

Alessandra Pioggia

***IL PRINCIPIO DI DISTINZIONE E GLI ATTI DI INCARICO DIRIGENZIALE.
GIURISDIZIONE E NATURA DEL POTERE IMPIEGATO***

SOMMARIO: Premessa. - Natura degli atti di incarico e giurisdizione: una vicenda controversa. - Le sentenze del 2007: un ripensamento da parte dei giudici costituzionali? - Prospettive per un intervento legislativo.

Premessa

Il tema degli incarichi dirigenziali è fra i più tormentati e discussi nelle vicende della riforma del lavoro e dell'organizzazione pubblica. Questo certamente dipende dalla delicatezza dello strumento che si colloca proprio nella cerniera fra la disciplina privata del rapporto lavorativo e la rilevanza pubblica dell'organizzazione. È indubbio, infatti, che assegnare un incarico dirigenziale corrisponde, nella gran parte dei casi, alla preposizione di un soggetto ad un organo. Questo legittima l'individuo che ricopre l'ufficio dirigenziale anche all'adozione di quegli atti attraverso i quali l'amministrazione esercita il proprio potere pubblico.

Ma l'incarico è anche uno snodo fondamentale della relazione fra la politica e la gestione amministrativa e su di esso possono scaricarsi le tensioni di un rapporto di distinzione irrisolto e continuamente rimesso in discussione. La dimensione della "fiduciarietà" dell'incarico e la sottoposizione allo spoils system delle nomine rappresentano da sempre aspetti centrali nella costruzione di un equilibrio fra politica e amministrazione coerente con il principio democratico e al contempo rispettoso dell'imparzialità.

Questioni non da poco in questo quadro sono quelle inerenti la giurisdizione in materia di incarichi dirigenziali e la natura del potere impiegato a questo fine. Su di esse, anche alla luce delle più recenti pronunce della giurisprudenza costituzionale, appare necessaria una particolare attenzione in sede di riforma della disciplina normativa sulla dirigenza. Su tali aspetti residuano infatti incertezze e "apparenti" contraddizioni che meritano di essere risolte per garantire una maggiore certezza della disciplina in materia.

Natura degli atti di incarico e giurisdizione: una vicenda controversa

La “seconda privatizzazione” operata con i decreti 80 e 387 del 1998, come è noto, ha completato la riconduzione al diritto privato dei rapporti di lavoro della dirigenza pubblica, estendendo contestualmente la giurisdizione ordinaria alle controversie relative al conferimento, alla revoca degli incarichi e alla responsabilità dirigenziale.

Il modello piuttosto coerente che ne discendeva coordinava la qualificazione privatistica del rapporto, la formalizzazione per contratto dei suoi contenuti e la giurisdizione ordinaria sulle relative controversie.

Questi tre aspetti si rafforzavano l’un l’altro: la qualità privata del potere trovava conferma nella forma contrattuale della maggior parte dei contenuti dell’incarico ed entrambi gli elementi erano completati dalla giurisdizione.

Nonostante questo non sono mancate incertezze e contraddizioni. A porre i dubbi più consistenti sull’assetto assicurato al rapporto dirigenziale dal legislatore della seconda privatizzazione è stato il giudice amministrativo che ha a lungo rivendicato la propria giurisdizione sulle controversie in materia di incarichi dirigenziali.

L’argomento principale riguardava la natura del potere di incarico che i giudici ritenevano da qualificarsi ancora come pubblico. Di qui i dubbi sulla legittimità dell’estensione della cognizione giurisdizionale su di esso al giudice ordinario.

Della questione è stata investita la Corte costituzionale che con la sentenza 275 del 2001 ha rigettato la questione di costituzionalità relativa all’articolo 68 del d.lgs. 23 del 1993 come modificato dal d.lgs. 387 del 1998.

La Corte ha chiarito come, in sede di esercizio della delega legislativa, il Governo abbia legittimamente esteso a tutta la dirigenza “il regime di diritto privato del rapporto di lavoro”, traendone le conseguenze anche sul piano del riparto della giurisdizione. Sotto questo profilo, la posizione dei giudici costituzionali è di geometrica chiarezza: la riconduzione ai diritti soggettivi delle posizioni giuridiche dei dirigenti nel rapporto privatizzato trova corrispondenza nella giurisdizione ordinaria sulle relative controversie. Di qui l’assenza di qualsiasi profilo di incostituzionalità della disciplina.

