



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Prima

Adunanza di Sezione del 20 novembre 2019

NUMERO AFFARE 01580/2019

OGGETTO:

Ministero della salute.

richiesta di parere sull'incarico di direttore generale di AGENAS - Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali;

LA SEZIONE

Visto il quesito pervenuto in data 6 novembre 2019 con il quale il Ministero della salute ha chiesto il parere del Consiglio di Stato;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Vincenzo Neri;

1. Richiesta di parere.

Il Ministero della salute ha richiesto il parere del Consiglio di Stato sull'interpretazione dell'articolo 2, comma 160, d.l. n. 262/06, in relazione

all'incarico di Direttore generale dell'Agenzia per i servizi sanitari regionali (AGENAS).

Nella richiesta di parere, il Ministero riferisce che l'Agenzia per i servizi sanitari regionali (AGENAS) è stata istituita dall'art. 5 d.lgs. 266/1993, con compiti di *“supporto delle attività regionali di valutazione comparativa dei costi e del rendimento dei servizi resi ai cittadini e di segnalazione di disfunzione e sprechi nelle gestioni delle risorse pubbliche e materiali e nelle forniture, di trasferimento dell'innovazione delle sperimentazioni in materia sanitaria”*. L'Agenzia, sulla base dell'art. 2, comma 357, l. 244/2007, **ha natura di organo tecnico- scientifico del Servizio sanitario nazionale; l'art. 2 dello Statuto AGENAS, poi, qualifica espressamente l'Agenzia quale ente pubblico non economico di rilievo nazionale.**

Con specifico riferimento alla figura del direttore generale di AGENAS, l'amministrazione riferisce che **attualmente il procedimento di nomina è disciplinato** dall'art. 2-ter d. lgs. 115/1998, come introdotto dalla lettera b) del comma 1 dell'art. 18 d. lgs 106/2012; la disposizione ora citata stabilisce: *“Il direttore generale è nominato con decreto del Ministro della salute, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome, tra esperti di riconosciuta competenza in diritto sanitario, in organizzazione, programmazione, gestione e finanziamento del servizio sanitario, anche estranei all'amministrazione”*. La legge aggiunge altresì che *“Il rapporto di lavoro del direttore è regolato con contratto di diritto privato, rinnovabile una sola volta, ed è incompatibile con altri rapporti di lavoro subordinato e con qualsiasi altra attività professionale privata. Il direttore generale ha la responsabilità della gestione dell'Agenzia e ne adotta gli atti, salvo quelli attribuiti agli organi della medesima. Il direttore generale, se dipendente pubblico, è collocato in aspettativa senza assegni ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni”*.

Passando al quesito specificamente posto, il Ministero richiedente ricorda che l'art. 2, comma 160, d.l. 262/06, convertito dalla legge n. 286/06, **ha esteso ai direttori**

delle Agenzie, ivi comprese le Agenzie fiscali, le disposizioni sulla cessazione dell'incarico decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo (c.d. *spoils system*), prevedendo testualmente: "Le disposizioni di cui all'articolo 19, comma 8, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dal comma 159 del presente articolo, si applicano anche ai direttori delle Agenzie, incluse le Agenzie fiscali". L'art. 19, comma 8, d.lgs. 165/2001, dal canto suo, come è noto, statuisce che "gli incarichi di funzione dirigenziale di cui al comma 3 cessano decorsi 90 giorni dal voto sulla fiducia al Governo".

Il richiedente evidenzia che in occasione delle nomine intervenute negli ultimi anni, il predetto art. 2, comma 160, d.l. 262/06, con riferimento al profilo della sua applicabilità nei confronti del direttore generale di AGENAS, è stato oggetto di interpretazioni differenti da parte dell'amministrazione stessa anche alla luce di diversi pareri resi dall'Ufficio Legislativo.

Riferisce la scrivente amministrazione, infatti, che, con un primo parere (nota del 13.2.2012, prot. n. 1046), l'Ufficio legislativo, nel riscontrare la richiesta dell'Ufficio di Gabinetto, si era espresso per l'applicabilità anche ai direttori delle Agenzie del meccanismo dello *spoils system*. Dopo un'attenta ricostruzione e la disamina della normativa relativa al c.d. *spoils system* nonché degli interventi della Corte costituzionale, l'ufficio legislativo, pur pronunciandosi per la vigenza della predetta disposizione ("non essendo stata modificata dal legislatore, né incisa in alcun modo dalla giurisprudenza costituzionale"), ha manifestato perplessità in ordine alla legittimità costituzionale della stessa, tanto da auspicare una modifica della disciplina per adeguarla ai principi sanciti dalla Corte Costituzionale in materia di dirigenza pubblica.

