P., *La responsabilità dirigenziale fra rigore e garanzia (nota alla Corte*

Ma per sapere se le disposizioni citate abbiano compromesso, dal punto di vista costituzionale, l'equilibrio del sistema è necessario attendere la decisione della Corte Costituzionale⁹⁷.

costituzionale, sentenza 16 maggio 2002, n. 193), in Lav. p.a., 2002, III - IV, 558 ss; Gardini G., *L'attività dirigenziale tra responsabilità e stabilità (nota a sentenza Corte Costituzionale 16 maggio 2002, n. 193)*, in GDA, 9, 2002, 940 ss; Garilli A., *Profili dell'organizzazione e tutela delle professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, op.cit.; Mainardi S., *La responsabilità dirigenziale e il ruolo del Comitato dei Garanti*, in lav.p.a., 2002, 1078 ss; Valensise B., *La dirigenza amministrativa tra fiduciarità della nomina ed il rispetto dei principi di costituzionalità del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione*, in Giurisprudenza costituzionale, 2002, fasc. 2, pp. 1193-1258.

⁹⁷ L'art. 14-*sexies* del decreto-legge 30 giugno 2005, n. 115, inserito dalla legge di conversione 17 agosto 2005, n. 168, ha ulteriormente modificato la disciplina a regime della durata degli incarichi dirigenziali posta dall'art. 19, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e già modificata dall'art. 3, comma 1, lettera *b*), della legge n. 145 del 2002, impugnato dalle ordinanze di remissione di cui si è trattato. Vedi in proposito Corte Costituzionale, Ordinanza 12 ottobre 2005, n. 398, con la quale la Corte ha ordinato la restituzione degli atti ai giudici rimettenti per rivalutare le questioni alla luce dello *ius superveniens*, e Ordinanza del Tribunale di Roma, Sezione IV Lavoro, del 4 novembre 2005.