La sentenza, tuttavia non è valsa ad esaurire tutti i dubbi in materia. Anche in considerazione di alcuni passaggi contenuti nell’argomentazione degli stessi giudici costituzionali, ci si è continuato a domandare, infatti, se non fosse più corretto considerare la giurisdizione ordinaria sugli atti di incarico come “esclusiva”, estesa cioè anche alla cognizione diretta di atti amministrativi (esercizio di pubblico potere) e di interessi legittimi.

La questione della natura del potere di incarico restava quindi controversa.

In questo quadro è intervenuta la legge 145 del 2002 che ha introdotto un altro elemento nel quadro definito dalla seconda privatizzazione: il provvedimento di incarico, distinto dal contratto ad esso accessivo al quale viene mantenuta unicamente la definizione del trattamento economico del dirigente.

L'intento, nemmeno troppo nascosto, era quello di consentire agli organi politici una maggiore incidenza sul contenuto dell'incarico, sottraendone la gran parte alla definizione contrattuale e trasformandolo in oggetto di una decisione unilaterale. Ma l'inserimento di un atto qualificato come "provvedimento" ha aggiunto a tutto questo anche la riapertura della partita fra pubblico e privato nella qualificazione del potere.

Da più parti la modifica normativa è stata intesa come un ritorno alla natura pubblicistica del potere di incarico e del relativo atto. Si sono riaccesi così i anche dubbi sulla giurisdizione e a nulla è valso che, con due ordinanze successive all'intervento legislativo, la n. 11 e la n. 525 del 2002, la Corte abbia ribadito la legittimità della devoluzione al giudice ordinario delle controversie inerenti gli incarichi dirigenziali.

Sulla questione non si sono placati i conflitti di giurisdizione e il testimone è passato gioco forza alle sezioni unite della Cassazione.

Queste, come è noto, sono intervenute con una importante sentenza, confermata da tutte le pronunce successive, la n. 5659 del 2004. In essa la Corte ha avuto modo di fare una serie di affermazioni fondamentali per la ricostruzione del quadro in esame: la competenza del giudice del lavoro in materia di incarichi dirigenziali non ha natura esclusiva, ma si tratta di normale giurisdizione ordinaria su diritti soggettivi; in questo modo sono da configurarsi infatti le situazioni soggettive di coloro che fronteggiano il potere di incarico dirigenziale; quest'ultimo, a sua volta, è da qualificarsi come potere privato che si esprime attraverso un atto unilaterale; la formula "provvedimento" impiegata dal legislatore è da intendersi quindi come indicativa unicamente dell'unilateralità dell'atto che non è amministrativo, ma privato.

È indubbio che una sentenza al tal punto esplicita abbia segnato un importante momento di chiarezza a proposito dell'interpretazione del testo della legge, ma le tensioni sulla qualificazione privatistica del potere di incarico non si sono mai sopite. Ad essere messo in discussione ha continuato ad essere anche il merito della scelta legislativa.

Da più parti si segnala tuttora il pericolo di una "privatizzazione" non solo del rapporto lavorativo, ma anche dell'incarico dirigenziale. Il timore è quello della sottrazione degli atti di incarico ad un tipo di sindacato, quello sull'esercizio del potere pubblico, che solo consentirebbe di indagare sulla rispondenza al fine pubblico della decisione. A ciò si aggiunge la preoccupazione relativa alle minori garanzie che la verifica

giurisdizionale su un potere e su un atto, entrambi privati, sarebbe in grado di fornire all'incaricando con effetti negativi sulla imparzialità e sulla distinzione fra gestione e indirizzo politico.

Chi ha criticato e critica tuttora la qualificazione in senso privatistico del potere di incarico dirigenziale, sottolinea infatti la debolezza della posizione del dirigente di fronte ad un potere privato esercitato da organi politici e la minore incisività delle garanzie assicurabili dal giudice ordinario nei confronti di atti espressione, per l'appunto, di potestà unilaterali.