Riferisce il Ministero che, con successivo parere del 7.2.2017, prot. n. 1318, relativo alla medesima questione dell'applicabilità del meccanismo dello *spoils system* all'incarico di direttore generale dell'AGENAS, sempre l'ufficio legislativo ha escluso la sussistenza di una peculiare contiguità del direttore generale con l'organo

politico di governo in virtù della natura dell'Agencia e dei compiti svolti dalla stessa (*“supporto tecnico-operativo dei sistemi sanitari regionali, con riguardo all'organizzazione dei servizi e all'erogazione delle prestazioni sanitarie[...]”*). Ha quindi affermato che *“l'incarico di Direttore generale di AGENAS [...] non può che caratterizzarsi di natura tecnico - professionale al pari di quanto sostenuto dalla Corte Costituzionale con la citata sentenza n. 104/2007, quindi, sottratto al meccanismo dello spoils system”*. Per tali ragioni, a parere dell'ufficio legislativo, *“pur permanendo l'efficacia dell'art. 2, comma 160, del d.l. 262/2006, tuttavia lo stesso [deve] essere applicato in modo flessibile e adattato alle singole concrete fattispecie”*.

Il Ministero della salute, alla richiesta di parere, allega altra **nota dell'ufficio legislativo** – datata 30 ottobre 2019, prot. 5598 – nella quale, **all'esito di una compiuta ricostruzione della questione sia sotto il profilo fattuale sia sotto quello giuridico,** l'ufficio legislativo afferma che *“...stante il chiaro disposto del richiamato articolo 2, comma 160, d.l. n. 262/2006, il meccanismo dello spoils system non può che ritenersi applicabile anche all'incarico di Direttore generale di AGENAS...”*; nel predetto parere, sempre l'ufficio legislativo rappresenta poi che *“decorso il novantesimo giorno dal voto di fiducia al Governo, ove l'attuale Direttore generale dovesse continuare a svolgere il suo incarico, eserciterebbe potestà pubbliche in assenza di una valida investitura, indossando gli abiti del c.d. funzionario di fatto, i cui atti potrebbero essere giudicati nulli, in quanto affetti da “carenza di potere” in astratto ovvero, secondo altra interpretazione, comunque, invalidi per “cattivo uso del potere” e, quindi, efficaci, in ossequio al principio di conservazione, solo fino a quando non ne venga sollecitato l'annullamento”*.

Tutto ciò premesso il Ministero della salute, nel formulare i quesiti, chiede se, a legislazione invariata:

a) *il meccanismo dello spoils system possa ritenersi applicabile all'incarico di Direttore Generale di AGENAS, come pare doversi ritenere alla luce del tenore letterale dell'art. 2, comma 160, d.l. n. 262/06, convertito con modificazioni dalla legge n. 286/06 (la cui chiarezza sembra invero porre penetranti limiti all'attività dell'interprete), del principio di legalità, cui soggiace l'azione ed organizzazione della P.A. e della non configurabilità, nell'ambito del nostro ordinamento giuridico,*

di forme di controllo "diffuso" sulla costituzionalità delle norme con l'impossibilità, in particolare, per la P.A. di disapplicare norme di legge, anche se sospettate d'incostituzionalità;

ovvero

b) se, per contro, ravvisandosi profili d'incertezza interpretativa in relazione alla predetta disposizione, l'incarico di Direttore generale di AGENAS possa ritenersi sottratto al relativo ambito applicativo, semmai attraverso una interpretazione che possa ritenersi maggiormente aderente ai precetti costituzionali, nella consapevolezza, in ogni caso, che la dilatazione dei poteri interpretativi, tanto del giudice quanto degli organi della P.A. (attesa la comune soggezione alla legge), non possono spingersi sino al punto di disapplicare la norma ritenuta costituzionalmente illegittima, e della necessità, nel caso specifico, di tener conto della peculiare e specifica natura, nonché dei compiti, che connotano l'incarico de quo.

Con p.e.c. del 19 novembre 2019, il Presidente della regione Molise ha trasmesso il parere reso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, in data 13 novembre 2019. Con tale parere, l'Avvocatura distrettuale ha concluso nel senso che *“appare indubbio ... che i tre requisiti specificati dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 20/2016 e necessari per la esclusione dello spoil system, sembrano tutti ricorrenti nel caso del Direttore generale dell' AGENAS, che, pertanto, non può certamente essere rimosso in occasione di ogni mutamento dell'organo politico di riferimento”*.

Sempre la regione Molise ha ritenuto *“altresì, opportuno segnalare che, comunque, la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano debba essere interessata in quanto, ai fini della nomina del Direttore generale, la stessa è chiamata ad esprimere l'Intesa ai sensi dell'articolo 2, comma 4, del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 115”*.

2. **Il cosiddetto «spoils system»:** l'orientamento della giurisprudenza costituzionale.

2.1. Completato il processo di privatizzazione, il legislatore ha voluto rafforzare il rapporto fiduciario tra il Governo e le più elevate figure dirigenziali attraverso il sistema denominato spoils system.

Ai sensi dell'articolo 19, comma 8, d. lgs. 165/2001 gli incarichi di funzione dirigenziale di cui all'articolo 19, comma 3, cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo; il comma 3 disciplina *“gli incarichi di Segretario generale di ministeri, gli incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente”*, stabilendo che sono conferiti con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, a dirigenti della prima fascia dei ruoli di cui all'articolo 23 o, con contratto a tempo determinato, a persone in possesso delle specifiche qualità professionali e nelle percentuali previste dal comma 6.

