



**Direzione Generale
*Servizio Legislativo***

**Osservatorio Legislativo Interregionale
Bologna, 7 - 8 giugno 2007**

Il "mito" dello spoil system

a cura di
Silvia Franceschini

LO SPOIL SYSTEM E LA RIFORMA DEL PUBBLICO IMPIEGO

Le leggi di riforma della pubblica amministrazione emanate negli anni '90 hanno costituito una sorta di rivoluzione copernicana, laddove hanno cercato di incidere profondamente sull'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa attuando una vera e propria trasformazione del pubblico impiego assoggettandolo quasi integralmente alle disposizioni dettate dal codice civile per il lavoro privato. Il legislatore ha cercato, cioè, di ovviare alle deficienze organizzative e gestionali del lavoro pubblico attuando la c.d. privatizzazione del pubblico impiego, la sua parificazione (normativa e operativa) al lavoro nelle aziende private.

Caratteristica dell'impianto normativo delle riforme degli anni '90 è la distinzione (o separazione) tra il potere politico - che deve occuparsi della funzione di indirizzo politico e di controllo attraverso l'azione di Governo - e il potere amministrativo - che deve esercitare funzioni gestionali e amministrative attraverso i propri funzionari. Il decreto legislativo n. 29/1993 ha affidato ai dirigenti la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, compresa l'adozione di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane e strumentali e di controllo, con la precisazione della loro responsabilità per la gestione e per i relativi risultati.

E' stato, però, solo con l'attuazione della Bassanini bis, attraverso il decreto legislativo n. 387/1998, che è stata colmata una lacuna presente nella prima riforma, cioè la distinzione tra dirigenti e dirigenti generali (ancora disciplinati dalla normativa pubblicistica) ed è stato definitivamente disegnato un nuovo modulo di azione che misura l'efficacia e l'efficienza alla luce dei risultati che ogni dirigente deve perseguire, nel rispetto degli indirizzi posti dal vertice politico. Si può dire, quindi, che le innovazioni legislative di fine anni '90 hanno, da un lato, completato, sul piano strutturale, il processo di contrattualizzazione del rapporto di impiego dei dirigenti, dall'altro, hanno accentuato, sul piano funzionale, la distinzione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e compiti gestori.

Per quanto riguarda le competenze gestionali dei dirigenti e il rapporto con gli organi politici, la normativa ha provveduto a stabilire una elencazione puntuale degli atti di competenza degli organi di Governo, stabilendo invece a favore dei dirigenti di una competenza generale e residuale. Per quanto attiene ai rapporti fra le due sfere politica e amministrativa, si è previsto che il Ministro **non può "revocare, riformare, riservare o avocare a sé o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti"**, riconoscendo così esplicitamente che il rapporto tra politica e amministrazione non è più ricostruibile pienamente in termini di gerarchia, bensì di coordinamento funzionale e di collaborazione tra i due livelli (la Corte Costituzionale finirà, infatti, per parlare di "*coesione*").

Tutte le norme sul pubblico impiego sono poi confluite nel decreto legislativo n. 165/2001 che ha, in sostanza, delineato un modello articolato di regolamentazione della dirigenza che prevede in primis la contrattualizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti e la temporaneità degli incarichi. Tale modello ha fatto perno sulla distinzione tra il potere di indirizzo politico-amministrativo e l'attività gestionale svolta dai dirigenti. Questa distinzione ha,

da un lato, ampliato le competenze dirigenziali, l'esercizio delle quali deve essere valutato tenendo conto, in particolare, dei risultati "dell'attività amministrativa e della gestione", dall'altro, ha comportato un maggiore rigore nell'accertamento della responsabilità dei dirigenti e un efficace sistema valutativo in relazione agli obiettivi programmati.

In questo contesto si colloca la legge n. 145 del 2002 che è intervenuta massicciamente sulla disciplina dei dirigenti: per quanto attiene al rapporto di servizio, ha ripristinato l'accesso alla qualifica mediante concorso per esame e corso-concorso selettivo di formazione e ha abolito il ruolo unico, prevedendo il ruolo dei dirigenti per ciascuna amministrazione statale. Per quanto attiene ai criteri di accertamento della responsabilità dirigenziale e alle consequenziali misure adottabili, la nuova versione dell'articolo 21 del decreto legislativo n. 165 del 2001 stabilisce che "il mancato raggiungimento degli obiettivi ovvero l'inosservanza delle direttive" - valutati con i sistemi e le garanzie di cui all'articolo 5 del decreto legislativo n. 286 del 1999 - comportano "l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale". La medesima disposizione prevede che "in relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione può, inoltre, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo".

1. PRIME PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

La rincorsa all'efficienza della PA e la conseguente privatizzazione estesa alla dirigenza pubblica con tutti i suoi inevitabili corollari da un lato, il principio di separazione fra potere politico e amministrativo dall'altro, hanno immediatamente portato alla luce questo difficile equilibrio, la delicatezza del tema e le difficoltà di applicazione pratica.

Il principio della separazione, affermato con nettezza nella legislazione nazionale e costantemente riaffermato dalla giurisprudenza di merito, rischia di essere aggirato nella sostanza. E questo non solo per la (inevitabile) prassi di indebite pressioni degli organi politici sui dirigenti amministrativi atte a condizionare il contenuto della decisione amministrativa, ma anche per il modo in cui i rapporti tra politica e amministrazione sono stati configurati nella normativa vigente.

E' stato, infatti evidenziato¹, che al centro di questi rapporti si pone l'incarico dirigenziale e in particolare taluni suoi aspetti, quali la durata, la possibilità di revocarlo anticipatamente o di farlo decadere automaticamente in occasione del mutamento della compagine di governo. E' evidente come la tenuta del principio astrattamente delineato dalla vigente normativa sia messo a rischio dalle modalità con cui i citati istituti trovano pratica applicazione.

Così, se l'incarico viene configurato a tempo determinato, l'elemento della durata dell'incarico è fondamentale per garantire che il dirigente possa agire nel rispetto dei principi costituzionali relativi all'attività amministrativa. E' palese, infatti, che qualora la durata dell'incarico fosse troppo breve, in particolare inferiore alla durata del mandato degli organi di governo, ciò

¹ Francesco Merloni, "Verso una maggiore delimitazione dello spoils system?", su <http://www.uilpadirigentiministeriali.com>

consentirebbe nella pratica l'aggiramento del principio di distinzione, perché il dirigente sarebbe consapevole che la conferma dell'incarico è nelle stesse mani di colui che lo ha conferito e sarebbe ovviamente condizionato nell'esplicazione della propria attività.

Sulla possibilità di revoca anticipata, prima del termine, la possibilità di un suo uso molto esteso, soprattutto se non adeguatamente motivato da parte dell'organo politico titolare del potere di conferimento dell'incarico e senza le necessarie garanzie, finirebbe per accentuare il rapporto di subordinazione del dirigente amministrativo.

Quanto poi alla decadenza automatica degli incarichi in occasione del mutamento di governo, definita ormai col diffuso termine anglosassone di ***spoils system***, e che costituisce il centro di questo approfondimento, si è con timore evidenziato che un' applicazione estesa di questo strumento andrebbe a trasformare la dirigenza interessata in dirigenza fiduciaria, vale a dire soggetti solo formalmente distinti dagli organi politici, ma sostanzialmente legata alla compagine governativa e difficilmente in grado di comportarsi in maniera imparziale nell'esercizio delle proprie competenze.

La legislazione statale cui si accennava in precedenza è intervenuta più volte su questi aspetti: la durata degli incarichi dirigenziali è stata nel tempo modificata, passando da un minimo di due ad un massimo di sette anni (eravamo nel 1998) ad un limite massimo (di tre e cinque anni) senza limite minimo (con la contestata legge n. 145/2002), per poi tornare a prevedere un limite minimo di tre anni ed un massimo di cinque (legge n. 168/2005). Anche in materia di revoca anticipata degli incarichi la legge statale ha previsto dapprima la possibilità di revocare o confermare l'incarico e, nel 2002, una forma automatica di cessazione degli incarichi decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al governo.

La menzionata legge n. 145/2002 ha poi generalizzato con una norma transitoria (l'art. 3, comma 7) l'istituto dello *spoils system*. Per gli incarichi di livello generale si prevedeva la loro cessazione decorsi sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge, mentre per gli incarichi di livello non generale si consentiva una generale rotazione degli incarichi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge stessa.