Su questi aspetti occorrerà riflettere, dal momento che sono i principali argomenti della tesi che sostiene l'opportunità di modifiche della disciplina per un ritorno al provvedimento pubblico di incarico.

Le sentenze del 2007: un ripensamento da parte dei giudici costituzionali?

Preliminarmente tuttavia occorre tornare all'interpretazione dell'assetto attuale della disciplina normativa per segnalare come, nonostante le pronunce della Corte costituzionale e della Cassazione sembrassero aver chiarito il quadro della piena privatizzazione del potere di incarico dirigenziale e la relativa giurisdizione ordinaria, sul punto non manchino ancora oggi affermazioni in grado di mettere in discussione le conseguenze di questa interpretazione e con essa la certezza del diritto.

In particolare ci si riferisce alla recentissima ordinanza con la quale la stessa Corte costituzionale, sembra contraddire le proprie affermazioni del 2001 e 2002.

Con la pronuncia 108 del 2007, nel dichiarare inammissibile la questione di costituzionalità sollevata a proposito della tormentata giurisdizione ordinaria sugli incarichi dirigenziali, la Corte ha contestato al giudice remittente di non aver interpretato la previsione legislativa nel senso di ritenere rimessa al giudice amministrativo la cognizione del ricorso. Questo aveva ad oggetto sia una delibera di giunta con la quale era stata disciplinata l'attribuzione di incarichi dirigenziali al di fuori della dotazione organica, sia il provvedimento sindacale con il quale era stato conferito a soggetto esterno uno degli incarichi.

I giudici costituzionali sembrano ritenere entrambi provvedimenti amministrativi, in quanto entrambi "precedenti alla stipulazione del contratto di impiego".

Ora, se non c'è dubbio che il primo, riguardando la dotazione organica, sia espressione di potere pubblico e quindi provvedimento amministrativo, il secondo sembra invece da ricomprendersi proprio fra quegli atti di conferimento di incarico dirigenziale, esercizio di potere

privato, la cognizione dei quali è stata coerentemente rimessa dalla legge al giudice ordinario.

Il fatto che l'atto di incarico preceda il contratto non rappresenta un elemento idoneo a qualificarne la natura giuridica. Il criterio è piuttosto quello, coerentemente impiegato dalla Cassazione fino ad ora, della attinenza o meno della decisione alla "configurazione strutturale degli uffici pubblici". Si tratta infatti di una soglia al di sopra del quale stanno le decisioni pubbliche, come quella relativa alla dotazione organica, e al di sotto della quale si collocano invece le decisioni assunte con capacità di diritto privato, come quella di attribuire un determinato ufficio ad un determinato soggetto.

Una svista da parte della Corte? Non è impossibile, ma non mancano anche altri segnali di una sorta di ripensamento da parte dei giudici costituzionali.

In entrambe le sentenze con le quali la Corte è appena intervenuta a proposito dello spoils system, la 103 e la 104 del 2007, si leggono alcune affermazioni che rimettono sottilmente in discussione la qualità privata del potere di incarico.

In entrambe le sentenze, infatti, i giudici richiamano la necessità che gli atti di revoca dell'incarico dirigenziale siano sottoposti alla disciplina del "giusto procedimento" predicando per essi l'applicazione della legge n. 241 del 1990.

Ora, pur non dubitando, come si dirà fra poco, dell'esigenza di assicurare idonee forme di tutela al dirigente nel momento del conferimento e soprattutto della revoca del suo incarico, anche per garantire effettività alla distinzione fra politica e amministrazione evitando indiscriminate operazioni di spoils system, pare che il richiamo alla legge sul procedimento amministrativo sia in parte fuorviante. Tale rinvio continua infatti ad instillare il dubbio che il potere impiegato sia quello pubblico e che di conseguenza la giurisdizione del giudice del lavoro sia da giustificare in maniera diversa dalla naturale riconduzione al giudice ordinario delle controversie che non vedono coinvolti potere pubblico e interessi legittimi.

Non v'è chi non veda come tutto ciò continui ad alimentare confusioni e incertezze in materia di incarichi dirigenziali a scapito di un'auspicabile chiarezza. La garanzia del principio di distinzione si fonda, infatti, anche sulla certezza delle regole applicabili al rapporto fra organi politici e dirigenza.