Tale meccanismo è stato esteso anche ad altre figure apicali, come i direttori di Agenzie. Ed invero, per un verso, l'articolo 8, comma 3, d. lgs. 300/1999 stabilisce che *“l'incarico di direttore generale dell'agenzia viene conferito in conformità alle disposizioni dettate dal precedente articolo 5 del presente decreto per il conferimento dell'incarico di capo del dipartimento”*; sotto altro aspetto, l'articolo 2, comma 160, dl. 262/2006, come già ricordato, prevede che *“le disposizioni di cui all'articolo 19, comma 8, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dal comma 159 del presente articolo, si applicano anche ai direttori delle Agenzie, incluse le Agenzie fiscali”*.

Il processo di privatizzazione del rapporto di impiego pubblico rinviene dunque uno dei propri fondamenti costitutivi nella distinzione tra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, riservate agli organi di governo, e le attività dirigenziali intese all'attuazione imparziale degli obiettivi e dei programmi individuati a livello apicale. Tale sistema di differenziazione funzionale – enucleabile a partire dalla lettura congiunta degli artt. 95, 97 e 98, Cost. ed espressamente delineato dall'art. 4

del d.lgs. n. 165 del 30 marzo 2001 – deve essere coordinato però con le misure di cessazione anticipata degli incarichi dirigenziali in occasione del rinnovo delle cariche di governo.

2.2. Per questa ragione, prima di dare risposta al quesito, il Consiglio ritiene che sia necessario ricostruire l'orientamento della Corte costituzionale con riguardo ai meccanismi di decadenza automatica degli incarichi dirigenziali (cosiddetto *spoils system*).

Con sentenza 16 giugno 2006, n. 133, la Corte costituzionale ha ricondotto lo spoils system al “rapporto fondato sull'intuitus personae tra l'organo politico che conferisce un incarico ed il soggetto che lo riceve ed è responsabile verso il primo dell'efficienza dell'amministrazione”; la Corte ha poi dichiarato costituzionalmente illegittima la norma della regione Calabria “secondo cui la nomina di un nuovo direttore generale determina la decadenza anche delle nomine dei responsabili dei dipartimenti sanitari e amministrativi e dei responsabili dei distretti sanitari territoriali” perché così “disponendo, la norma comporta l'azzeramento automatico dell'intera dirigenza in carica, pregiudicando il buon andamento dell'amministrazione e violando l'art. 97 Cost.”.

Successivamente, con sentenza 23 marzo 2007, n. 103, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, della legge 15 luglio 2002, n. 145, nella parte in cui dispone(va) che gli incarichi «cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge, esercitando i titolari degli stessi in tale periodo esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione». Per la Corte “*viola, in carenza di garanzie procedurali, gli indicati principi costituzionali e, in particolare, il principio di continuità dell'azione amministrativa che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa. Le recenti leggi di riforma della pubblica amministrazione, in precedenza illustrate, hanno, infatti, disegnato un nuovo modulo di azione che misura il rispetto del canone dell'efficacia e dell'efficienza alla luce dei risultati che il dirigente deve perseguire, nel rispetto*

degli indirizzi posti dal vertice politico, avendo a disposizione un periodo di tempo adeguato, modulato in ragione della peculiarità della singola posizione dirigenziale e del contesto complessivo in cui la stessa è inserita. È evidente, dunque, che la previsione di una anticipata cessazione ex lege del rapporto in corso impedisce che l'attività del dirigente possa espletarsi in conformità al modello di azione sopra indicato. A regime, per i motivi sin qui esposti, la revoca delle funzioni legittimamente conferite ai dirigenti, in questa sede presi in considerazione, può essere conseguenza soltanto di una accertata responsabilità dirigenziale in presenza di determinati presupposti e all'esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato (sentenza n. 193 del 2002). Deve, pertanto, ritenersi necessario che - alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale prima richiamata - sia comunque garantita la presenza di un momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti, nell'ambito del quale, da un lato, l'amministrazione esterni le ragioni - connesse alle pregresse modalità di svolgimento del rapporto anche in relazione agli obiettivi programmati dalla nuova compagine governativa - per le quali ritenga di non consentirne la prosecuzione sino alla scadenza contrattualmente prevista; dall'altro, al dirigente sia assicurata la possibilità di far valere il diritto di difesa, prospettando i risultati delle proprie prestazioni e delle competenze organizzative esercitate per il raggiungimento degli obiettivi posti dall'organo politico e individuati, appunto, nel contratto a suo tempo stipulato. L'esistenza di una preventiva fase valutativa si presenta essenziale anche per assicurare, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, il rispetto dei principi del giusto procedimento, all'esito del quale dovrà essere adottato un atto motivato che, a prescindere dalla sua natura giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato, consenta comunque un controllo giurisdizionale. Ciò anche al fine di garantire - attraverso la esternazione delle ragioni che stanno alla base della determinazione assunta dall'organo politico - scelte trasparenti e verificabili, in grado di consentire la prosecuzione dell'attività gestoria in ossequio al precetto costituzionale della imparzialità dell'azione amministrativa. Precetto, questo, che è alla base della stessa distinzione funzionale dei compiti tra organi politici e burocratici e cioè tra l'azione

di governo - che è normalmente legata alle impostazioni di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza - e l'azione dell'amministrazione, la quale, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata, invece, ad agire senza distinzioni di parti politiche e dunque al «servizio esclusivo della Nazione» (art. 98 Cost.), al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento (in questo senso, sia pure con riferimento ad un ambito di disciplina diverso da quello in esame, vedi sentenza n. 453 del 1990, nonché sentenza n. 333 del 1993)».

La “*distinzione funzionale dei compiti tra organi politici e burocratici*” va intesa, dunque, quale presidio del vincolo che, ai sensi dell’art. 98 Cost., lega l’attività amministrativa al “*servizio esclusivo della Nazione*”.

2.3. Così delineate le condizioni generali di conformità del cosiddetto *spoils system* ai principi costituzionali che informano l’azione della pubblica amministrazione, con le successive pronunce della Corte costituzionale si assiste, tanto alla stabilizzazione degli esiti acquisiti, quanto alla delimitazione del campo di applicazione soggettivo dell’istituto in esame.

Oltre all’estensione dei principi formulati dalla suindicata pronuncia al caso del personale non appartenente ai ruoli di cui all’art. 23 del d.lgs. n. 165 del 30 marzo 2001 (Corte costituzionale, 20 maggio 2008, n. 161), con sentenza 28 ottobre 2010, n. 304, **la Corte ha limitato la legittimità dei meccanismi di decadenza automatica al solo rapporto di impiego con il personale addetto ad uffici di diretta collaborazione con l’organo di governo, riconoscendo, per tale via, la speciale coesione fiduciaria che connota il ruolo e le funzioni esercitate dalle figure apicali della dirigenza pubblica.** In questa decisione si afferma infatti che “*deve ritenersi non difforme dagli evocati parametri costituzionali la norma, contenuta nella disposizione censurata, che prevede la interruzione del rapporto in corso con il personale, compreso quello dirigenziale, assegnato agli uffici di diretta collaborazione al momento del giuramento di un nuovo Ministro, ove non confermato entro trenta giorni dal giuramento stesso. La previsione in esame, infatti, si giustifica in ragione del rapporto strettamente fiduciario che deve sussistere tra l’organo di governo e tutto il personale di cui*

esso si avvale per svolgere l'attività di indirizzo politico-amministrativo. Al momento del cambio nella direzione del Ministero è, pertanto, legittimo prevedere l'azzeramento degli incarichi esistenti, che possono essere confermati qualora il Ministro stesso ritenga che il personale in servizio possa godere della sua fiducia'.

2.4. Giova aggiungere che la Corte ha più volte “affermato (sentenze n. 228 del 2011; n. 224 del 2010; n. 390 e n. 352 del 2008; n. 104 e n. 103 del 2007) l'incompatibilità con l'art. 97 Cost. di meccanismi di decadenza automatica, o del tutto discrezionale, dovuta a cause estranee alle vicende del rapporto d'ufficio e sganciata da qualsiasi valutazione concernente i risultati conseguiti, qualora tali meccanismi siano riferiti - non già al personale addetto ad uffici di diretta collaborazione con l'organo di governo (sentenza n. 304 del 2010) o a figure apicali, per le quali risulti decisiva la personale adesione agli orientamenti politici di chi le abbia nominate (sentenza n. 34 del 2010) - bensì ai titolari di incarichi dirigenziali che comportino l'esercizio di funzioni amministrative di esecuzione dell'indirizzo politico (sentenza n. 124 del 2011), anche quando tali incarichi siano conferiti a soggetti esterni (sentenze n. 246 del 2011, n. 81 del 2010 e n. 161 del 2008).

In applicazione di tali principi, è stata ripetutamente stabilita, ad esempio, l'illegittimità costituzionale di norme regionali che prevedevano la decadenza automatica di figure quali i direttori generali delle aziende sanitarie locali (sentenze n. 27 del 2014; n. 152 del 2013; n. 228 del 2011; n. 104 del 2007), o anche di altri enti regionali (sentenza n. 34 del 2010), considerato che essi costituiscono figure tecnico-professionali, incaricate non di collaborare direttamente al processo di formazione dell'indirizzo politico, ma di perseguire gli obiettivi definiti dagli atti di pianificazione e indirizzo degli organi di governo della Regione. Nel giudicare illegittima la decadenza automatica di tali figure apicali all'avvicinarsi degli organi politici, la Corte ha dato rilievo al fatto che le relative nomine richiedano il rispetto di specifici requisiti di professionalità, che le loro funzioni abbiano in prevalenza

carattere tecnico-gestionale, e che i loro rapporti istituzionali con gli organi politici della Regione non siano diretti, bensì mediati da una molteplicità di livelli intermedi” (Corte cost. 11 febbraio 2016, n. 20).

L'individuazione delle ipotesi in cui escludere l'operatività dello *spoils system* può dunque ricavarsi dalla necessaria sussistenza di requisiti di professionalità per l'attribuzione dell'incarico dirigenziale, dalla prevalenza delle attività tecnico-gestionali svolte nell'esercizio delle funzioni nonché dalla molteplicità dei livelli istituzionali che si interpongono tra il vertice politico ed il ruolo dirigenziale considerato.

Con sentenza 22 febbraio 2019, n. 23, la Corte costituzionale, infine, nel respingere la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento alla figura del segretario comunale, ha confermato la propria adesione all'indirizzo interpretativo sostenuto in materia: *“Questa Corte ha più volte affermato l'incompatibilità con l'art. 97 Cost. di disposizioni di legge, statali o regionali, che prevedono meccanismi di revocabilità ad nutum o di decadenza automatica dalla carica, dovuti a cause estranee alle vicende del rapporto instaurato con il titolare, non correlati a valutazioni concernenti i risultati conseguiti da quest'ultimo nel quadro di adeguate garanzie procedurali (sentenze n. 52 e n. 15 del 2017, n. 20 del 2016, n. 104 e n. 103 del 2007), quando tali meccanismi siano riferiti non al personale addetto agli uffici di diretta collaborazione con l'organo di governo (sentenza n. 304 del 2010) oppure a figure apicali, per le quali risulti decisiva la personale adesione agli orientamenti politici dell'organo nominante, ma a titolari di incarichi dirigenziali che comportino l'esercizio di funzioni tecniche di attuazione dell'indirizzo politico (sentenze n. 269 del 2016, n. 246 del 2011, n. 81 del 2010 e n. 161 del 2008)”*.

2.5. Il delineato apparato argomentativo giustifica la formulazione attuale dell'art. 19, comma 8, d.lgs. 165/2001, il quale, a seguito dei molteplici interventi del legislatore e della giurisprudenza costituzionale, dispone oggi che gli incarichi di segretario generale di Ministeri, gli incarichi di direzione di strutture articolate al loro

interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente *“cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo”*.

Di contro, il regime di cessazione delle funzioni dirigenziali a carattere tecnico-gestionale, o comunque consistenti in attività esecutive dell'indirizzo politico-amministrativo individuato dall'organo di governo, si ricava dal rinvio all'art. 21, comma 1, secondo periodo, d.lgs. 165/2001 previsto dall'art. 19, comma 1-ter del medesimo decreto.

2.6. I principi di buon andamento, imparzialità e continuità dell'azione amministrativa costituiscono peraltro il primario parametro di riferimento per l'individuazione della tutela esperibile dal dirigente decaduto dalla carica per effetto dell'operatività di meccanismi di *spoils system*. A differenza del settore privato, nel quale i rimedi avverso il licenziamento illegittimo sono univocamente ispirati dallo scopo di tutela del dipendente, il potere dell'Amministrazione di risolvere il rapporto di lavoro con il dirigente pubblico è limitato non soltanto dalla necessaria salvaguardia delle posizioni giuridiche soggettive del soggetto da rimuovere, ma anche dalla cura di generali interessi pubblici riconosciuti dall'art. 97 Cost. In tal senso, la Corte costituzionale, con sentenza 24 ottobre 2008, n. 351, è giunta a concludere che *“forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato, non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi”*.

Peraltro, l'esclusione di strumenti di tutela reale avverso l'illegittimo licenziamento di dirigenti pubblici comporterebbe non soltanto la violazione dei suindicati interessi di rilevanza generale, ma anche l'aggravio finanziario risultante, per un verso, dall'obbligo di risarcire il personale automaticamente decaduto, per altro verso, dalla retribuzione dei nuovi operatori.

La preferenza per gli strumenti di tutela reale trae inoltre conferma dalla complessa struttura dell'impiego dirigenziale nel settore pubblico. Il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, connesso alla titolarità della qualifica dirigenziale, costituisce il substrato del successivo atto di conferimento dell'incarico, nel quale può riconoscersi la fonte di un distinto rapporto a tempo definito. La pronuncia di reintegrazione nelle funzioni anticipatamente cessate per effetto dell'applicazione di meccanismi di *spoils system* avrebbe pertanto effetti circoscritti alla scadenza del termine finale per l'esecuzione delle funzioni conferite.

In tal senso, la Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, con sentenza n. 3677 del 16 febbraio 2009, dopo aver richiamato i principi enunciati dal Giudice delle leggi con le citate pronunce nn. 103-104 del 23 marzo 2007, secondo i quali il processo di contrattualizzazione della dirigenza pubblica non esclude l'esigenza di adeguare il regime del rapporto dirigenziale ai parametri di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, giunge infine ad affermare che: *“in caso di illegittimità, per contrarietà alla legge, del provvedimento di riforma della pianta organica di un comune, con soppressione delle posizioni dirigenziali, questo deve essere disapplicato dal giudice ordinario, con conseguente perdita di effetti dei successivi atti di gestione del rapporto di lavoro, costituiti dalla revoca dell'incarico dirigenziale, non sussistendo la giusta causa per il recesso ante tempus dal contratto a tempo determinato che sorge a seguito del relativo conferimento, con diritto del dirigente alla riassegnazione di tale incarico precedentemente revocato, per il tempo residuo di durata, detratto il periodo di illegittima revoca”*.

3. Cenni alla disciplina giuridica di AGENAS.

3.1. Occorre ora ripercorrere sinteticamente il quadro giuridico e normativo dell'Agenzia per i servizi sanitari regionali. AGENAS è un ente pubblico non economico nazionale, con funzioni di supporto tecnico-operativo al Ministro della salute, alle Regioni e alle Province autonome di Trento e Bolzano. È stata istituita

dal d.lgs. 30 giugno 1993, n. 266, che all'art. 5, comma 1, la sottopone alla vigilanza del Ministero della Salute e le conferisce personalità giuridica. In particolare, come prima detto, svolge *“compiti di supporto delle attività regionali, di valutazione comparativa dei costi e dei rendimenti dei servizi resi ai cittadini e di segnalazione di disfunzioni e sprechi nella gestione delle risorse personali e materiali e nelle forniture, di trasferimento dell'innovazione e delle sperimentazioni in materia sanitaria”* (art. 5, comma 1). Analogamente, l'art. 2, comma 357, l. 244/2007 (a decorrere dall'entrata in vigore della quale, l'Agenzia ha assunto la sua denominazione attuale) definisce l'Agenzia un *“organo tecnico-scientifico del Servizio sanitario nazionale”* e le attribuisce lo svolgimento di *“attività di ricerca e di supporto nei confronti del Ministro della salute, delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano”*.

Lo stesso Statuto dell'Agenzia, approvato da ultimo nel 2018 in attuazione dell'art. 17 del d.lgs. 28 giugno 2012, n. 106, e che disciplina le modalità di organizzazione, le attribuzioni degli organi e del Direttore generale, nonché le modalità di funzionamento (art. 1), la definisce *“organo tecnico-scientifico del Servizio sanitario Nazionale”*, le conferisce autonomia statutaria, regolamentare, organizzativa, amministrativa, finanziaria e contabile e, oltre alla vigilanza del Ministero della salute, la sottopone al controllo della Corte dei Conti. Ai sensi dell'art. 3 dello Statuto, poi, l'organizzazione è coerente ai *“principi di separazione tra funzioni di indirizzo politico amministrativo e funzioni di gestione e organizzazione”*. L'Agenzia può avvalersi di *“esperti con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa nel limite massimo di dieci unità”* (art. 1, comma 4 d.lgs. 266/1993) e per quanto riguarda le spese di funzionamento interviene un *“contributo annuo a carico dello Stato [...]”* (art. 1, comma 5 d.lgs. 266/1993).

L'art. 2-bis del d.lgs. 115/1998, dispone che con il *“Regolamento di organizzazione e funzionamento”* del consiglio di amministrazione, *“sono approvate le norme sul*

funzionamento degli organi dell’Agenzia” e “sull’organizzazione dei servizi” nonché “sulla gestione amministrativo-contabile” e “sull’ordinamento del personale”.

Giova ricordare che gli organi dell’Agenzia sono indicati dall’art. 2 del d.lgs. 115/1998 e sono il Presidente, il Consiglio di amministrazione e il collegio dei revisori dei conti. Il Presidente *“è nominato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della sanità, d’intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome”* (art. 2, comma 3) e in particolare, *“assume la rappresentanza dell’Agenzia, convoca e presiede il Consiglio di amministrazione, cura le relazioni con i Ministeri, la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome, anche unificata con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali, le regioni e sovrintende al complesso dell’attività dell’Agenzia, anche attraverso verifiche sullo stato di attuazione dei progetti assegnati”* (art. 2, comma 2).

Il Consiglio di amministrazione *“è composto dal presidente e da quattro membri”,* i quali *“sono nominati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro della sanità”* (art. 2, comma 3). Due di questi sono designati *“dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome, unificati con la Conferenza Stato-Città ed autonomie locali”*. Tanto il Presidente, quanto i componenti del consiglio di amministrazione sono selezionati (e possono essere confermati una sola volta, con le stesse modalità) *“tra esperti di riconosciuta competenza”* in diritto sanitario, organizzazione, programmazione, gestione e finanziamento del servizio sanitario che deve essere specificamente documentata. Infine, il collegio dei revisori dei conti, che ai sensi dell’art. 9, comma 1 dello Statuto dell’Agenzia *“è composto da tre membri, di cui uno designato dalla Conferenza Unificata, uno dal Ministro dell’economia e delle finanze, scelto tra i funzionari del dipartimento della Ragioneria generale dello Stato con funzioni di presidente e uno dal Ministro della Salute”*.

La durata dell’incarico degli organi di AGENAS, rinnovabile una sola volta, è di quattro anni. Agli organi dell’Agenzia è poi dedicato il titolo II dello Statuto. Sono

ivi delineati i poteri del Presidente, che ha la rappresentanza legale dell'Agenzia e che principalmente *“convoca e presiede il Consiglio di amministrazione[...]e vigila sull'esecuzione delle delibere”* (art. 7); del consiglio di amministrazione, che *“esercita le funzioni d'indirizzo politico-amministrativo dell'Agenzia”* (art. 8); e del collegio dei revisori che *“vigila sull'osservanza delle disposizioni di legge, del presente Statuto e del Regolamento di amministrazione e del personale[...]”* (art. 9).

3.2. Compiti del direttore generale.

Ai sensi dell'articolo 10 dello Statuto

«1. Il Direttore generale è nominato con decreto del Ministro della salute, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome, tra esperti di riconosciuta competenza in diritto sanitario, in organizzazione, programmazione, gestione e finanziamento del servizio sanitario, anche estranei alla pubblica amministrazione. Il rapporto di lavoro del Direttore generale è regolato con contratto di diritto privato, rinnovabile una sola volta, ed è incompatibile con altri rapporti di lavoro subordinato e con qualsiasi altra attività professionale privata.

2. Il Direttore generale ha la responsabilità della gestione dell'Agenzia e ne adotta gli atti, salvo quelli attribuiti agli organi della medesima.

3. Il supporto delle attività afferenti alla Direzione generale è garantito dalla segreteria organizzativa, le cui funzioni di coordinamento sono conferite con provvedimento del Direttore generale a personale non dirigenziale.

4. In particolare il Direttore generale:

a) sovrintende alle attività svolte dagli uffici dirigenziali in cui l'Agenzia si articola;

b) esegue, tenendone informato il Presidente, ogni altro compito attribuito dal Consiglio di amministrazione;

c) esercita, secondo i criteri e i limiti prefissati dal Regolamento di amministrazione e del personale, i poteri di spesa e quelli di acquisizione delle entrate, salvo quelli delegati ai dirigenti;

d) predispone, ai fini dell'approvazione da parte del Consiglio di amministrazione, gli schemi delle convenzioni e dei contratti;

- e) *predispone il bilancio preventivo, le relative variazioni e il conto consuntivo;*
- f) *definisce ed assegna ai dirigenti, attribuendo le necessarie risorse umane, finanziarie e materiali, gli obiettivi individuali ed organizzativi in coerenza con i programmi dell'Agenzia, nonché la responsabilità e la gestione di singoli progetti;*
- g) *misura e valuta le performance individuali dei dirigenti, assume le iniziative necessarie, per assicurare la rispondenza dell'attività delle strutture organizzative agli indirizzi prefissati, anche al fine di assicurare l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa e della gestione affidata;*
5. *Il Direttore generale individua un dirigente che lo sostituisca in caso di assenza o di impedimento temporaneo.*
6. *Al Direttore generale è corrisposto un trattamento economico onnicomprensivo, determinato con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.*
7. *Al Direttore generale si applica l'articolo 3-bis, comma 11, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni».*

4. Risposta al quesito.

4.1. Dal quadro legislativo e giurisprudenziale sino a qui tratteggiato, emerge che, sulla base del tenore testuale delle norme, l'articolo 2, comma 160, d.l. 262/2006 è applicabile al direttore generale di AGENAS. Conseguentemente anche per tale figura viene in rilievo il meccanismo del c.d. spoils system. La conclusione ora raggiunta trova conferma nel combinato disposto dell'art. 2, comma 160, *cit.*, e dell'art. 19, comma 8, d.lgs. 165/2001. Quest'ultima disposizione, infatti, prevede che "gli incarichi di funzione dirigenziale di cui al comma 3", cioè "gli incarichi di Segretario generale di ministeri, gli incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente", cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo, mentre la prima (art. 2, comma 160) stabilisce che le norme da ultimo richiamate "si applicano anche ai direttori delle Agenzie, incluse le Agenzie fiscali".

Anche il dato sistematico converge in tale direzione. Ed invero, l'articolo 8, comma 3, d.lgs. 300/1999 dispone che *“l'incarico di direttore generale dell'agenzia viene conferito in conformità alle disposizioni”* sul *“conferimento dell'incarico di capo del dipartimento”*, soggetto quest'ultimo che, come è noto, è sottoposto alla disciplina dello *spoils system* proprio in virtù del più volte richiamato articolo 19, comma 8, d. lgs. 165/2001.

Tale conclusione sembra avvalorata, inoltre, dalla ricostruzione “storica” della successione delle norme di legge: l'art. 2, comma 162, d.l. 262/2006, infatti, ha abrogato *“il comma 309 dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 2005, n. 266”*; il comma abrogato disponeva che *“al fine di assicurare, con carattere di continuità, la realizzazione del programma di attività, connesso allo specifico piano di lavoro finalizzato allo svolgimento dei compiti per la riduzione delle liste di attesa, agli organi dell'Agenzia, di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 115, e successive modificazioni, non si applica, limitatamente agli anni 2006, 2007 e 2008, l'articolo 6, comma 1, della legge 15 luglio 2002, n. 145”*. Il predetto comma 162 aggiunge poi che *“in via transitoria, le nomine degli organi dell'Agenzia per i servizi sanitari regionali, di cui all' articolo 2 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 115, e successive modificazioni, cessano ove non confermate entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto”*.

4.2. Sulla base di tale ricostruzione, in conclusione, non v'è dubbio circa la vigenza delle norme in questione e la soggezione del direttore generale al meccanismo dello *spoils system*.

Tuttavia la Sezione – in considerazione del ruolo assegnato al Consiglio di Stato dall'articolo 100 Costituzione (*“Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico - amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione”*) – reputa di doversi fare carico di ulteriori considerazioni.

Per un verso, il Consiglio concorda con il Ministero richiedente nell'affermare che la legge, sino a quando non è dichiarata costituzionalmente illegittima, va applicata dall'amministrazione a meno che non sia contraria al diritto dell'Unione europea.

L'amministrazione, infatti, non può né disapplicare le norme sospettate di illegittimità costituzionale né sollevare questione di legittimità costituzionale innanzi alla Corte (si veda, per alcune considerazioni di carattere sistematico, Corte cost., 30 gennaio 2019 n. 13), spettando tale ultimo potere al giudice investito della controversia sulla concreta fattispecie (*“Ai sensi dell'art. 1 l. cost. 9 febbraio 1948 n. 1 e dell'art. 23 l. 11 marzo 1953 n. 87, le questioni incidentali di legittimità costituzionale possono essere sollevate dal giudice esclusivamente nel corso di un giudizio del quale egli sia investito, e, perché possa ritenersi sussistente il presupposto processuale richiesto da dette norme, non è sufficiente il solo requisito soggettivo (intervento di un magistrato), ma occorre, altresì, che l'attività applicativa della legge da parte del giudice sia caratterizzata da entrambi gli attributi dell'obiettività e della definitività, nel senso dell'idoneità del provvedimento reso a divenire irrimediabile attraverso l'assunzione di un'efficacia analoga a quella del giudicato”*, Corte cost. 20 maggio 2008, n. 164).

Per altro verso, nelle disposizioni in esame vi sono alcuni profili che portano a dubitare della legittimità costituzionale delle norme oggetto del presente quesito con possibili ripercussioni sull'azione amministrativa.

Richiamati i principi affermati dalla Corte costituzionale – e sinteticamente esposti al paragrafo 2 di questo parere – occorre infatti considerare che:

a) l'Agenzia ha anche un ruolo tecnico (si veda paragrafo 3.1 del presente parere) sia alla luce di quanto disposto dall'articolo 5, comma 1, d. lgs. 266/1993 sia in considerazione del chiaro disposto dell'articolo 2, comma 357, l. 244/2007 (*“organo tecnico-scientifico del Servizio sanitario nazionale, che svolge attività di ricerca e di supporto nei confronti del Ministro della salute, delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano”*); da questo emerge che le funzioni dell'Agenzia non possono essere ricondotte integralmente all'ambito della *“diretta collaborazione”* oppure alle funzioni svolte da *“figure apicali, per le quali risulti decisiva la personale adesione agli orientamenti politici dell'organo*

nominante” (Corte Cost. 23/2019), ipotesi queste che giustificano l’applicazione dello spoils system;

b) AGENAS ha inoltre compiti di supporto delle attività regionali (articolo 5, comma 1, d. lgs. 266/1993), pur essendo vigilata dal Ministero della salute; questo aspetto – già evidenziato al paragrafo 3 – rende meno immediato e forte il collegamento col Ministro della salute con conseguente dubbio circa i presupposti costituzionali di applicazione dello spoils system;

c) fermo restando che, sotto un profilo giuridico, occorre distinguere le funzioni di AGENAS dai compiti del suo direttore generale, le modalità di nomina del predetto direttore generale prevedono il decreto del Ministro della salute, d’intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome, tra esperti di riconosciuta competenza in diritto sanitario, in organizzazione, programmazione, gestione e finanziamento del servizio sanitario, anche estranei all’amministrazione (articolo 2 ter d. lgs. 115/1998); si configura così un procedimento di nomina differente da quello previsto per le figure indicate dall’articolo 19, comma 3, d. lgs. 165/2001 con conseguente allentamento del vincolo/rapporto fiduciario col ministro; sotto tale ultimo profilo, va considerato anche quanto stabilito dall’articolo 10, comma 4, lett. b) a tenore del quale il direttore “esegue, tenendone informato il Presidente, ogni altro compito attribuito dal Consiglio di amministrazione” con ciò venendo in rilievo l’esistenza di una relazione ‘privilegiata’ con il consiglio di amministrazione di AGENAS.

Emerge in definitiva la differente posizione del direttore generale di AGENAS rispetto a tutte quelle figure cui fisiologicamente deve applicarsi il meccanismo dello spoils system, con conseguente dubbio di compatibilità della norma tuttora in vigore con gli artt. 95, 97 e 98 Cost.

Tra l’altro, da notizie di stampa apprese nello stesso giorno dell’odierna Adunanza, risulta che il Tribunale del lavoro di Roma ha sollevato questione di legittimità

costituzionale proprio dell'art. 2, comma 160, d.l. 262/2006 con riferimento al direttore dell'Agenzia delle dogane.

Per tali motivi il Collegio – in applicazione dell'articolo 58 r.d. 444/1942 (*“Quando dall'esame degli affari discussi dal Consiglio risulti che la legislazione vigente è in qualche parte oscura, imperfetta od incompleta, il Consiglio ne fa rapporto al Capo del Governo”*) – ritiene necessario trasmettere il presente parere alla Presidenza del Consiglio dei ministri per l'eventuale assunzione delle iniziative legislative in materia.

P.Q.M.

nelle suesposte considerazioni è il parere della Sezione.

Dispone, ai sensi dell'articolo 58 r.d. 444/1942, la trasmissione del presente parere alla Presidenza del Consiglio dei ministri.

L'ESTENSORE
Vincenzo Neri

IL PRESIDENTE
Mario Luigi Torsello

IL SEGRETARIO
Carola Cafarelli