Vale la pena sottolineare come, sull'ondata della proliferazione normativa statale, si sono mosse anche le Regioni che, ciascuna con le peculiarità del caso, hanno introdotto norme regionali che prevedevano analoghi sistemi di decadenza automatica degli incarichi, esterni e interni all'amministrazione regionale.

Che la materia fosse particolarmente sensibile lo si è notato fin dall'inizio, come è testimoniato dalla copiosa giurisprudenza di merito. Quanto a quella di legittimità, già nel 1996 la Corte Costituzionale è stata costretta ad intervenire in occasione di un giudizio promosso in via incidentale che sollevava la questione di legittimità costituzionale della legge delega e del decreto legislativo n. 29/1993, nella parte in cui mantenevano il rapporto pubblicistico di servizio per i soli dirigenti generali e privatizzavano viceversa lo *status* degli altri dirigenti, ciò in pretesa violazione degli articoli 97 e 3 della Costituzione. In effetti, la disciplina del 1993 finiva per discriminare la dirigenza di base, sottoposta al diritto privato insieme a tutti gli altri dipendenti, da quella di vertice, rimasta invece in regime pubblicistico. Il Tribunale rimettente riteneva

che la "privatizzazione" dei dirigenti (diversi da quelli generali) si ponesse in contrasto con l'articolo 97 della Costituzione nella parte in cui quest'ultimo, demandando alla legge la determinazione delle sfere di competenza, delle attribuzioni e delle responsabilità dei funzionari, sarebbe volto a garantire sia l'autonomia dei funzionari stessi, sia l'imparzialità dell'amministrazione, per il fatto di sottrarre in tal modo l'azione amministrativa alle indebite influenze dei contingenti indirizzi politici degli organi di governo. La violazione si concreterebbe, in particolare, nella previsione d'un "regime di recesso dal rapporto di lavoro, incentrato nell'area contrattualistica privata sul venir meno del rapporto di fiducia nei confronti del dirigente". Il diritto privato infatti - continuava il Tar Lazio - prevede anche la regola del recesso ad nutum, cioè la relazione fiduciaria fra dirigente e datore di lavoro, che nel settore pubblico è rappresentato dall'organo politico titolare del potere di nomina. La scelta del legislatore nazionale appariva, pertanto, "non correlata esclusivamente all'imparziale ed efficiente svolgimento delle attribuzioni stesse e non limitata da una forte stabilità del rapporto d'impiego". In aggiunta, la differenziazione del regime giuridico fra dirigenti e dirigenti generali appariva tanto più irragionevole considerando che delle garanzie proprie del rapporto di pubblico impiego, ancora assicurate ai dirigenti generali, venivano privati gli altri dirigenti, maggiormente esposti al condizionamento politico².

La minaccia paventata, quella del condizionamento del politico sul dirigente in un sistema che finisce per legare i due da un rapporto di tipo fiduciario, non sembrava in quel momento essere stata colta pienamente dalla Corte costituzionale. La Corte, infatti, faceva rientrare la scelta di privatizzare la dirigenza di base nella discrezionalità del legislatore nazionale, considerandola quindi consentita dal testo costituzionale, affermando che «***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 e 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***».³ E' interessante, comunque, notare che già in questa sentenza la Corte opera una marcata distinzione fra i dirigenti generali e gli altri dirigenti, specificando che solo questi ultimi "***operano in spazi predeterminati e con attività prevalentemente di gestione, essendo solo eventuale la loro partecipazione ai processi di determinazione degli ambiti di organizzazione e delle risorse***", mentre i dirigenti generali hanno finito con "***l'essere conformati quale raccordo tra potere politico e comune dirigenza, la cui attività essi verificano e controllano anche con potere sostitutivo in caso d'inerzia***"⁴.

La modifica della disciplina della dirigenza del 2002 ha riportato poi l'attenzione sulla relazione politica-amministrazione, incidendo su due degli aspetti menzionati più sopra. Il primo è l'eliminazione di un termine minimo di durata degli incarichi dirigenziali e la riduzione di quello massimo: il governo venne così autorizzato a conferire incarichi anche di pochi mesi, riservandosi di esercitare, alla scadenza dell'incarico, il potere arbitrario di rinnovo o mancato

² Tar Lazio, ordinanza 5 luglio 1995, n. 286.

³ Corte Costituzionale, sentenza 313/1996.

⁴ Corte Costituzionale, sentenza 313/1996.

rinnovo. In secondo luogo, la riforma Frattini ha introdotto una disciplina *una tantum* e transitoria, che disponeva la cessazione automatica di tutti gli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale, nonché di quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato, che fossero in corso al momento dell'entrata in vigore della legge. Le innovazioni non sono di poco conto, se si considera che lo *spoils system*, fino a quel momento limitato agli incarichi di segretario generale o capo dipartimento, venne esteso, sia pure una *tantum*, anche ai dirigenti generali.

Parallelamente a questi interventi legislativi statali va considerato che, come già accennato, anche le Regioni hanno cominciato a dettarsi proprie norme atte a incidere, in maniera più o meno diffusa, sul rapporto fra politici e amministratori nelle amministrazioni e negli enti regionali. E' stato osservato come quest'ondata normativa regionale sia intervenuta proprio sulla base della modifica del titolo V della Costituzione, in considerazione del fatto che l'organizzazione delle regioni e degli enti locali spetterebbe alla potestà legislativa residuale delle regioni le quali, non sarebbero più tenute ad adeguarsi ai principi posti dalla legislazione statale in materia di dirigenza pubblica. Alcune regioni, peraltro, hanno utilizzato la loro maggiore autonomia per dettare una disciplina della funzione dirigenziale ancor più orientata verso la relazione fiduciaria fra politica e amministrazione. È il caso, ad esempio, della Regione Calabria. L'attenzione cade, in particolare, sulla disciplina della dirigenza calabrese che, rispetto a quella della dirigenza statale, ha compiuto due ulteriori e decisi passi nella direzione dello *spoils system*: in primo luogo, lo *spoils system* in senso stretto pareva venir esteso alla totalità degli incarichi dirigenziali (quantomeno secondo l'interpretazione proposta dal governo nel suo ricorso alla Corte costituzionale) e, in secondo luogo, tale meccanismo veniva applicato non *una tantum* ma a regime.⁵

La sentenza 233/2006 è stata ampiamente commentata, risultando particolarmente interessante, sia perché prende posizione sulla possibile violazione del riparto di competenze fra Stato-regioni in tale delicato ambito, sia perché si pronuncia esplicitamente sul sistema dello *spoils system* (anche se riferito a norme regionali che tale sistema hanno introdotto) e, specificatamente, alla asserita violazione di disposizioni e principi costituzionali.

2.1 Riparto di competenze fra Stato e Regioni.

La Corte ha, fin dai primi passaggi della sentenza n. 233/2006, tenuto a rilevare come **“come le norme impugnate concernano, in linea di massima, una materia (l'organizzazione amministrativa della Regione, comprensiva dell'incidenza della stessa sulla disciplina del relativo personale) attribuita alla competenza residuale delle Regioni (art. 117, quarto comma, Cost.), da esercitare nel rispetto dei «principi fondamentali di organizzazione e funzionamento» fissati negli statuti (art. 123 Cost.)”**. Anche se, come è stato da taluni⁶ osservato, l'affermazione non è ulteriormente argomentata, la stessa riveste un'importanza centrale per smontare la tesi prospettata dal governo ricorrente e per fornire ai legislatori regionali un

⁵ Stefano Battini, *In morte del principio di distinzione fra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system*, Giornale Dir. Amm., 2006, n. 8.

⁶ Francesco Merloni, *Primi incerti tentativi di arginare lo spoils system nelle Regioni*, su www.forumcostituzionale.it

parametro per la loro attività legislativa. La nozione estensiva di "organizzazione amministrativa regionale" fatta propria dalla Corte salva pertanto, in via di principio, la normativa regionale che non può pertanto essere esaminata in virtù della mera difformità rispetto alla normativa statale "che non è rilevante per l'esercizio della potestà legislativa regionale in materia residuale, ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost."⁷.