Ma c'è di più. Il rinvio che la Corte fa al "giusto procedimento" come essenziale strumento di garanzia della distinzione lascia intendere che la tutela di questo importante principio richieda necessariamente una se pur sfumata colorazione pubblicistica del potere di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali. Questo quantomeno sotto il profilo della sua soggezione "a prescindere dalla natura giuridica" alla disciplina dettata dalla

legge per regolare l'esercizio delle potestà pubblicistiche, la legge 241 del 1990 per l'appunto.

Questo ci riporta alle perplessità da diverse parti espresse sul merito della scelta legislativa di privatizzare gli atti di incarico dirigenziale e di rimettere la cognizione delle relative controversie al giudice ordinario. È indubbio che fino a quando questo modello presenterà delle fragilità e dei punti deboli si presterà ad essere messo in discussione.

Prospettive per un intervento legislativo

Nella prospettiva di un intervento legislativo che intenda consolidare e perfezionare le scelte di fondo della prima e seconda privatizzazione, senza fare passi indietro, occorre ragionare su come restituire certezza alla materia, fugando al contempo i dubbi sulla compatibilità della costruzione privatistica con le esigenze di garanzia dell'organizzazione e di tutela del principio di distinzione fra indirizzo politico e gestione amministrativa.

Come sopra considerato, i punti deboli che si rimproverano al modello attuale riguardano essenzialmente due profili. Il primo concerne il fatto che con un potere privato, in quanto tale insindacabile sotto il profilo della sua corrispondenza al fine pubblico, si inciderebbe su aspetti relativi all'organizzazione degli uffici e alle competenze ad essi attribuite. Il secondo riguarda invece le minori garanzie che la qualificazione in senso privato del potere assicurerebbe al dirigente nel momento del conferimento e revoca dell'incarico, esponendolo quindi maggiormente alle pressioni politiche a scapito della distinzione.

Muovendo dal primo ordine di perplessità, appare utile innanzi tutto distinguere più nettamente la scelta organizzativa concernente l'ufficio dirigenziale e i suoi compiti, da quella relativa all'incarico.

La prima deve indubbiamente avere natura pubblica; essa è effettuata con fonti normative e amministrative generali, individua le competenze proprie di ciascuna struttura alla quale sarà preposta una figura dirigenziale ed ha una funzione di garanzia in termini di predeterminazione della distribuzione delle quote di potere decisionale all'interno dell'amministrazione. Nei confronti della decisione organizzativa che incide su questi aspetti sono evidentemente possibili e auspicabili tutti i controlli che investono l'esercizio di un pubblico potere. In questo senso la scelta risulta sindacabile per la sua corrispondenza al fine pubblico, ai principi che orientano l'esercizio delle potestà pubblicistiche e alle regole che incidono su di esse sotto il profilo della loro legittimità.

Una volta assunta, la decisione organizzativa pubblica è rilevante anche in termini di legittimità dei provvedimenti adottati dall'amministrazione. La sua violazione si riflette, infatti, sull'invalidità

dell'atto adottato da una struttura diversa da quella alla quale ha attribuito la competenza.

È bene chiarire che le esigenze di garanzia che discendono dalla predeterminazione delle competenze debbono essere tutte soddisfatte a questo livello, con una decisione organizzativa, cioè, di natura pubblica. Nel momento in cui questo è avvenuto, l'incarico dirigenziale in sé non può che riguardare unicamente la relazione fra l'amministrazione e il dirigente. Esso si inserisce nel quadro di quanto già disposto dall'organizzazione pubblica e non è in alcun modo in grado di incidere sulle competenze dell'ufficio al quale si riferisce. Presuppone le competenze attribuite alla struttura e ad essa semplicemente prepone il dirigente che le eserciterà.

Una volta chiarita, ribadendola anche normativamente se necessario, questa distinzione, non sembrano esserci controindicazioni a che l'incarico stesso possa essere configurato espressamente come esercizio di un potere privato, anche se, come nel caso della dirigenza fiduciaria, ad impiegarlo è direttamente il Ministro, il Presidente del Consiglio o il Capo dello Stato.