Sembrerebbe, quindi, di poter affermare che la Regione deve rispettare solo il dettato della Costituzione ed i principi del proprio statuto, ma non i principi della legislazione statale: "affermazione, questa, troppo rapida se riferita non a modelli organizzativi dell'organizzazione dello Stato, ma a principi generali (quali quello della distinzione tra politica e amministrazione) che la legge statale ha fissato in diretta attuazione di principi costituzionali, che tra l'altro pone in discussione il modello di rapporti tra disciplina statale e regionale-locale quanto all'applicazione del d.lgs. n. 165 del 2001".⁸

Ed infatti il Governo ricorreva proprio, come ha osservato la Corte, per asserita difformità della norma regionale con quella statale, non potendo fare diversamente posto che è stato il legislatore statale stesso ad introdurre *in primis* uno spoil system particolarmente pregnante e non potendo quindi contestare la legittimità del sistema in sé per contrasto coi dettati costituzionali. L'argomento più semplice è stato, quindi, quello della incompetenza del legislatore regionale in una materia che secondo il ricorrente era ascrivibile all'"ordinamento civile" e, pertanto, apparteneva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. In effetti, è stato evidenziato⁹ che la disciplina del nuovo titolo V della Costituzione ha avuto l'effetto di legare a doppio filo due questioni in precedenza separate: quella della natura giuridica - pubblica o privata - del rapporto fra il dirigente e l'amministrazione e quella della competenza legislativa in materia di disciplina della dirigenza pubblica. Il ragionamento è, infatti, che se l'atto di conferimento di un incarico dirigenziale viene qualificato come provvedimento amministrativo che incide sul rapporto di ufficio, vale a dire sulla componente organizzativa della relazione fra il dirigente e l'amministrazione, la naturale conseguenza è che la disciplina degli incarichi dirigenziali rientri nella potestà residuale attribuita alle regioni relativamente alla propria organizzazione. Se, al contrario, la Corte Costituzionale avesse voluto fare propria la tesi sviluppata dalla Corte di Cassazione¹⁰, che ravvisa nel conferimento della titolarità degli uffici di maggiore rilevanza dell'amministrazione pubblica un atto privatistico di individuazione delle mansioni del dirigente, cioè un atto di gestione del suo rapporto di lavoro retto dal diritto privato, allora si dovrebbe giungere a conclusioni opposte anche in punto di competenza legislativa, vale a dire che la disciplina degli incarichi dirigenziali regionali rientrerebbe, come il governo ha provato a sostenere, nella potestà esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile.

Che la Corte costituzionale abbia rigettato nella sostanza la tesi "privatistica" sostenuta dalla Cassazione, sembra confermato dall'affermazione che la scadenza dell'incarico incide sull'efficacia del "provvedimento" che lo ha conferito, la cui caducazione produce poi effetti sul contratto che regola il rapporto di lavoro sottostante, facendone venir meno la causa e, quindi,

⁷ Corte Costituzionale, sentenza 233/2006.

⁸ Francesco Merloni, *ult. op.cit.*

⁹ Stefano Battini, *op.cit.*

¹⁰ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 5659/2004.

facendone cessare l'efficacia in base ad un principio generale del diritto civile. Per sintetizzare, il ragionamento della Corte porta a sostenere che il conferimento dell'incarico non è un atto di gestione del rapporto di lavoro, ma riguarda una vicenda organizzativa - titolarità dell'ufficio pubblico - che influisce, per così dire dall'esterno, sul rapporto di lavoro. **La relativa disciplina, di conseguenza, non attiene all'ordinamento civile, ma all'organizzazione amministrativa. Essa quindi spetta, per quanto riguarda la dirigenza regionale, alla potestà legislativa residuale delle regioni, che non deve in alcun modo uniformarsi alle scelte compiute dal legislatore statale con riguardo alla dirigenza statale.**¹¹

Qui ci si poteva, forse, attendere qualche maggiore approfondimento da parte della Corte. Infatti, l'argomento è piuttosto spinoso e molto dibattuto: *nulla questio* sul far rientrare il conferimento, la revoca e la decadenza automatica dell'incarico nella materia organizzativa, ma molti dubbi sono stati sollevati fin qui sulla natura pubblicistica dell'atto, poiché se da un lato vi è la sua qualificazione come "provvedimento", dall'altro vi è la confermata giurisdizione del giudice ordinario proprio in questa specifica materia (articolo 63 del decreto legislativo 165/2000).

Inoltre, è stato giustamente osservato che incarico dirigenziale, rapporto di ufficio (quello che regola l'esercizio delle funzioni pubbliche affidate al dirigente) e rapporto di lavoro (quello che regola la prestazione lavorativa del dirigente e l'attivazione della responsabilità dirigenziale) sono tra loro strettamente interconnessi e che il ruolo svolto dalla disciplina pubblicistica sull'organizzazione è quello di porre limiti che sono estrinseci allo svolgimento del rapporto di lavoro, ma che vi incidono in profondità. Come considerare, ad esempio la disciplina per legge della durata dell'incarico, che ha effetti evidenti sulla durata del contratto: come norma sulla sola organizzazione (differenziabile dalla legislazione regionale) o anche sul rapporto di lavoro (rientrante nella materia "ordinamento civile" e quindi non differenziabile)?¹²

Per questi aspetti, infatti, qualcuno si sarebbe aspettato che la Corte costituzionale aprisse la strada alla reintroduzione delle garanzie del diritto amministrativo in ordine alle decisioni di conferimento degli incarichi dirigenziali, così mitigando l'effetto di precarizzazione prodotto dalla temporaneità degli stessi (per questo ulteriore passaggio bisognerà aspettare le sentenze del 2007). Al contrario, la Corte non solo non menziona le suddette garanzie, ma insiste sulla legittimità della normativa sulla cessazione automatica degli incarichi dirigenziali smontando il secondo argomento utilizzato dal ricorso governativo per contestare la legittimità costituzionale della disciplina regionale.

2.2 Sistema dello spoil system

La Corte interviene, infatti, direttamente sullo spoil system, sostenendo in maniera inequivoca che in linea di principio è legittimo un sistema di nomine ai livelli di vertice delle amministrazioni che presupponga la fiducia soggettiva fra i criteri di scelta e revoca dell'incarico dirigenziale. Non è, quindi, in principio incompatibile con il principio di separazione dei poteri l'esistenza di un'area

¹¹ Stefano Battini, *op.cit.*

¹² Francesco Merloni, *ult. op.cit.*

dirigenziale di natura fiduciaria nominata e, conseguentemente, revocata *intuitu personae*. Infatti *“trattandosi di nomine conferite intuitu personae dagli organi politici [...] la regola per cui esse cessano all’atto dell’insediamento di nuovi organi politici mira a consentire a questi ultimi la possibilità di rinnovarle, scegliendo (ancora su base eminentemente personale) soggetti idonei a garantire proprio l’efficienza e il buon andamento dell’azione della nuova Giunta, per evitare che essa risulti condizionata dalle nomine effettuate nella parte finale della legislatura precedente. Quindi, la previsione di un meccanismo di valutazione tecnica della professionalità e competenza dei nominati, prospettata dal ricorso come necessaria a tutelare l’imparzialità e il buon andamento dell’amministrazione, non si configura, nella specie, come misura costituzionalmente vincolata; e del resto nemmeno si addice alla natura personale del rapporto sotteso alla nomina.”* Siffatto sistema di nomina e revoca di dirigenti apicali non solo non viola i vincoli costituzionali dell’imparzialità, buon andamento, ragionevolezza e affidamento, ma anzi è funzionale al rafforzamento della *“coesione tra l’organo politico regionale (che indica le linee generali dell’azione amministrativa e conferisce gli incarichi in esame) e gli organi di vertice dell’apparato burocratico (ai quali tali incarichi sono conferiti ed ai quali compete di attuare il programma indicato), per consentire il buon andamento dell’attività di direzione dell’ente (art. 97 Cost.)”*¹³.

La legittimità in via di principio dello spoil system non implica, però, una sua applicazione generalizzata. Ed infatti la Corte pone un problema di misura e di limiti. Con la sentenza n. 233/1996 la Corte costituzionale, con una pronuncia interpretativa di rigetto, salva la disciplina della Regione Calabria, ma allo stesso tempo aderisce ad un approccio “quantitativo”, vale a dire all’assunto che esista una soglia fino alla quale lo spoil system è legittimo e oltre la quale esso diviene invece illegittimo. Questa soglia è costituita dalla dirigenza di vertice delle singole amministrazioni, vale a dire dalle posizioni “apicali”. Se il governo ricorreva ritenendo che la disciplina regionale avesse superato tale soglia, applicando cioè lo spoil system all’intera dirigenza della Regione Calabria, la Corte, invece, nega il superamento della soglia, ritenendo, in base ad una interpretazione sistematica della legislazione calabrese, che lo spoil system dovesse in realtà ritenersi applicabile non a tutti gli incarichi ma solo a quelli di livello generale.

2.3 Conclusioni sulla giurisprudenza costituzionale prima del 2007.

In conclusione, la sentenza n. 233/2006 prendeva sì posizione su alcuni aspetti fondamentali lasciando però aperti alcuni problemi. Posto che lo spoil system veniva considerato legittimo, ma solo se applicato a quelle posizioni apicali che svolgono funzioni di raccordo tra il livello politico e quello amministrativo, al lato pratico restava da capire quali fossero i criteri per distinguere tali incarichi apicali (per cui lo spoil system non solo è legittimo, ma anzi garantisce il buon andamento) dagli altri incarichi dirigenziali (per i quali lo spoil system costituisce invece lesione dei principi di imparzialità e buon andamento). Sembrerebbe di evincere che il criterio da utilizzarsi fosse quello della natura dell’autorità cui spetta il potere di conferire l’incarico: sono apicali

¹³ Corte Costituzionale, sentenza 233/2006

gli incarichi dirigenziali conferiti dall'organo politico; non sono apicali, invece, gli incarichi non conferiti direttamente dall'organo politico e quindi non legati ad esso dallo stesso grado di contiguità che connota gli incarichi apicali. Se questo fosse il criterio effettivamente adoperato dalla Corte, il principio che poteva trarsi dalla sua pronuncia era quello dell'ammissibilità dello spoil system, quale strumento che garantisce quella coesione fra politica e amministrazione che è necessaria a realizzare il buon andamento, in ordine agli incarichi dirigenziali conferiti direttamente dall'autorità politica. Con interessanti conseguenze, anche sulla legislazione statale. Infatti, è stato commentato all'uscita della sentenza del 2006 che "se la Corte applicasse questo canone interpretativo anche alla questione della legittimità costituzionale della disciplina della dirigenza statale, il risultato sarebbe quello della dichiarazione di legittimità non solo dello spoil system che essa già prevede, ma anche di una eventuale maggiore quota di spoil system, che il legislatore volesse in futuro introdurre.

Attualmente, come detto, il meccanismo dello spoil system in senso stretto si applica, a regime, solo agli incarichi di capo dipartimento e segretario generale, mentre agli incarichi di livello dirigenziale generale esso è stato esteso solo con come misura una tantum, la cui legittimità è stata contestata. Tuttavia, anche gli incarichi dirigenziali di livello generale sono conferiti direttamente dall'autorità politica. E anch'essi, quindi, secondo l'impostazione della Corte costituzionale, devono considerarsi relativi a posizioni «apicali», per le quali non solo sarebbe pienamente legittimo lo spoil system «una tantum» previsto dalla riforma «Frattini», ma, di più, sarebbe legittimo perfino uno spoil system a regime, analogo a quello previsto dalla legge calabrese per gli incarichi di livello dirigenziale generale della regione."¹⁴

Ma queste conclusioni, come vedremo, verranno smentite dalla sentenza 103/2007 che, infatti, sarà da taluni considerata come un'inversione di rotta della Corte Costituzionale.

Dalla sentenza n. 233/2006 è emerso anche che lo spoil system si può legittimamente estendere anche ai dirigenti di nomina politica indiretta (come nel caso dei direttori sanitari e amministrativi delle ASL). In questo caso "è la Corte stessa a spezzare l'equivalenza tra dirigenza apicale e dirigenza di nomina politica [...]: i direttori amministrativi e sanitari delle ASL non sono nominati direttamente da un organo politico, ma vengono comunque ritenuti legittimamente assoggettabili al meccanismo dello spoil system. E semmai è la tenuta dell'unità politico-amministrativa di un ente rappresentativo a rappresentare la preoccupazione di fondo che guida la Corte nel suo complesso ragionamento".¹⁵

Anche la asserita coincidenza operata dalla Corte tra area fiduciaria e area della dirigenza apicale è stata criticata, osservando che così facendo "la Corte smentisce lo stesso obiettivo che pone a base della sua decisione, la difesa della riserva di competenze amministrative a favore della dirigenza amministrativa, perché dalla legislazione calabrese non si ricava con certezza che i dirigenti generali non svolgano compiti di amministrazione e gestione, così come si escludono impropriamente dall'area della fiduciarità incarichi

¹⁴ Stefano Battini, *op.cit.*

¹⁵ Gianluca Gardini, *Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità: le nomine fiduciarie delle Regioni sono legittime, ma la querelle resta aperta*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2006, vol. IX, pag. 690

dirigenziali (di staff) non qualificabili come apicali. Sotto questo profilo, quindi, la sentenza perde l'occasione per operare una più netta distinzione tra area fiduciaria e area dirigenziale amministrativa e, soprattutto, per delimitare in modo chiaro e preventivo l'area fiduciaria, per impedire che essa si estenda in modo indiscriminato. Accogliere il criterio del livello dirigenziale (tutti gli incarichi di livello generale sono fiduciari, quindi soggetti a decadenza automatica) non tutela l'imparzialità dell'amministrazione in tutti i (numerosi) casi nei quali all'incarico dirigenziale generale si accompagnano compiti di amministrazione e gestione o poteri di intromissione nell'amministrazione e gestione dei dirigenti non generali"¹⁶.

Per tutto quanto detto, la sentenza n. 233/2006 è persa ad alcuni deludente. In materia di riparto delle competenze legislative il tema coinvolgeva profili di grande rilevanza che non sono stati approfonditi: la nozione di "organizzazione regionale" e la sua estensione, ovvero i rapporti tra destino dell'incarico dirigenziale e i sottostanti rapporti di ufficio e di lavoro.

Della configurazione dell'incarico dirigenziale come provvedimento di natura pubblicistica, non debitamente argomentata, ma semplicemente strumentale alla sua ricomprensione nella "organizzazione regionale" e quindi alla sua sottrazione alla materia dell'"ordinamento civile", già si è detto.

Anche sullo spoil system in quanto tale la Corte non sembrava aver chiarito tutti i dubbi. Da una parte finiva per accogliere una nozione troppo ampia di fiduciarità relativa anche a nomine che non sembrano fondarsi sulla necessità di assicurare la coerenza con l'indirizzo politico regionale. Allo stesso tempo, la sentenza non chiariva i criteri di distinzione tra area fiduciaria e non fiduciaria, lasciando aperto il problema della legittimità delle normative vigenti e di quelle ancora a venire.

Per riassumere, relativamente alle disposizioni (regionali) sullo spoil system al Corte ha sancito nella sentenza n. 233/2006 che:

- la competenza legislativa in materia è quella residuale delle regioni, vincolata solo alla Costituzione e ai rispettivi statuti, in quanto non rientra nella materia dell'ordinamento civile ma in quella dell'organizzazione amministrativa regionale;
- è legittimo in via di principio dello spoil system, in quanto esso non stride coi principi costituzionali dell'imparzialità, buon andamento, ragionevolezza e affidamento, ma anzi è funzionale al rafforzamento della coesione fra organi politici e organi dirigenziali di vertice per garantire il buon andamento della PA;
- in concreto, le norme sullo spoil system possono essere dirette ai soli incarichi di livello generale che svolgono un ruolo di cerniera fra politica e amministrazione e che essendo nomine *intuitu personae* possono essere parallelamente revocate in tronco (incarichi apicali);
- tali disposizioni normative sono legittime anche in quanto si riferiscano a nomine c.d. esterne (in consorzi, agenzie, comitati, commissioni, società controllate e partecipate e quant'altro), in quanto tutte caratterizzate, ad avviso della Corte, dall'*intuitu personae*;

¹⁶ Francesco Merloni, *ult. op.cit*

- con particolare riferimento alle ASL, tali disposizioni normative sono legittime solo se riferite ai Direttori generali o ai direttori amministrativi e sanitari, non invece quando lo *spoil system* si estenda fino a ricomprendere anche i responsabili dei dipartimenti sanitari e amministrativi o ai responsabili dei distretti sanitari territoriali

La sentenza ha lasciato invece aperti i seguenti problemi :

- se è vero che in materia di *spoil system* le regioni hanno competenza residuale in quanto non si tratta di materia che rientra nell'ordinamento civile, la qualificazione del provvedimento di incarico come avente natura pubblicistica crea problemi in riferimento all'applicazione della disciplina amministrativa in materia di giusto procedimento ed alle conseguenze sui rapporti contrattuali retti da regole privatistiche;
- non vi sono parametri certi per determinare l'area fiduciaria che, in quanto nominata *intuitu personae*, si differenzia dagli altri dirigenti e ne rende legittimo lo *spoil system*, rimane quindi da verificare quale sia la giusta misura di fiduciarità da considerare in relazione alle nomine e revoche di incarichi dirigenziali;
- il criterio di differenziazione che sembra emergere, quello della nomina fiduciaria quale nomina politica, crea comunque numerosi problemi applicativi, basti pensare ai dirigenti generali dello Stato che potrebbero rimanere legittimamente travolti dal meccanismo e ai casi concretamente esaminati dalla Corte che, con ardita operazione interpretativa, vengono salvati sia con riferimento ai dirigenti dell'amministrazione calabrese, sia con riferimento ai direttori amministrativi e sanitari delle ASL (questi non sono nominati direttamente da un organo politico, ma la Corte ritiene sia legittimo lo *spoil system* anche per loro, quali posizioni di nomina politica indiretta).

3. LE SENTENZE 103 E 104 DEL 2007

La sentenza n. 233/2006 della Corte Costituzionale non aveva risposto a tutte le domande poste dalle scelte di introduzione di meccanismi di *spoil system*. Da una parte la Corte aveva convalidato salvato le norme regionali sullo *spoil system* esterno, relativo cioè a nomine dei vertici amministrativi di enti pubblici strumentali, società controllate, aziende ospedaliere. Per quanto riguardava invece le nomine interne all'amministrazione regionale, la Corte aveva cercato di arginare uno *spoil system* generalizzato, limitandone la legittimità qualora tale sistema fosse riferito alla sola dirigenza "apicale" (anche se le intenzioni del legislatore calabrese erano di tutta evidenza per un'estensione a tutta la dirigenza), ma non indicando un preciso criterio di distinzione tra dirigenza fiduciaria e dirigenza "professionale", come è stata chiamata¹⁷, laddove per la seconda si deve intendere la dirigenza titolare dei poteri riservati di amministrazione e gestione.

Con le sentenze 103 e 104 del 2007 la Corte propone, invece, nuovi sviluppi, anche se non mancano, come vedremo, i commenti critici, vuoi per alcuni ragionamenti non troppo convincenti della Corte, vuoi per lo scollamento

¹⁷ Francesco Merloni, *Verso una maggiore delimitazione dello spoils system?*, op.cit

rispetto alla precedente sentenza n. 233/2006 (che è distante solo alcuni mesi da queste ultime).

Ad ogni modo, le sentenze del 2007 sono particolarmente significative. In particolare la sentenza 103 si riferisce finalmente ad una norma nazionale, assumendo così ex se una diversa e più ampia portata. L'impugnativa è, infatti, relativa a talune disposizioni della legge 145/2002 sulla cui legittimità già si ponevano dubbi, anche alla luce dei ragionamenti espressi dalla Corte nella precedente sentenza. La Corte, inoltre, ripercorre l'intera evoluzione legislativa che ha investito il settore, soffermandosi in particolare, sulle norme relative al rapporto tra politica e amministrazione.

3.1 La durata degli incarichi dirigenziali.

La norma statale della legge 145/2002 impugnata in via incidentale prevedeva la durata massima dell'incarico dirigenziale in tre anni, senza stabilire una durata minima. La Corte, dopo aver esaminato tutte le disposizioni normative relative alla privatizzazione della dirigenza, ribadisce in primo luogo che la temporaneità degli incarichi, non costituendo condizionamento della posizione del dirigente e quindi della imparzialità delle sue decisioni, non è contraria alla Costituzione. La legittimità della temporaneità degli incarichi che va riferita, indistintamente, a tutti i livelli dirigenziali. La Corte enuclea, infatti, dalla normativa statale *“tre tipologie di funzioni dirigenziali, collocate in ordine decrescente di rilevanza e di maggiore coesione con l'organo politico. Innanzitutto, sono stati previsti «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»: si tratta degli incarichi dirigenziali “apicali”*¹⁸.

In secondo luogo, la Corte evita nella sostanza di pronunciarsi sulla congruità delle durate fissate dalla legge, dichiarando inammissibile la questione posta dal giudice a quo. La disposizione censurata era stata, infatti, nel frattempo modificata dal legislatore statale e una motivazione *per relationem* fatta dal ricorrente sulla nuova disposizione legislativa non è stata ritenuta ammissibile dalla Corte. La Corte, ad ogni modo, prende atto della modifica legislativa e dà qualche elemento in più di valutazione laddove afferma, proprio in calce alla sentenza, che *“La stessa inesistenza di un termine minimo di durata dell'incarico dirigenziale, ancorché la relativa disposizione – sotto questo aspetto – non formi oggetto dell'odierno scrutinio di costituzionalità per le ragioni precedentemente esposte, è indice di una possibile precarizzazione della funzione dirigenziale, che si presenta **(quando il termine sia eccessivamente breve) difficilmente compatibile con un adeguato sistema di garanzie per il dirigente che sia idoneo ad assicurare un imparziale, efficiente ed efficace svolgimento dell'azione amministrativa.** E non è senza significato, che, successivamente, con l'art. 14-sexies del decreto-legge n. 115 del 2005, il termine minimo di durata dell'incarico sia stato reintrodotta”*¹⁹.

Quindi la Corte non ci dice se i termini previsti, nel minimo e nel massimo, siano adeguati. Accende, semplicemente, un campanello d'allarme,

¹⁸ Corte Costituzionale, sentenza 103/2007, considerato 7.1.

¹⁹ Corte Costituzionale, sentenza 103/2007, considerato 9.2

come a dire al legislatore (non, quindi, solo quello nazionale, ma anche quello regionale posto che i parametri costituzionali si impongono anche a quest'ultimo) che una disposizione sulla durata degli incarichi dirigenziali deve prevedere termini tali da consentire al dirigente di svolgere efficacemente il proprio incarico.

E' interessante notare, poi, che la Corte va oltre la semplice affermazione della legittimità della temporaneità degli incarichi per arrivare ad affermare che è stato introdotto, a livello legislativo, il principio di temporaneità degli incarichi e che *"la disciplina legislativa [...] ha determinato il definitivo **passaggio da una concezione della dirigenza come status, quale momento di sviluppo della carriera dei funzionari pubblici ad una concezione della stessa dirigenza di tipo funzionale**".*

Quest'affermazione, da un lato sembra cogliere solo in parte le modificazioni sul terreno della disciplina dirigenziale, dall'altro potrebbe rivelarsi foriera di nuovi e non auspicabili fraintendimenti. E' stato, infatti, commentato che "se con essa si vuole sottolineare che i dirigenti amministrativi non sono più meri collaboratori degli organi politici, ma assumono direttamente la responsabilità dell'attività amministrativa che è loro affidata; che lo sviluppo della carriera è meno rilevante dell'affidamento dell'incarico dirigenziale, si dicono cose vere, ma incomplete. In primo luogo resta in vigore una progressione di carriera fondata sulle capacità professionali del dirigente. La progressione in carriera è quindi indispensabile per avere la necessaria garanzia della qualità professionale del dirigente al quale sarà poi affidato l'incarico dirigenziale. Così come lo svolgimento di (uno o più, nel corso della carriera) incarichi dirigenziali potrà arricchire il curriculum professionale del dirigente e influire sulle decisioni di conferimento di ulteriori incarichi. In secondo luogo non è affatto scomparso lo *status* del dirigente, se con questo vogliamo comprendere tutte le norme di stato giuridico (diritti, doveri di comportamento, regime delle compatibilità e incompatibilità) che sono destinate ad influire non sulla prestazione lavorativa (oggetto del contratto di lavoro legato all'incarico), ma sull'esercizio delle funzioni pubbliche che gli sono affidate (sul "rapporto di ufficio"). Anzi, a ben vedere, esso deve essere profondamente rivisto, proprio in relazione alla nuova posizione e responsabilità amministrativa del dirigente, di cui la sentenza a più riprese sottolinea la necessaria imparzialità"²⁰.

3.2 Provvedimento di conferimento e revoca di incarico dirigenziale

Quanto al provvedimento di conferimento e revoca dell'incarico dirigenziale, le sentenze 103 e 104 contengono alcune affermazioni che rimetterebbero sottilmente in discussione la qualità privata del potere di incarico (come peraltro già fatto, secondo alcuni, dalla sentenza n. 233/2006), laddove richiamano la necessità che gli atti di revoca dell'incarico dirigenziale siano sottoposti alla disciplina del giusto procedimento. Infatti, il rinvio che la Corte fa al "giusto procedimento" come fondamentale strumento di garanzia della distinzione tra politica e amministrazione lascerebbe intendere²¹ che la tutela di questo importante principio richieda necessariamente implicazioni di tipo pubblicistico del potere di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali.

²⁰ Francesco Merloni, *Verso una maggiore delimitazione dello spoils system?*, op.cit

²¹ Alessandra Pioggia, *Il principio di distinzione e gli atti di incarico dirigenziale. Giurisdizione e natura del potere impiegato*, su www.astridonline.it

E' peculiare, peraltro, come la Corte ometta chiaramente di prendere posizione sulla natura dell'atto di revoca, glissando su tale aspetto laddove sancisce solamente l'obbligo del *"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"*. C'è chi ha immaginato come *"attraverso tale atteggiamento di neutralità si siano volute evitare pericolose e dirette ricadute sul piano delicato del riparto di giurisdizione, considerata anche la contemporanea pendenza di specifico giudizio di legittimità costituzionale avente ad oggetto la norma (articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 165/2001) attributiva del giudice ordinario della cognizione sulle controversie in tema di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali"*.²²

3.3 La decadenza automatica dell'incarico dirigenziale (disciplina transitoria della dirigenza generale statale)

La sentenza 103 compie un passo avanti più deciso rispetto alle sentenza n. 233/2006 relativamente alle modalità di attuazione dello spoil system. La Corte sottolinea un distinguo fondamentale nell'ambito delle disposizioni statali impugnate tra i due diversi meccanismi transitori di incidenza sui rapporti in corso alla data di entrata in vigore della legge stessa, a seconda che vengano in rilievo incarichi di funzioni dirigenziali di livello generale o non generale. Oggetto di contestazione è il solo meccanismo relativo agli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale, laddove si stabilisce che gli stessi cessano automaticamente il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge. E infatti la Corte ribadisce che *"la questione proposta non riguarda la posizione dei dirigenti ai quali siano stati conferiti incarichi "apicali", vale a dire quelli di maggiore coesione con gli organi politici (segretario generale, capo dipartimento e altri equivalenti). Le modalità di cessazione di quest'ultimi incarichi sono, infatti, contenute nel comma 8 dell'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001, che è stato anch'esso oggetto di modifiche da parte della predetta legge n. 145 del 2002. La nuova disposizione, con previsione a regime, stabilisce che, tra l'altro, i suddetti incarichi «cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo»"*²³.

La Corte specifica che la norma impugnata dispone una disciplina transitoria (cosiddetto spoil system a tantum) di cessazione automatica ex lege di incarichi dirigenziali di livello generale. Ora, la Corte si sofferma su due ragionamenti distinti, ancorché correlati.

In primo luogo una soluzione ancorché transitoria, ma con effetti così massicci di decadenza automatica, sarebbe in contrasto con l'art. 97 (imparzialità) e 98 (servizio esclusivo della Nazione). *"La suddetta disposizione, così formulata, infatti [...] 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*

²² Guido Corso - Guerino Fares, *Quale spoils system dopo la sentenza 103 della Corte costituzionale?*, su www.giurcost.org

²³ Corte Costituzionale, sentenza 103/2007, considerato 9.1

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. [...]

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 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 241/1990 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'ordinamento²⁴.

La Corte non sembra dimenticare che pochi mesi prima aveva salvato l'analoga disposizione della Regione Abruzzo relativamente alla quale la Corte afferma, stavolta, che si trattava di fattispecie diversa relativa ad una norma dettata per rendere immediatamente operativa la nuova disciplina, e pertanto, essa sì, veramente transitoria. La norma statale che stavolta la Corte analizza, invece, "non può essere giustificata dalla esigenza di permettere l'applicazione immediata delle norme sulla dirigenza nelle parti modificate dalla legge n. 145 del 2002, tanto più tenendo conto che la natura provvedimentale dell'atto legislativo impone, sotto il profilo della non arbitrarietà e della ragionevolezza delle scelte, un sindacato ancora più rigoroso".

²⁴ Corte Costituzionale, sentenza 103/2007, considerato 9.2

Il ragionamento palesato dalla Corte è comunque particolarmente interessante. La Corte, infatti, fa appello "in particolare" al buon andamento dell'amministrazione, sfruttando la doppia valenza dell'articolo 97 della Costituzione, e più precisamente riferendosi, come detto, al **principio di continuità dell'azione amministrativa** che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa.

Ma l'argomento esternato dalla Corte non è esente da critiche. Si è detto, infatti, che "se la questione dovesse essere risolta in base al principio di continuità, allora la stessa temporaneità dell'incarico dirigenziale (che la Corte invece fa salva) andrebbe messa in discussione: anche dell'incarico che non viene *ex lege* a cessare *ante tempus*. In realtà, il principio di continuità (invocato a fondamento di istituti come la c.d. prorogatio - v., tuttavia, la sentenza della Corte n. 208 del 1992 - o come il funzionario di fatto, o per giustificare la salvezza dei provvedimenti la cui efficacia si estende al di là della carica del titolare) è stato sempre richiamato a proposito dell'organo, non del suo titolare, ovvero sia «delle funzioni pubbliche proprie dell'organo o dell'ufficio» (C. cost. n. 208, cit.). La continuità è assicurata dal fatto che la vita dell'organo non cessa con il suo titolare e che gli atti adottati da quest'ultimo continuano a produrre effetti anche quando il titolare è cambiato. La continuità non è stata mai invocata per sostenere che la persona fisica debba rimanere a vita nella carica. Nel nostro caso la continuità dell'ufficio dirigenziale non verrebbe in alcun modo pregiudicata se il ministro, entro i sessanta giorni, designasse per l'incarico un nuovo dirigente generale. Inoltre, non pare esservi congruenza fra il principio del buon andamento (cui, peraltro, si affianca nel prosieguo un opportuno richiamo all'imparzialità [16]) e l'esigenza (che la legge Frattini colpevolmente ignorerebbe) che «al dirigente sia assicurata la possibilità di far valere il diritto di difesa» nel rispetto dei principi del giusto procedimento. Se questa fosse la ratio dell'annullamento della disposizione impugnata, sarebbe più appropriato un richiamo agli artt. 24 e 113 Cost. che non all'art. 97: il buon andamento esprime un principio valevole per l'apparato; il diritto di difesa e il giusto procedimento sono garanzie del singolo"²⁵.

E, a ragionare di conseguenza, vi è da porsi il quesito se effettivamente l'impugnata disposizione della legge n. 145/2002 contrasti col diritto di difesa e col giusto procedimento, se tali principi siano stati legittimamente evocati nei confronti di una misura (di tipo affittivo) quale la revoca anticipata dell'incarico comminata per inosservanza particolarmente grave delle direttive, e ancora se sia appropriato un richiamo a tali principi a fronte di una cessazione automatica e generalizzata degli incarichi, come tale priva di ogni carattere individualizzante e di conseguenza affittivo.

Il ragionamento della Corte sembra debole anche su un altro punto. Posto che essa sembra ritenere del tutto legittima la norma che fa cessare gli incarichi apicali (segretari generali, capi dipartimento e altri equivalenti) decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al governo, vale a dire gli incarichi "di maggior coesione con gli organi politici" l'asserita coesione è effettivamente da escludersi tra organi politici e dirigenti generali? La linea divisoria tra le due fattispecie è troppo sottile perché debba essere considerata in ogni caso illegittima nella seconda (dirigente generale) la soluzione che è considerata corretta nella prima (segretario generale o capo dipartimento).

²⁵ Guido Corso - Guerino Fares, *op.cit.*

Qui si torna al nodo centrale dei limiti dello spoil system: esso è legittimo solo se riferito ai dirigenti apicali (per lo Stato trattasi dei Segretari generali e Direttori di Dipartimento), altrimenti la revoca del dirigente deve avvenire col rispetto delle garanzie del giusto procedimento la cui applicazione consente di salvare i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento. E allora, anche dopo le sentenze del 2007 continua a mancare un'indicazione precisa sui criteri in base ai quali stabilire se un incarico è apicale o meno (stesso problema lasciato aperto dalla sentenza 233/2006). Nell'amministrazione statale la risposta puntuale, pur senza la determinazione dei criteri, è fornita la Corte stessa, laddove distingue le tre fasce e ritiene figure apicali solo le posizioni di vertice delle amministrazioni ministeriali: Segretario generale, Direttore di Dipartimento. Cose succede invece per quanto attiene alle amministrazioni regionali? E agli enti locali, alle ASL e alle altre nomine esterne?

3.4 Dirigenza apicale nelle amministrazioni regionali.

Il riferimento al criterio della "apicalità" è di nuovo proposto, ovviamente, nella successiva sentenza n. 104. Questa volta è una disposizione della regione Sicilia ad essere impegnata dallo Stato, per il fatto di aver previsto la possibilità di revocare, modificare e rinnovare incarichi dirigenziali di livello non generale in occasione dell'insediamento del nuovo direttore generale. La Corte in primo luogo ribadisce l'inapplicabilità anche nelle regioni a statuto speciale, come in quelle ordinarie, "dei principi della legge statale concernenti il regime dei dirigenti nelle amministrazioni dello Stato". E' interessante questo passaggio, perché ripete quanto già espresso dalla Corte nella sentenza n. 233/2006 accentuandone i toni: si chiarisce che sono gli stessi principi (e non solo le singole disposizioni statali) a non dover essere applicati. E ciò con buona pace di chi lasciava spazio all'ipotesi che discendesse dal decreto legislativo 165/2001 l'obbligo anche per le regioni di conformarsi²⁶.

La Corte dichiara alla fine illegittima la disposizione siciliana, con la motivazione che gli incarichi in questione non potevano essere oggetto di decadenza automatica perché "non generali". La Corte infatti, ha affermato che **"mentre il potere della Giunta regionale di conferire incarichi dirigenziali cosiddetti «apicali» a soggetti individuati intuitu personae mira ad assicurare quel continuum fra organi politici e dirigenti di vertice che giustifica, nei confronti di questi ultimi, la cessazione degli incarichi loro conferiti dalla precedente Giunta regionale, «[a] tale schema rimangono [...] estranei gli incarichi dirigenziali di livello "non generale", non conferiti direttamente dal vertice politico e quindi non**

²⁶ Federo Jorio, *Lo spoil system viene nuovamente ridisegnato dal giudice delle leggi con le sentenze nn. 103 e 104 del 2007: stabilizzazione della dirigenza e giusto procedimento*, su www.federalismi.it. osserva in proposito che: "L'articolo 1 del T.U. sul pubblico impiego, recante "Finalità e ambito di applicazione", prevede che le disposizioni sancite dal decreto legislativo 165/01 disciplinano l'organizzazione degli uffici e i rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche in tutti i livelli istituzionali, ivi comprese regioni e province. La Direttiva n. 1 del 2007 emanata dal ministro per le riforme e le innovazioni nella P.A. recante *misure di trasparenza e legalità in materia di conferimento degli incarichi dirigenziali, di amministrazione e consulenza e in generale di gestione*, avvalorata la tesi secondo la quale ogni regione deve adottare la propria materia in materia di dirigenza statale, ispirandosi ai principi in essa sanciti. Sulla base di quanto sostenuto, la dichiarazione di incostituzionalità che ha investito l'art. 3 del T.U. inevitabilmente finirebbe per includere tutte le disposizioni regionali di sua diretta emanazione e, quindi, anche quella della Regione Calabria".

legati ad esso dallo stesso grado di contiguità che connota gli incarichi apicali» (ibidem).

Si aggiunga che, nel caso di specie, l'avvicendamento dei titolari di incarichi dirigenziali non di vertice è fatto dipendere dalla discrezionale volontà del direttore generale, nominato dal nuovo Governo regionale, con ciò aggiungendo una ulteriore causa di revoca – peraltro senza che sia previsto obbligo di valutazione e di motivazione – a quelle di cui all'art. 10, comma 3, della legge regionale n. 10/2000 che sono connesse all'esito negativo della valutazione circa il conseguimento di risultati e obiettivi da parte del dirigente. Ciò in violazione sia del principio di ragionevolezza evocato dalla sentenza n. 233 del 2006, sia del principio del giusto procedimento di cui s'è detto."

Per questa parte, quindi, sembra di poter affermare che la sentenza 104 sia ampiamente confermativa rispetto alla precedente sentenza n. 233/2006 che aveva ugualmente ritenuto legittimo lo spoil system introdotto dalla regione Calabria in quanto ritenuto riferito alla sola dirigenza apicale delle amministrazioni regionali, con esclusione della dirigenza generale. Altri hanno, piuttosto, osservato che per questa parte la sentenza 104 si pone in linea di rottura con la precedente sentenza 103 riferita alla normativa statale. Ragionando sul fatto che, anche se la dirigenza generale dello Stato e quella delle amministrazioni regionali (o locali) non coincidono, sarebbe comunque "difficile affermare che una dirigenza generale assai vasta come quella siciliana possa considerarsi tutta apicale, fiduciaria e non attributaria di compiti di amministrazione e gestione. Le due sentenze, pur decise nella stessa seduta, appaiono sul punto distanti e contraddittorie. Si può comprendere la difficoltà di cambiare giurisprudenza a così breve distanza dalla sentenza n. 233, ma il diverso trattamento della dirigenza generale a livello statale e regionale stride, dal momento che la stessa Corte afferma che ad entrambe i livelli di governo si applicano direttamente i principi (art. 97 e 98) della Costituzione"²⁷.

In senso opposto alle perplessità più sopra esposte, c'è chi²⁸ già in occasione della sentenza n. 233/2006, suggeriva comunque una lettura non estensiva della legittimità dello spoil system facendo leva sulla inestensibilità della soluzione fornita ad un caso specifico, oltre che sulle peculiarità del sistema degli incarichi regionali²⁹.

²⁷ Francesco Merloni, *Verso una maggiore delimitazione dello spoils system?*, op. cit.

²⁸ Gianluca Gardini, *op.cit.*, pag. 691. Sottolinea, infatti, l'autore, come "Non sembra dunque consentito procedere ad una applicazione analogica di principi enunciati con riferimento a situazioni che, per natura, appaiono tra loro assai diverse. Basti pensare che, mentre i dirigenti generali dello Stato sono nominati in base all'indicazione di un organo politico monocratico, ossia il ministro di riferimento, la nomina dei dirigenti generali regionali avviene in base ad una delibera di un organo politico collegiale, ossia la Giunta. I dirigenti generali delle regioni, dunque, sono espressione dell'indirizzo politico generale dell'esecutivo, caratteristica che nell'ordinamento statale è rinvenibile solo per i dirigenti nominati con decreto del Presidente della Repubblica".

²⁹ Quanto al conferimento di incarichi nella P.A. statale l'articolo 19 del d.lgs. 165/2001 prevede che:

"3. 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 sono conferiti con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente..."

"4. Gli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale sono conferiti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente..."

3.5 Le nomine "esterne".

Nella sentenza 104 La Corte si occupa anche di una legge della Regione Lazio che aveva disposto la decadenza automatica dei direttori generali delle ASL in occasione del rinnovo del Consiglio regionale. Le conclusioni della Corte si pongono in scia ai ragionamenti già espressi dalla precedente sentenza 103 e la norma regionale viene dichiarata illegittima per violazione dei principi di imparzialità (art. 97 Cost.) con riferimento anche ai principi di uguaglianza nell'accesso ai pubblici uffici (art. 51 Cost.) e di sottrazione degli impiegati ad influenze politiche (art. 98 Cost.). Il contrasto, piuttosto, è con la sentenza n. 233: la Corte sembra veramente usare due pesi e due misure. Infatti, a distanza di pochi mesi, opera un vero e proprio *revirement*, affossando una disposizione del tutto analoga a quella della Regione Calabria che essa aveva considerato legittima e che disponeva sempre la decadenza automatica dei direttori generali ed anche dei direttori amministrativi e sanitari (legati ai primi da un rapporto di fiducia di tipo tecnico e che, quindi, legittimamente potevano seguire le sorti che la normativa regionale riteneva possibili per i direttori generali).

E' stato evidenziato come il punto più innovativo della decisione risieda nella distinzione tra rapporto fiduciario, che viene ribadito con riferimento alla nomina dei direttori generali delle ASL, e decadenza automatica. "Il fatto che l'incarico sia conferito sulla base di una valutazione nella quale si sovrappongono elementi "politici" (il nominato è ritenuto persona adatta ad attuare l'indirizzo politico della Regione) ed elementi "professionali (il nominato è ritenuto in possesso di specifici «requisiti culturali e professionali») può comportare la revoca dell'incarico anche prima della scadenza in caso di mancato raggiungimento dei «risultati aziendali» o degli «obiettivi di tutela della salute e di funzionamento dei servizi», «o- ancora- per una delle cause che legittimerebbero la risoluzione per inadempimento del rapporto», ma non giustifica una misura automatica quale la decadenza al solo verificarsi del rinnovo del Consiglio regionale, «causa estranea al rapporto». Una misura come quella della decadenza automatica può trovare una giustificazione solo per i «diretti collaboratori dell'organo politico» o per gli «organi di vertice dell'apparato burocratico»³⁰.

Quindi, la decadenza automatica dell'incarico del direttore generale di ASL non è legittima in quanto tale soggetto risulta sì formalmente nominato dall'organo politico, ma rappresenta all'interno dell'ente di appartenenza una «figura tecnico-professionale», cui non possono essere applicate le misure caratteristiche del rapporto fiduciario di tipo strettamente politico. Affermazione diametralmente opposta rispetto a quella assunta dalla Corte qualche tempo prima nella sentenza n. 233/2006. Se prima, infatti, la coesione fra organo politico e talune figure dirigenziali era in quella sentenza considerata garanzia del soddisfacimento dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, nella sentenza 104 la Corte cerca di dipanare la matassa sostenendo che tali principi possono essere soddisfatti solo qualora al direttore generale dell'ASL vengano applicati i principi del giusto procedimento, al termine del quale potrà solo essere revocato l'incarico sulla base dell'esito di oggettive e puntuali verifiche del suo operato. In sintesi, non più coesione fra

³⁰ Francesco Merloni, *Verso una maggiore delimitazione dello spoils system?*, op. cit.

politico e organi di vertice per garantire imparzialità e buon andamento, ma durevolezza e stabilità dell'incarico dirigenziale³¹ revocabile solo con idonee garanzie e a seguito di valutazioni oggettive.

La Corte, forse per giustificare un così netto cambiamento di giurisprudenza, rileva che, nella disciplina della Regione Lazio, «vi è una molteplicità di livelli intermedi» (uffici di diretta collaborazione, dipartimento, direzione generale) che impedirebbero un rapporto istituzionale diretto fra organi politici regionali e direttore generale dell'ASL. Quest'ultimo sarebbe, quindi, lontano dall'organo politico e rientrerebbe nell'area della gestione amministrativa, da tutelare dalle intromissioni della politica. L'argomentazione, in realtà, non sembra provare molto, perché non vi è dubbio, al di là del ruolo che possono svolgere questi "livelli intermedi" nella procedura di nomina o revoca dell'incarico o durante il suo svolgimento, che la nomina è effettuata con atto proprio dell'organo politico (il Presidente della Giunta) e che questo stabilisca un rapporto diretto, attraverso un misto di fiducia "politica" e di fiducia "professionale". D'altronde, proprio l'elemento della nomina politica sembrava essere l'unico criterio che emergeva dalla sentenza n. 233/2006 per distinguere l'incarico apicale, conferito *intuitu personae*, da quello non apicale.

E' stato commentato³² che il limite della sentenza è proprio quello di fondare la giustificazione o l'esclusione dello spoil system solo in base a considerazioni sul livello organizzativo degli incarichi, senza invece guardare specificamente ai compiti svolti dai dirigenti. Se invece la Corte avesse argomentato applicando il diverso criterio, quello che esclude lo spoil system per tutti gli incarichi dirigenziali che comportano attività amministrative e poteri di gestione, vale a dire per la dirigenza "professionale", ne deriverebbe un solido fondamento per considerare illegittima la decadenza automatica dei direttori generali delle ASL. Questi, infatti, (anche se con una qualche contraddizione con la configurazione privatistica dell'«organizzazione e del funzionamento» delle ASL) hanno, secondo la legge, «tutti i poteri di gestione» e devono assicurare «l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa» (comma 6 dell'art. 3). La loro posizione e i loro compiti sono assimilati alla dirigenza professionale all'interno delle amministrazioni pubbliche e in quanto tali devono essere protetti dalle intromissioni degli organi politici. L'incarico di direttore generale di ASL è sì fiduciario, ma di tipo prevalentemente "tecnico-professionale", revocabile, con garanzie, solo per mancato raggiungimento degli obiettivi assegnati e non oggetto di decadenza automatica, per il solo verificarsi del rinnovo del Consiglio regionale. I nuovi organi di governo, anche se l'incarico è stato conferito sulla base di una valutazione anche di tipo fiduciario (sull'attitudine a realizzare l'indirizzo regionale), potranno quindi revocare gli incarichi con adeguata motivazione, solo in seguito a constatate incapacità di attuare l'indirizzo politico regionale o al mancato raggiungimento degli obiettivi aziendali".

3.6 Conclusioni.

³¹ Suggestisce Federico Jorio, *op.cit.*, che la ragione giustificatrice che ha condotto a questo risultato, che si discosta da quello assunto qualche mese prima, è rappresentato dal fatto che la Corte avesse nella precedente sentenza 103 affermato l'illegittimità del sistema di decadenza automatico impartito dalla legge statale.

³² Francesco Merloni, *Verso una maggiore delimitazione dello spoils system?*, *op. cit.*

In conclusione: un quadro che, sia pure in modo progressivo e con qualche incertezza, sembra ormai appostato su alcune considerazioni di fondo:

- gli incarichi dirigenziali possono avere una durata determinata, purché non troppo breve perché solo una certa stabilità degli stessi può garantire l'imparzialità ed il buon andamento dell'attività amministrativa;
- la dirigenza apicale dello Stato si configura quale soggetto dedicato principalmente ad una funzione di raccordo (coesione) fra l'organo politico e l'apparato amministrativo cui il primo fa capo, è conferita primariamente *intuitu persone* in virtù del legame fiduciario che deve sussistere con l'organo politico e che solo può consentire il buon andamento della P.A.;
- la dirigenza generale dello Stato, invece, non è conferita *intuitu personae* ma sulla base di considerazioni di competenza tecnico-professionale, svolge essenzialmente compiti di amministrazione e gestione e pertanto non può essere oggetto di spoil system, potrà essere rimossa solo sulla base dell'analisi e valutazione del suo operato applicando i principi del giusto procedimento;
- qualche incertezza rimane sulla dirigenza generale di Regioni, enti locali ed altri enti. Incarichi fin qui ritenuti pacificamente di tipo fiduciario, come quelli di direttore generale di ASL (e, *a fortiori*, quelle di minor livello), sono in realtà di tipo tecnico-professionale, comportano anche poteri amministrativi e di gestione, e non possono essere oggetto di decadenza automatica, ma solo di poteri di revoca motivata secondo le considerazioni espresse per i dirigenti non apicali dello Stato;
- per quanto attiene ai dirigenti regionali, vale la stessa distinzione operata dalla Corte con riferimento ai dirigenti apicali e non apicali dello Stato, con la differenza che in questo caso non vi è una presa di posizione precisa della Corte posto che le posizioni apicali e non all'interno dell'amministrazione regionale devono essere verificate caso per caso, sulla base della normativa regionale di riferimento, in particolare per quanto attiene alle modalità del conferimento dell'incarico dirigenziale e al grado di coesione fra politico e dirigente.