Veniamo ora ai dubbi sollevati a proposito delle minori garanzie che la qualificazione del potere di incarico come privato assicurerebbe ai dirigenti con il rischio di esporli maggiormente alle pressioni della politica.

A questo proposito occorre considerare come per sua natura la configurazione privatistica del rapporto sia astrattamente non meno idonea di quella pubblicistica ad assicurare tutela all'individuo che si ritenga leso nei propri diritti. Anzi proprio la qualificazione della situazione soggettiva di cui è portatore il soggetto che fronteggia il potere in termini di diritto soggettivo dovrebbe essere garanzia di una piena tutela in sede giurisdizionale.

Il problema, quindi, è un altro e non riguarda l'astratta idoneità della configurazione del rapporto a fornire adeguate garanzie al soggetto, ma la tipologia di regole che il giudice è chiamato ad applicare in sede di verifica del corretto esercizio del potere di attribuzione e revoca dell'incarico.

La sua configurazione come potere privato rende infatti tendenzialmente inapplicabile ad esso la ricca disciplina che il legislatore ha dettato per il potere pubblico. Una disciplina, quest'ultima, indubbiamente efficace a consentire un sindacato sulle modalità di esercizio di una potestà unilaterale e particolarmente garantista nei confronti di chi sia destinatario dei suoi effetti.

Nel caso dei poteri di assegnazione e revoca degli incarichi dirigenziali, è indubbio che molte delle garanzie costruite dall'ordinamento per garantire gli individui nei confronti del potere pubblico si configurino come utili a tutelare anche i dirigenti e con essi il principio di distinzione nei confronti del potere privato relativo agli incarichi.

La soluzione più coerente e maggiormente rispettosa della certezza del diritto non è però quella di predicare una automatica soggezione del potere di incarico a norme dettate per disciplinare la potestà pubblicistica.

Questo, oltre a gettare un'ombra di incertezza sulla qualificazione della natura degli incarichi, non garantisce neanche sulla comune ed univoca applicazione da parte dei giudici delle regole sul potere pubblico. Il giudice ordinario, infatti, diversamente da quello amministrativo, procede attraverso la ricognizione delle regole che tutelano diritti, ricostruendo indirettamente a partire da queste i limiti del potere. Del resto questi primi anni di giurisdizione ordinaria sui poteri datoriali della pubblica amministrazione hanno visto consolidarsi una posizione piuttosto univoca sull'inapplicabilità della disciplina sul procedimento amministrativo all'azione che la pubblica amministrazione pone in essere con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro.

In questa prospettiva appare evidente come il modo migliore per assicurare certe garanzie alla dirigenza nei confronti dell'esercizio dei poteri unilaterali privati relativi all'assegnazione e revoca degli incarichi sia prevedere direttamente una serie di diritti nei confronti dell'esercizio di tali poteri, diritti a certi passaggi procedurali, alla comparazione, alla valutazione, alla motivazione, ecc...

In questa direzione, del resto, vanno le proposte formulate in altre parti del documento e relative alla parziale procedimentalizzazione degli incarichi e della loro revoca, all'obbligo di motivazione dei relativi atti e alle altre garanzie previste a questo proposito.

Una volta disciplinato in questi termini, non residua alcuna controindicazione a qualificare il potere di incarico come privato. Di fronte ad esso il dirigente non gode di minori garanzie rispetto a quelle assicurate a chi fronteggia un potere pubblico, anzi la qualificazione delle posizioni soggettive tutelate come diritti soggettivi, unita alla tutela della buona fede e della correttezza, dovrebbe deporre nel senso di una garanzia ancora più consistente. In questa prospettiva anche la tutela nei confronti di una eccessiva incidenza del potere politico dovrebbe uscirne rafforzata e con essa il fondamentale principio di distinzione fra indirizzo e gestione.

Una volta superate le lamentate debolezze della configurazione privatistica del potere di incarico, resta da rafforzare la certezza del diritto in merito alla qualità del potere e alla giurisdizione su di esso. In questo senso però sembra sufficiente una esplicita affermazione della sua natura privata, non potendo residuare, una volta fatto questo, alcun dubbio sulla devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario.