



SPOILS SYSTEM E DIRIGENZA PUBBLICA

di

Nicola Durante

(Consigliere del Tar Campania)

7 settembre 2011

1. Premessa ed inquadramento costituzionale.

La normativa sull'organizzazione delle pubbliche amministrazioni impone da sempre una particolare attenzione al ruolo della dirigenza, perché è ad essa che spettano le competenze e le responsabilità per quel che riguarda l'attuazione dei programmi, l'adozione dei provvedimenti, nonché la gestione delle risorse umane, finanziarie e materiali.

E' per questo che, in un modello sempre più sganciato dal formalismo e sempre più proteso alla realizzazione di obiettivi chiari e predeterminati, la scelta dei soggetti da preporre agli uffici direttivi, le modalità ed i criteri con cui gli stessi sono selezionati, nonché le cause di cessazione dall'ufficio, rivestono un ruolo fondamentale, ai fini del conseguimento del bene costituzionale del buon andamento dell'amministrazione pubblica.

Del resto, proprio il ruolo svolto dalla dirigenza, di *cerniera* tra l'indirizzo politico e la sua attuazione, costituisce la questione di fondo che si ripropone, con soluzioni diverse, nei vari interventi legislativi che nel tempo si sono succeduti.

La problematica ha riguardato e riguarda la difficoltà di contemperare esigenze in sé difficilmente conciliabili: per un verso, quella di rafforzare la posizione del dirigente che, per

essere indipendente ed imparziale, deve essere scevro da qualsivoglia pressione o condizionamento; per altro verso, quella di consentire una stretta *interazione* organizzativa con i rappresentanti – diretti o mediati – della sovranità popolare.

Il sistema, come oggi lo conosciamo, prevede una netta distinzione, sotto il profilo funzionale, tra attività di indirizzo politico-amministrativo ed attività di gestione¹.

Il principio di distinzione tra le suddette funzioni, entrambe appartenenti al genere comune del *potere esecutivo*, introdotto dalla normativa primaria a partire dagli inizi degli anni '90, viene fatto discendere direttamente dalla Costituzione e precisamente dalla diversa rappresentazione delle responsabilità del Ministro rispetto alla responsabilità del funzionario.

Mentre, infatti, l'art. 97, al comma 2, stabilisce che «nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni, le responsabilità dei funzionari» e l'art. 98 impone che gli stessi debbano essere al servizio esclusivo della Nazione, l'art. 95 si limita a prescrivere che «i Ministri sono responsabili individualmente degli atti dei loro dicasteri».

In questo, appare chiara l'opzione del Costituente verso un modello che tenga separata la sfera della politica da quella amministrativa e burocratica, ma che consenta comunque all'organo politico di svolgere un'attività di indirizzo e verifica.

A livello di normativa primaria, il riferimento odierno ai poteri dell'organo di governo è dato dagli artt. 4 e 14 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 che, oltre a contenere una puntuale elencazione dei compiti, attribuiscono al predetto organo l'esercizio delle funzioni di indirizzo politico e amministrativo, la definizione degli obiettivi e dei programmi da realizzare, nonché la verifica dei risultati raggiunti dell'attività amministrativa.

A fronte di ciò, «ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati» (sempre art. 4).

E' evidente che la semplice affermazione dell'esistenza del principio di distinzione delle competenze politiche, da una parte, ed amministrative, dall'altra, non sarebbe sufficiente a

¹ Per un inquadramento sistematico della tematica della dirigenza pubblica, cfr. PASTORI-SGROI, *Dirigenti pubblici* (voce), in Enciclopedia del diritto [agg. V, 2001], Milano, Giuffrè.

Sui principi costituzionali in materia di impiego pubblico, cfr. POZZI, *Il personale. I principi e le fonti*, in *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, vol I, 1998, Torino, UTET.

garantirne la reale effettività, se il rapporto di lavoro non sia strutturato in modo da realizzare, concretamente, un imparziale esercizio delle funzioni dirigenziali.

Ed è proprio questa considerazione che conduce al vero *punctum dolens* della tematica in esame: l'interferenza tra il versante strutturale e quello funzionale e le problematiche connesse che ne derivano.

Prima, tra esse, la difficoltà nel mantenere un giusto equilibrio tra la durata dell'incarico e l'idoneità della stessa a garantire non solo l'effettiva attuazione dei compiti, ma anche e soprattutto che questa avvenga senza pressioni indebite da parte dell'organo politico.

Sempre sotto il profilo costituzionale, va rilevato che il rammentato art. 97 della Costituzione sottopone gli uffici pubblici a riserva relativa di legge, sottraendoli all'esclusiva disponibilità del Governo; stabilisce, poi, che gli uffici pubblici siano organizzati secondo i principi di imparzialità ed efficienza; prevede che l'accesso ai pubblici uffici avvenga, di norma, mediante procedure fondate sul merito.

In proposito, la Corte costituzionale ha costantemente affermato che «il principio di imparzialità stabilito dall'art. 97 della Costituzione - unito quasi in endiadi con quelli della legalità e del buon andamento dell'azione amministrativa - costituisce un valore essenziale cui deve informarsi, in tutte le sue diverse articolazioni, l'organizzazione dei pubblici uffici»². Inoltre, ha sottolineato che «il principio di imparzialità [...] si riflette immediatamente in altre norme costituzionali, quali l'art. 51 (tutti i cittadini possono accedere agli uffici pubblici in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge) e l'art. 98 (i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione) della Costituzione, attraverso cui si mira a garantire l'amministrazione pubblica ed i suoi dipendenti da influenze politiche o, comunque, di parte, in relazione al complesso delle fasi concernenti l'impiego pubblico (accesso all'ufficio e svolgimento della carriera)»³.

In questo senso, gli artt. 97 e 98 costituiscono corollari dell'imparzialità, in cui si esprime la distinzione tra politica e amministrazione, tra l'azione del governo - normalmente legata alle impostazioni di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza - e l'azione dell'amministrazione, che, «nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento».

E in questa prospettiva, «collegata allo stesso impianto costituzionale del potere amministrativo nel quadro di una democrazia pluralista», si spiega come «il concorso

² Cfr. Corte costituzionale, 15 ottobre 1990, n. 453.

³ Cfr. Corte costituzionale, 27 luglio 1993, n. 333.

pubblico, quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resti il metodo migliore per la provvista di organi chiamati a esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione».

Il perseguimento dell'interesse connesso alla scelta delle persone più idonee all'esercizio della funzione pubblica deve avvenire «indipendentemente da ogni considerazione per gli orientamenti politici [...] dei vari concorrenti» e in modo che «il carattere esclusivamente tecnico del giudizio [risulti] salvaguardato da ogni rischio di deviazione verso interessi di parte», così da «garantire scelte finali fondate sull'applicazione di parametri neutrali e determinate soltanto dalla valutazione delle attitudini e della preparazione dei candidati». Di conseguenza, la selezione dei pubblici funzionari non ammette ingerenze di carattere politico, «espressione di interessi non riconducibili a valori di carattere neutrale e distaccato». Infine, sempre con riferimento ai dirigenti pubblici, la Corte ha tra l'altro affermato che la disciplina privatistica del loro rapporto di lavoro non ha abbandonato le «esigenze del perseguimento degli interessi generali»⁴; che, in questa logica, essi godono di «specifiche garanzie» quanto alla verifica che gli incarichi siano assegnati «tenendo conto, tra l'altro, delle attitudini e delle capacità professionali» e che la loro cessazione anticipata dall'incarico avvenga in seguito all'accertamento dei risultati conseguiti⁵; che il legislatore, a partire dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, proprio per porre i dirigenti generali «in condizione di svolgere le loro funzioni nel rispetto dei principi d'imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione [...], ha accentuato il principio della distinzione tra funzione di indirizzo politico-amministrativo degli organi di governo e funzione di gestione e attuazione amministrativa dei dirigenti»⁶.

2. I prodromi dello *spoils system*.

Il fenomeno dello *spoils system*, lungi dal rappresentare una novità dei tempi moderni, affonda le proprie radici nei primi anni del secolo scorso, quando forte risultava il collegamento tra le carriere prefettizia e diplomatica e le sorti del Governo in carica⁷.

Nell'ordinamento post-costituzionale, una prima regolazione delle funzioni dirigenziali nelle amministrazioni statali ed ad ordinamento autonomo, si ha con il D.P.R. 30 giugno 1972, n.

⁴ Cfr. Corte costituzionale, 23 luglio 2001, n. 275.

⁵ Cfr. Corte costituzionale, 16 maggio 2002, n. 193.

⁶ Cfr. Corte costituzionale, 30 gennaio 2002, n. 11 (ord.).

⁷ DI ANDREA, *Lo spoils system: noterelle sulla disciplina della dirigenza pubblica in Italia e spunti comparativistici*, in *Rassegna parlamentare*, 2003, pag. 583 ss.

748, che articola gerarchicamente la carriera dirigenziale in tre qualifiche: dirigente generale, dirigente superiore e primo dirigente.

Il dirigente generale è sottoposto al Ministro, che non solo emana direttive, ma può anche provvedere da sé al ritiro ed alla riforma dei provvedimenti assunti, agendo sia d'ufficio che su reclamo di terzi.

E' solo con il decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 che il rapporto tra politica e dirigenza acquista i connotati odierni, improntati ad una netta separazione tra funzioni di indirizzo, riservate all'autorità politica e funzioni di gestione, assegnate alla dirigenza.

In questo scenario, il citato decreto legislativo inserisce in un ruolo unico i due livelli dirigenziali previsti (di dirigente e di dirigente generale), affidando all'autorità politica il compito di conferire al singolo dirigente un incarico corrispondente alla qualifica posseduta.

Il sistema così delineato subisce un notevole mutamento con il succedersi dei decreti legislativi 31 marzo 1998, n. 80 e [29 ottobre 1998, n. 387](#).

Le dette innovazioni sanciscono anzitutto il regime della temporaneità degli incarichi dirigenziali, la cui durata non è più *sine die*, ma va da un minimo di due anni ad un massimo di sette, salvo rinnovo.

L'introduzione del principio di temporaneità per tutti gli incarichi dirigenziali, pur se giustificata dall'esigenza di rispondere meglio alle esigenze di flessibilità e di mobilità dei vertici dirigenziali, nonché per favorirne una maggiore capacità di penetrazione nella politica e nel mondo esterno, finisce tuttavia per determinare «la trasformazione graduale del dirigente da figura specialistica a figura *generalista*, ... [essendo] evidente che, se da un lato la rotazione e la mobilità favoriscono l'arricchimento della professionalità del dirigente, dall'altro ne ostacolano l'utilizzo per un lungo periodo nella medesima struttura operativa e, conseguentemente, il consolidarsi di una sua competenza specifica»⁸.

La questione della legittimità costituzionale della temporaneità degli incarichi è ben presto sollevata dinanzi alla Consulta, ritenendosi potenzialmente lesiva dell'art. 97 della Costituzione ed apparendo messo in pericolo, attraverso essa, lo stesso principio di distinzione tra politica ed amministrazione.

Con ordinanza n. 11 del 30 gennaio 2002, la Corte dichiara legittima la previsione, evidenziando che la disciplina del rapporto dirigenziale, nei suoi aspetti qualificanti, è comunque «connotata da specifiche garanzie, mirate a presidiare il rapporto di impiego dei dirigenti generali, la cui stabilità non implica necessariamente anche stabilità dell'incarico,

⁸ L'osservazione è di GARDINI, *Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità: le nomine fiduciarie delle Regioni sono legittime, ma la querelle resta*, in *Il lavoro nelle P.A.*, 2006, n. 3-4.

che, proprio al fine di assicurare il buon andamento e l'efficienza dell'amministrazione pubblica, può essere soggetto alla verifica dell'azione svolta e dei risultati perseguiti».

Da tutto ciò deriva che «i dirigenti generali sono posti in condizione di svolgere le loro funzioni nel rispetto del principio di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione» anche in presenza di un sistema che preveda la temporaneità dell'incarico (cioè dell'esercizio effettivo della funzione), purché tale temporaneità risulti assistita da specifiche garanzie».

Con il decreto legislativo n. 80/1998 viene poi prevista la possibilità che, entro determinate percentuali, un incarico di livello superiore possa essere assegnato ad un dirigente di qualifica inferiore ed addirittura che un incarico dirigenziale, di qualunque livello, venga attribuito ad un estraneo all'Amministrazione, in possesso di specifiche qualità professionali.

Così operando, si consacra una vera e propria frattura tra *rapporto di impiego* (legato allo *status* di dirigente all'interno di un Ente pubblico) e *rapporto organico* (che attiene all'esercizio delle funzioni ed alla capacità di impegnare l'amministrazione verso l'esterno)⁹.

Il rapporto organico – che nasce con il conferimento dall'incarico – non rappresenta più una prerogativa ed un completamento del rapporto di impiego (ossia dell'appartenenza alla qualifica dirigenziale), posto che l'incarico non solo ha una durata temporale ben delimitata non coincidente con la durata dell'impiego, ma soprattutto può prescindere dalla corrispondenza con la qualifica di appartenenza del dirigente (se è vero che ad un dirigente di fascia inferiore può essere destinatario di incarichi di fascia superiore), se non anche dall'esistenza stessa del rapporto d'impiego (nel caso di attribuzione ad estranei all'amministrazione, con contratto di diritto privato).

In altre parole, nel nuovo sistema del lavoro contrattuale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, la qualifica dirigenziale non esprime più una posizione lavorativa inserita nell'ambito di una carriera e caratterizzata dallo svolgimento di determinate mansioni, bensì esclusivamente l'idoneità professionale del dipendente – che tale qualifica ha acquisito mediante il contratto di lavoro stipulato all'esito della prevista procedura concorsuale – a svolgerle concretamente per effetto del conferimento, a termine, di un incarico dirigenziale¹⁰.

Infine, è stabilito che gli incarichi di vertice (Segretario generale, Capo Dipartimento ed equiparati) possano essere confermati, revocati, modificati o rinnovati, entro novanta giorni

⁹ Per un inquadramento generale, cfr. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Scritti in memoria di D'ANTONA*, vol. III, parte III, Milano, Giuffrè, 2004.

¹⁰ Cfr. Cassazione civile, Sezione lavoro, 20 marzo 2004, n. 5659.

dal voto sulla fiducia al Governo, decorsi i quali il silenzio equivale a conferma fino alla data di naturale scadenza.

E' questo l'istituto comunemente denominato *spoils system* (letteralmente: "sistema delle spoglie"), ossia quel meccanismo giuridico, di matrice statunitense, che permette di sostituire i vertici burocratici delle pubbliche amministrazioni, al mutare della compagine governativa che li ha espressi.

3. L'evoluzione del sistema delle spoglie.

L'art. 19 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 è stato trasposto, nei termini su indicati, nell'art. 19 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, recante la codificazione della normativa sul rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione.

Però, già a distanza di poco più di un anno, il sistema viene a subire altre importanti evoluzioni.

Ed infatti, con la legge 15 luglio 2002, n. 145 è previsto uno *spoils system* più marcato per gli incarichi dirigenziali di vertice, i quali sono destinati (soltanto) a cessare dopo novanta giorni dal voto di fiducia sul nuovo Governo¹¹.

Tale meccanismo (operante a regime) è doppiato da un dispositivo *una tantum* di cessazione degli incarichi di livello generale, al sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge. Per gli incarichi di livello non generale, viene invece contemplata la possibilità di procedere all'attribuzione di un nuovo incarico entro novanta giorni, decorsi inutilmente i quali s'intende confermato l'incarico precedente.

A questo si aggiunga che viene abolito il termine minimo di durata dell'incarico, mentre quello massimo è portato a cinque anni (tre per gli incarichi di livello generale) e che viene introdotta una precisa *distinzione di compiti* tra provvedimento di conferimento dell'incarico, dove sono stabiliti gli obiettivi e la durata e contratto individuale, dove è definito il trattamento economico.

Con la riforma, dunque, la durata dell'incarico, oltre ad essere ridotta, non s'inserisce più all'interno di una composizione d'interessi negoziale (il contratto), ma nasce da una statuizione unilaterale del decisore politico, rispetto alla quale l'atto negoziale assume valenza servente (stabilire il relativo trattamento economico), sì da restare assoggettato alle

¹¹ Viene così meno l'opzione prevista nel precedente sistema, in base alla quale, nei novanta giorni dalla fiducia al Governo, gli incarichi apicali potevano essere confermati, revocati, modificati o rinnovati (in quest'ultimo caso, anche in forma tacita).

sopravvenienze, normative e fattuali, relative all'incarico, le quali ne integrano il contenuto dall'esterno.

In altri termini, «nella nuova disciplina, il provvedimento di conferimento assume rilievo centrale, relegando l'accordo negoziale sul piano meramente accessivo ed ausiliario, destinato a regolare solo gli aspetti patrimoniali»¹².

Tutto ciò, nelle intenzioni del legislatore, serve a tenere insieme le sorti dell'incarico e quelle del contratto (non a caso qualificato «accessorio»), di modo che, cessato l'incarico, non possa seguirne una *coda* contrattuale.

Su tali basi, sin dai primi commenti viene posto in risalto come la legge 145/2002 abbia messo in atto una forma di *fidelizzazione* dell'amministrazione alla politica, attraverso l'introduzione di un principio di fiduciarità nel rapporto, ritenuto incompatibile con l'assetto costituzionale vigente.

A tal proposito, autorevole voce¹³ ha fatto presente che «la nozione di fiducia nasce nel diritto costituzionale e attiene al rapporto tra organi politici, Parlamento e governo. Fiducia vuol dire adesione a un orientamento. Date queste premesse, è possibile usare la nozione di fiducia in un rapporto che non riguarda governo e Parlamento, ma Governo e pubblica amministrazione? Che cosa significa adesione della pubblica amministrazione a un orientamento del governo, se la pubblica amministrazione deve essere imparziale? Che significato ha l'imparzialità se vi è l'obbligo della fiducia? Si tratta di due concetti diversi ed anzi opposti. Procedendo in questa direzione la disposizione che statuisce per il pubblico funzionario l'obbligo di servizio esclusivo della Nazione perde significato».

Ed a questo ha fatto eco altra prestigiosa opinione¹⁴, secondo cui «le potenzialità di questa innovazione [la contrattualizzazione del rapporto di lavoro] sono state travolte dalla legge 145/2002 che, ledendo il principio della stabilità e affidabilità dei contratti, ha introdotto, sia pure temporaneamente – *una tantum* – un radicale *spoils system*. Essa non ha infatti soltanto soppresso la disposizione che garantiva ai dirigenti pubblici un periodo minimo di permanenza nell'incarico dirigenziale loro attribuito; ma ha anche azzerato i contratti in essere in modo da consentire al nuovo governo di sostituire *ad nutum* i dirigenti in carica. E ciò, nonostante la riforma del 1998-99 avesse introdotto ben tre correttivi al precedente

¹² Cfr. Cassazione civile, Sezione lavoro, 20 marzo 2004, n. 5659, che tuttavia attribuisce natura di diritto privato all'atto di conferimento dell'incarico, perché adottato nell'esercizio dei poteri del datore di lavoro e come tale sindacabile dinanzi al giudice ordinario.

¹³ Cfr. CASSESE, *Il rapporto tra politica ed amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *Il lavoro nelle P.A.*, 2003, pag. 231 e ss.

¹⁴ Cfr. BASSANINI, *Indirizzo politico, imparzialità della P.A. e autonomia della dirigenza*, in *Nuova Rassegna*, 2008, n. 21-22, pp. 2257 ss.

regime di inamovibilità dei dirigenti: il principio della temporaneità degli incarichi dirigenziali; la già accennata istituzione di uffici di diretta collaborazione ai quali potevano essere preposti o applicati dirigenti e altri addetti sulla base di un rapporto fiduciario (*intuitu personae*); e, infine, la facoltà di ogni nuovo governo, nei primi tre mesi dal suo insediamento, di sostituire i dirigenti apicali di ciascuna amministrazione (segretari generali, capi dipartimento), dunque quelli che stanno nel punto di snodo tra politica e amministrazione (sul modello già sperimentato alla Presidenza del Consiglio a partire dalla legge 400/1988). Azzeramento dei contratti in corso, eliminazione della durata minima degli incarichi: si tratta, a ben vedere, di due innovazioni-chiave, coerentemente volte a porre i dirigenti alla mercé delle scelte dell'autorità politica, da un lato rendendo precaria la validità del contratto, ma dunque anche la durata dell'incarico, dall'altra consentendo alla autorità politica di tenere costantemente "sotto schiaffo" il dirigente, mediante l'attribuzione di incarichi di cortissima durata».

Ciò nonostante, va tenuto presente che la giurisprudenza ha sempre interpretato le norme in argomento secondo prudenza ed equilibrio, affermando comunque ripetutamente che la *fiducia* sottesa alla nomina non può mai intendersi come affinità di idee personali o politiche, ovvero come generica compatibilità o simpatia, ma deve consistere, per quanto è possibile, nella ricerca di dati obiettivi, con riferimento alla probabilità di svolgimento ottimale di mansioni pubbliche, per un periodo di tempo indipendente dalle vicende governative¹⁵.

4. La sentenza della Corte costituzionale n. 103 del 23 marzo 2007.

Il meccanismo di caducazione *una tantum* degli incarichi dirigenziali di livello generale è portato al vaglio della Corte costituzionale, che si pronuncia con la fondamentale sentenza n. 103 del 23 marzo 2007.

In essa, ritiene la Corte che la disposizione oggetto di censura, determinando un'interruzione automatica del rapporto prima della sua scadenza naturale ed in carenza di ogni garanzia procedimentale, viola il principio di continuità dell'azione amministrativa, che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa, tutelato dagli artt. 97 e 98 della Costituzione.

Ed invero, il modulo di azione amministrativa invalso nell'ordinamento tende a misurare 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

¹⁵ Per tutte, cfr. Cons. Stato, Sezione IV, 14 luglio 1995, n. 562 e 6 aprile 1993, n. 393.

periodo di tempo adeguato, modulato in ragione della peculiarità della singola posizione dirigenziale e del contesto complessivo in cui la stessa è inserita.

Né, d'altro canto, la contrattualizzazione della dirigenza può implicare che la pubblica amministrazione abbia la possibilità di recedere liberamente dal rapporto: se così fosse, sarebbe infatti evidente che si verrebbe ad instaurare uno stretto legame fiduciario tra le parti, che non consentirebbe ai dirigenti generali di svolgere in modo autonomo e imparziale la propria attività gestoria.

Pertanto, la previsione di un'anticipata cessazione del rapporto *ex lege* impedisce che l'attività del dirigente possa espletarsi in conformità al modello di azione sopra indicato.

Dunque, la revoca di funzioni legittimamente conferite può essere conseguenza solo di un'accertata responsabilità dirigenziale, in presenza di determinati presupposti ed all'esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato, al cui interno sia assicurato il diritto di difesa del dirigente, attraverso la prospettazione dei risultati delle proprie prestazioni e delle competenze organizzative esercitate per il raggiungimento degli obiettivi posti dall'organo politico ed individuati, appunto, nel contratto a suo tempo stipulato.

La sentenza n. 103/2007 è stata variamente commentata, ma in senso generalmente favorevole¹⁶.

In particolare, riferendosi ai suoi contenuti, v'è chi¹⁷ ha parlato, senza mezzi termini, di «una rivincita della dirigenza pubblica nei confronti dello strapotere della politica a garanzia dell'imparzialità della pubblica amministrazione», aggiungendo che «la Corte costituzionale riscatta la dirigenza pubblica da un ruolo troppo subalterno, senza per questo prefigurare il ripristino del vecchio modello dei megadirettori generali inamovibili, in grado di mettersi di traverso ai ministri di turno (in passato, soggetti a una rapida turnazione dovuta alle crisi politiche frequenti). In fondo, il principio della distinzione tra politica e amministrazione assegna comunque ai politici, la cui legittimazione discende dai meccanismi della rappresentanza democratica, il compito di dettare le direttive e di valutare *ex post*, con tutte le garanzie del caso, i dirigenti in relazione ai risultati effettivamente perseguiti. Il principio della primazia della politica, rettammente inteso, non è in discussione. Ciò che si vuole evitare, come chiarisce la sentenza n. 104, citando gli atti dell'Assemblea costituente, è soltanto che

¹⁶ Per un commento alla sentenza n. 103/2007, cfr. CAMELLI, *Corte costituzionale e dirigenza pubblica: segnale forte e sistema debole*, in Astrid.it; CLARICH, *Corte costituzionale e spoils system, ovvero il ripristino di un rapporto più corretto tra politica e amministrazione*, in Astrid.it; MERLONI, *Verso una maggiore delimitazione dello spoils system?*, in Astrid.it.; RUSCIANO, *Dirigenze pubbliche e spoils system*, in Astrid.it.

¹⁷ Cfr. CLARICH, *Corte costituzionale e spoils system, ovvero il ripristino di un rapporto più corretto tra politica e amministrazione*, in Astrid.it.

all'interno di una Costituzione democratica in base alla quale al potere si alternano i partiti politici l'amministrazione si trasformi in "un'amministrazione di partiti"».

5. Lo *spoils system* introdotto dal decreto-legge 18 maggio 2006, n. 181 e dal decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262.

Già prima della menzionata decisione della Corte costituzionale, il decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2006, n. 286, aveva apportato profonde rimodulazioni al meccanismo sia dello *spoils system* a regime che dello *spoils system* transitorio introdotti dalla legge 145/2002.

In particolare, con l'art. 2, comma 159, del decreto-legge, si è prevista la cessazione automatica, allo scadere dei novanta giorni dall'insediamento del nuovo Governo, sia degli incarichi dirigenziali di vertice (Segretario generale, Capo Dipartimento ed equiparati), sia degli incarichi affidati a soggetti esterni all'amministrazione, provenienti quindi da altri enti pubblici o dall'esterno del perimetro complessivo dell'amministrazione pubblica e nominati per le loro particolari qualità professionali.

Inoltre, il comma 161 ha previsto che, in sede di prima applicazione della norma, gli incarichi anzidetti, ove conferiti prima del 17 maggio 2006, cessino, se non confermati entro sessanta giorni.

Inoltre, sempre nel corso del 2006, ancor prima del decreto-legge n. 262/2006, il legislatore, con l'art. 1 del decreto-legge 18 maggio 2006, n. 181, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2006, n. 233, aveva introdotto una speciale forma di *spoils system* per le figure di *staff*, secondo la quale:

- «all'atto del giuramento del Ministro, tutte le assegnazioni di personale, ivi compresi gli incarichi anche di livello dirigenziale e le consulenze e i contratti, anche a termine», conferiti nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, «decadono automaticamente ove non confermati entro trenta giorni dal giuramento del nuovo Ministro» (comma 24-*bis*);
- «il termine di cui all'articolo 14, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dal comma 24-bis del presente articolo, decorre, rispetto al giuramento dei Ministri in carica alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, da tale ultima data. Sono fatti salvi, comunque, le assegnazioni e gli incarichi conferiti successivamente al 17 maggio 2006» (comma 24-*ter*).

Le due novelle del 2006 muovono – ma solo in parte – sulla scia della sentenza della Corte costituzionale n. 233 del 16 giugno 2006, che in qualche modo sembra avere aperto la strada a forme più estese di *spoils system*.

Nella fattispecie, la Corte è stata chiamata ad esaminare il ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri avverso l'art. 1 della legge regionale della Calabria 3 giugno 2005, n. 12, in tema di decadenza *ope legis* delle nomine e degli incarichi dirigenziali conferiti dagli organi di indirizzo politico della Regione, al sopravvenire di ogni nuova legislatura.

Nel dirimere la questione, il giudice delle leggi ha escluso la violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione, nei casi in cui la nomina soggetta a decadenza sia caratterizzata da *intuitus personae*, ossia da valutazioni personali coerenti all'indirizzo politico, come avviene per le nomine degli organi di vertice degli enti e dei rappresentanti nei consigli di amministrazione degli enti dell'ordinamento regionale.

Passando poi ad analizzare il meccanismo decadenziale applicato alla dirigenza apicale regionale (§ 4.1 della sentenza), è ben vero che la Corte ha respinto le censure proposte dal Governo, ma ciò è avvenuto sul rilievo che la norma censurata non è innovativa rispetto al preesistente art. 10 della legge regionale 7 agosto 2002, n. 31, disposizione – quest'ultima – per altro in linea con la legislazione statale in vigore (la legge 145/2002).

La decadenza, all'opposto, è stata ritenuta illegittima in relazione alle nomine dei responsabili dei dipartimenti sanitari ed amministrativi e dei responsabili dei distretti sanitari territoriali, non avendo queste natura esclusivamente fiduciaria.

Dunque, con lo sguardo del “poi”¹⁸, la sentenza del 2006 non sembra affatto avere autorizzato gli interventi legislativi ampliativi dell'istituto dello *spoils system* realizzati quanto meno con il decreto-legge n. 262/2006, anche se, ad una prima lettura della decisione, potrebbe apparire il contrario, tanto da fare qualificare la successiva sentenza n. 103/2007, in maniera forse troppo tranciante, come un vero e proprio *revirement*¹⁹.

In ogni caso, come è stato correttamente osservato, «la decisione n. 233/06 della Corte costituzionale si limita – come è legittimo che sia – ad una disamina del meccanismo di decadenza anticipata dall'incarico dirigenziale adottato con le norme regionali impugnate, ai fini di valutarne la compatibilità con il parametro costituzionale, mentre evita attentamente qualunque considerazione circa le corrispondenti soluzioni seguite dal legislatore statale su scala nazionale. La Corte non formula alcun giudizio rispetto alla ben più complessa disciplina statale sulla dirigenza pubblica, articolata tra disposizioni a regime e disposizioni applicabili *una tantum*, e concernente un assetto dirigenziale ripartito su tre fasce, anziché su due come invece avviene in Regione. Non sembra dunque consentito procedere ad una

¹⁸ Ed alla luce delle pronunce della Corte costituzionale che si vedranno nel paragrafo successivo.

¹⁹ Cfr. OLIVERI, *Revirement della Consulta sullo spoils system: per la prima volta se ne rileva l'incostituzionalità. Quello che la sentenza non dice*, in Lexitalia.it.

applicazione analogica di principi enunciati con riferimento a situazioni che, per natura, appaiono tra loro assai diverse»²⁰.

6. I più recenti interventi della Corte costituzionale. L'ultima pratica di *spoils system* rimasta nell'ordinamento vigente (la c.d. "riforma Brunetta").

Delle disposizioni del decreto-legge n. 262/2006 è investita la Corte costituzionale, che assume al riguardo tre successive pronunce.

Con la sentenza 20 maggio 2008, n. 161, la Consulta affronta la tematica dell'immediata cessazione del rapporto dirigenziale alla scadenza del sessantesimo giorno dall'entrata in vigore del decreto-legge in mancanza di conferma, dichiarandone l'incostituzionalità, per violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità, sulla scorta del richiamo alle motivazioni della pronuncia n. 103/2007.

Con la sentenza 5 marzo 2010, n. 81, è sceverata la questione relativa alla cessazione *ope legis* degli incarichi di funzione dirigenziale conferiti a persone estranee all'amministrazione, in possesso dei requisiti di particolare e comprovata qualificazione specificamente previsti, se non confermati nei sessanta giorni.

Secondo la Corte, anche per questa tipologia di incarichi, il rapporto di lavoro instaurato con l'amministrazione deve connotarsi di specifiche garanzie, le quali presuppongono che siano assicurate la tendenziale continuità dell'azione amministrativa ed una chiara distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico-amministrativo e quelli di gestione.

Pertanto, in logica coerenza con le pronunce n. 161/2008 e n. 103/2007, la norma denunciata, prevedendo l'immediata cessazione del rapporto dirigenziale in carenza di idonee garanzie procedurali, è stata ritenuta anch'essa in contrasto con i principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità, in particolare sotto il profilo della continuità dell'azione amministrativa, che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa.

Da ultimo – e per identiche ragioni –, con sentenza 25 luglio 2011, n. 246, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale anche del meccanismo "a regime" (tale, cioè, da trovare applicazione in occasione di ogni futuro avvicendamento di Governo) di cessazione anticipata del rapporto di ufficio quale effetto automatico del mutamento di governo, applicabile ad incarichi dirigenziali, anche non apicali, conferiti a persone di particolare e comprovata

²⁰ Cfr. GARDINI, *Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità: le nomine fiduciarie delle Regioni sono legittime, ma la querelle resta*, in *Il lavoro nelle P.A.*, 2006, n. 3-4.

qualificazione professionale, non rinvenibile nei ruoli dell'Amministrazione, sempre introdotto, nel corpo dell'art. 19 D.lgs. 165/2001, dal citato art. 2, comma 159, del decreto-legge n. 262/2006.

Diversa sorte ha avuto invece la disposizione introdotta con l'art. 1 del decreto-legge n. 181/2006.

Ed invero, la questione di legittimità costituzionale (sollevata dalla Sezione lavoro del Tribunale ordinario di Roma per asserito contrasto con gli articoli 97 e 98 della Costituzione), è stata dichiarata infondata con sentenza 28 ottobre 2010, n. 304, sul rilievo che, nella specie concreta, gli incarichi soggetti a *spoils system* si riferiscono ad uffici di diretta collaborazione con il Ministro (cosiddetti uffici di *staff*), i quali, «nella configurazione che di essi ha dato la normativa vigente, svolgono una attività di supporto strettamente correlata all'esercizio delle [...] funzioni di indirizzo politico-amministrativo».

I detti uffici, quindi, realizzano «un'attività strumentale rispetto a quella esercitata dal Ministro, collocandosi, conseguentemente, in un contesto diverso da quello proprio degli organi burocratici. Detti uffici, infatti, sono collocati in un ambito organizzativo riservato all'attività politica con compiti di supporto delle stesse funzioni di governo e di raccordo tra queste e quelle amministrative di competenza dei dirigenti.

In questa prospettiva, non assume rilievo [...] la distinzione funzionale tra le attribuzioni del Ministero e quelle degli uffici in esame, dovendo, al contrario, sussistere tra loro una intima compenetrazione e coesione che giustifichi un rapporto strettamente fiduciario finalizzato alla compiuta definizione dell'indirizzo politico-amministrativo.

La separazione di funzioni, che la giurisprudenza di questa Corte ha ritenuto necessaria per assicurare il rispetto, in particolare, dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, deve essere assicurata, pertanto, esclusivamente tra l'attività svolta dai Ministri, con il supporto degli uffici di diretta collaborazione, e quella esercitata dagli organi burocratici, cui spetta la funzione di amministrazione attiva. [...]. Né si potrebbe obiettare, come fa il giudice *a quo*, che quanto sin qui esposto non varrebbe per tutto il personale, ma soltanto, avendo riguardo alla specifica controversia in esame, per il Capo di Gabinetto.

L'attuale configurazione degli uffici di diretta collaborazione impedisce, infatti, in linea con i compiti ad essi assegnati, di scindere l'attività di chi svolge funzioni "apicali" da quella espletata dal personale addetto allo stesso ufficio. Non è senza rilievo che l'art. 3 del decreto del Presidente della Repubblica n. 198/2008 prescrive che "l'ufficio di Gabinetto coadiuva il capo di Gabinetto per le competenze proprie e per quelle delegate dal Ministro. L'ufficio di

Gabinetto coordina in particolare la cura dei rapporti con gli altri organi costituzionali, con le autorità indipendenti e con il Consiglio di Stato e cura altresì l'esame degli atti ai fini dell'inoltro alla firma del Ministro e dei Sottosegretari di Stato. Cura le risposte agli atti parlamentari di controllo e di indirizzo riguardanti il Ministero e il seguito dato agli stessi". In definitiva, pertanto, la unitarietà degli uffici stessi giustifica, pur nella diversità dei compiti del personale ad essi assegnato, un trattamento normativo omogeneo in relazione alle modalità di cessazione degli incarichi conferiti».

Di *spoils system* si è occupato, da ultimo, anche il decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, il quale – sempre operando in modifica all'art. 19 del decreto legislativo 165/2001 – ha definitivamente sancito il concetto per cui gli incarichi dirigenziali possono essere revocati esclusivamente per responsabilità dirigenziale e con le modalità previste dalla legge.

Nel contempo, ha però disposto un'eccezione, ripristinando il meccanismo di automatica cessazione degli incarichi dirigenziali di vertice (Segretario generale, Capo Dipartimento ed equivalenti), decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo, previsto dalla legge 145/2002²¹.

A quasi dieci anni di sua introduzione, può pertanto affermarsi che l'ordinamento giuridico italiano ha rigettato pressoché per intero il trapianto del sistema delle spoglie, prelevato dal mondo anglosassone²².

Il solo meccanismo oggi rimasto in piedi per la dirigenza²³ è infatti quello concernente gli incarichi di vertice, i quali cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al nuovo Governo.

Né è scontato che quest'ultima vestigia sia in grado di resistere, nel futuro, al vaglio della Corte costituzionale, che mai si è pronunciata sul punto specifico e che anzi, con sentenza n. 103/2007, nel dichiarare illegittimo il meccanismo di cessazione automatica degli incarichi di dirigente generale, ha rilevato di non potersi pronunciare sull'analogha questione relativa alla posizione dei dirigenti apicali, perché non oggetto di rimessione.

Non a caso è stato fatto notare da taluno²⁴ che «[della decisione n. 103/2007] non vanno trascurati altri aspetti che probabilmente, ad una lettura più approfondita, risulteranno di particolare rilievo. Si pensi ad esempio alla questione dei dirigenti che occupano una posizione di vero e proprio interfaccia con il titolare politico, come è il caso dei Capi

²¹ Cfr. MONEA-MORDENTI, *Nuove regole sugli incarichi dirigenziali negli EE.LL. e nelle Regioni a Statuto ordinario. La questione controversa degli incarichi dirigenziali a termine dopo la riforma voluta da Brunetta*, in Lexitalia.it.

²² La felice metafora è di VIRGA, *Breve storia di un trapianto con crisi finale di rigetto*, in Lexitalia.it.

²³ In disparte, quindi, le figure di *staff*, connotate da assoluta fiduciarità.

²⁴ Cfr. CAMMELLI, *Corte costituzionale e dirigenza pubblica: segnale forte e sistema debole*, in Astrid.it.

dipartimenti o dei Segretari generali dei Ministeri, destinati dalla stessa normativa a cessare dal proprio incarico dopo novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo. E' vero che la Corte non affronta l'argomento, nella prospettazione del giudice *a quo* al di fuori del perimetro della norma impugnata, e comunque resta aperta ad un regime diverso per queste situazioni, ma si tratta di elementi ancora non del tutto stabilizzati e non si può escludere qualche ritocco dopo la solenne e chiara delineazione del quadro di principi operato dal giudice costituzionale».

Mentre, in altrettanto autorevole commento²⁵, è posto in risalto come «il vero problema non sta tanto nell'individuare il livello della dirigenza, quanto piuttosto nel fare emergere il grado di "fiducia personale" (tra dirigente amministrativo e dirigente politico), incorporato in una determinata posizione dirigenziale: per la quale, dunque, il potere politico potrebbe essere legittimato a fare scelte insindacabili. In altre parole, lo *spoils system* può essere considerato costituzionalmente legittimo, per determinati incarichi, non perché questi sono "apicali", ma perché sono "fiduciari": caratterizzati, cioè, da un tale *intuitus personae*, da negare in radice il senso della distanza dalla politica e, se si vuole, dell'imparzialità».

Né può tralasciarsi che, con successiva sentenza n. 34 del 5 febbraio 2010, la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 1 della legge regionale della Calabria 3 giugno 2005, n. 12, nella parte in cui dispone la decadenza automatica dei direttori generali delle aziende sanitarie locali e del direttore generale dell'agenzia regionale per la protezione dell'ambiente, nominati nei nove mesi antecedenti la data delle elezioni per il rinnovo degli organi di indirizzo politico.

Orbene, nel motivare la decisione, il giudice delle legge ha osservato, tra l'altro, che la nomina dei predetti direttori generali è subordinata al possesso di specifici requisiti di competenza e professionalità e, in taluni casi, è anche preceduta da un avviso pubblico: «tali nomine, pertanto, presuppongono una forma di selezione che, per quanto non abbia natura concorsuale in senso stretto, è tuttavia comunque basata sull'apprezzamento oggettivo, ed eventualmente anche comparativo, delle qualità professionali e del merito. Essa, quindi, esclude che la scelta possa avvenire in base ad una mera valutazione soggettiva di consentaneità politica e personale fra nominante e nominato. Ciò, del resto, è strettamente collegato al tipo di funzioni che i titolari degli uffici pubblici in questione sono chiamati ad esercitare. Essi non collaborano direttamente al processo di formazione dell'indirizzo politico, ma ne devono garantire l'attuazione. A tal fine, non è però necessaria, da parte del

²⁵ RUSCIANO, *Dirigenze pubbliche e spoils system*, in Astrid.it.

funzionario, la condivisione degli orientamenti politici della persona fisica che riveste la carica politica o la fedeltà personale nei suoi confronti. Si richiede, invece, il rispetto del dovere di neutralità, che impone al funzionario, a prescindere dalle proprie personali convinzioni, la corretta e leale esecuzione delle direttive che provengono dall'organo politico, quale che sia il titolare *pro tempore* di quest'ultimo».

Ciò premesso, se è vero che le figure apicali ministeriali, a differenza dei direttori generali di cui alla sentenza n. 34/2010, collaborano direttamente al processo di formazione dell'indirizzo politico, appare quanto meno arduo sostenere che le loro nomine avvengano (o possano avvenire) sulla scorta del puro *intuitu personae* e non siano invece subordinate – al pari dei direttori generali – al possesso di specifici requisiti di competenza e professionalità ed altresì che le stesse non possano essere precedute da forme di selezione, anche comparativa, delle qualità professionali e del merito; procedure selettive, per altro, obbligatoriamente previste dall'attuale testo dell'art. 19, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 165/2001²⁶, che così recita: «l'amministrazione rende conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta; acquisisce le disponibilità dei dirigenti interessati *e le valuta*».

Il tutto, senza voler considerare che la norma che applica la decadenza alla dirigenza apicale potrebbe pure contrastare col canone di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione, nella misura in cui, per una sola tipologia di incarico dirigenziale viene stabilito un trattamento giuridico deteriore rispetto alle altre.

7. Spoils system e tutela giurisdizionale del dirigente.

Occorre ora chiedersi quali siano le forme di tutela a disposizione del dirigente, che intenda insorgere avverso un atto di *spoils system* ritenuto illegittimo.

Al riguardo, va premesso che è rimasta isolata la tesi che radica la giurisdizione amministrativa nella specie, muovendo sull'assunto che si verserebbe nell'ipotesi di una non conferma del dirigente, destinata a svolgersi con le stesse modalità della nomina, postulando quindi l'esercizio di uno (straordinario) potere discrezionale, al cospetto del quale non è configurabile pariteticità nelle contrapposte posizioni delle parti²⁷.

²⁶ Come introdotto dallo stesso D.Lgs. 150/2009, che ha rimodulato il meccanismo dello *spoils system*.

²⁷ Ad es., cfr. Cons. Stato, Sezione V, 16 ottobre 2007, n. 5388.

Al contrario, la Corte di cassazione è ben ferma nel mantenere il detto contenzioso dinanzi al giudice ordinario, in quanto controversie relative ai rapporti di lavoro, ai sensi dell'art. 63 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e ciò sulla scorta della qualificazione dell'atto di conferimento dell'incarico come atto di natura privata.

Ha osservato al riguardo la Suprema Corte, con sentenza della Sezione lavoro n. 5659 del 20 marzo 2004²⁸, che sebbene «nella dottrina è sicuramente prevalente la tesi che concepisce il conferimento dell'incarico dirigenziale quale esercizio di potere amministrativo autoritativo» (rientrante nel genere dell'«alta amministrazione»), specie dopo l'entrata in vigore della legge 145/2002, che ha separato l'atto di conferimento rispetto al contratto accessorio, tuttavia, «la tesi della natura provvedimentoale [...] deve però confrontarsi con l'espressa attribuzione alla competenza del giudice ordinario delle «controversie concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi ai dirigenti e la responsabilità disciplinare» (art. 63, comma 1, D.Lgs. 165/2001), senza alcuna distinzione tra controversie concernenti l'atto e liti aventi a oggetto il contratto e il rapporto».

Anche analizzando le decisioni assunte in proposito dalla Corte costituzionale, si ricava che, nelle medesime, «non si dice che nella materia degli incarichi intervengono necessariamente atti amministrativi; si dice soltanto che, se così dovesse ritenersi, non per questo la scelta del giudice ordinario ai fini della tutela sarebbe illegittima, essendo pur sempre chiamato a conoscere di diritti soggettivi».

Quindi, «senza perciò porsi in rotta di collisione con i presupposti interpretativi assunti dalla Corte costituzionale a fondamento delle decisioni di infondatezza, si può osservare come l'ipotesi degli atti amministrativi, i quali, pur imponendo divieti e obblighi (generalmente in applicazione di norme e fuori perciò dall'area della discrezionalità amministrativa in senso proprio), ledono (non affievoliscono) diritti che il giudice ordinario tutela eliminando l'atto, risulta del tutto incompatibile con la fattispecie del conferimento degli incarichi. In questa, infatti, non viene certo in evidenza, e comunque non assume rilievo preminente, la prospettiva per così dire «difensiva» contro atti lesivi, trattandosi di tutelare adeguatamente il dirigente nei confronti delle scelte organizzative dell'amministrazione, caratterizzate da amplissima discrezionalità e nei cui confronti la situazione giuridica del dirigente è prevalentemente di segno «pretensivo», cui non gioverebbe la mera demolizione di atti. Ed allora, esclusa la configurabilità di poteri e interessi legittimi, soltanto la prospettiva del potere privato e dei diritti (o, come si dice, degli interessi legittimi di diritto privato: vedi

²⁸ Commentata da MONTINI in Foro amministrativo/CDS, 2004, pag. 2046 ss. e da BIANCO, in Guida enti locali, 2004, 22, pag. 84 ss.

Cass., sez. un, 14625/2003) consente di tutelare la pretesa del dirigente a che l'amministrazione tenga comportamenti positivi in adempimento di obblighi formali e sostanziali, eventualmente specificati dalle clausole generali di correttezza e buona fede. La riconduzione del potere di conferimento degli incarichi nella categoria dei poteri di privati, con tutto l'apparato di controllo che la giurisprudenza del lavoro ha elaborato da tempo risalente, sembra costituire il giusto punto di equilibrio tra le esigenze di flessibilità (perseguite con la "privatizzazione") e quelle di garanzia del personale dirigenziale, con risultati conformi ai precetti costituzionali. La Corte costituzionale, infatti, ribadendo che la "privatizzazione" comporta la protezione degli interessi dei dirigenti con la consistenza del diritto soggettivo, ha più volte sottolineato come sia indispensabile che il regime di diritto privato assicuri comunque tutela adeguata del dirigenti onde garantirne l'imparzialità (C. cost. n. 313 del 1996, 11 del 2002, 193 del 2002)».

In questo quadro esegetico, la natura privata degli atti in questione «è conforme all'orientamento univocamente espresso dalla Sezioni unite della Corte, con riferimento al testo dell'art. 19 vigente prima delle modifiche del 2002, nelle decisioni rese in tema di riparto delle giurisdizioni, secondo il quale l'affermazione legislativa dell'appartenenza delle controversie in tema di incarichi dirigenziali alla giurisdizione ordinaria si radica sull'esserne oggetto i diritti discendenti dal contratto e dal rapporto di lavoro. Si osserva che, da una parte, non si versa nell'ambito delle controversie inerenti a procedure concorsuali di assunzione, in quanto non si discute di operazioni selettive e di graduatoria, venendo in considerazione soggetti già assunti alle dipendenze dell'amministrazione; dall'altra, che la materia del conferimento degli incarichi risulta sottratta al dominio degli atti amministrativi perché non compresa entro la soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici e concernente, invece, il piano del funzionamento degli apparati e, quindi, l'area della capacità di diritto privato. Il conferimento, infatti, è atto che presuppone il disegno organizzativo degli uffici ed appartiene al settore della gestione dei rapporti di lavoro (cfr. *ex plurimis*, Cass. S.U., 7859, 9650, 9771/2001; 2954/2002; 1128-7623-10288/2003). Questo orientamento non può considerarsi contraddetto dalla pronuncia resa dalle stesse Sezioni unite (abbandonando il precedente indirizzo), secondo la quale la scelta legislativa di conservare al dominio dei procedimenti e degli atti amministrativi e, di conseguenza, alla cognizione del giudice amministrativo, le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione (art. 63, comma 4), deve intendersi comprensiva delle controversie in materia di procedure concorsuali cd. interne per l'accesso ad aree o fasce funzionali superiori (Cass., Sez. un., 15403/2003). Infatti, il conferimento degli incarichi dirigenziali non concreta

procedura concorsuale (i cui elementi essenziali sono: il bando, la valutazione tecnica e l'approvazione di una graduatoria) e i destinatari sono persone fisiche non solo già in servizio ma anche in possesso della relativa qualifica professionale, cosicché resta esclusa in radice la fattispecie della progressione verticale di carriera».

In ultimo, controbattendo all'elemento asseritamente decisivo per i sostenitori della tesi della natura pubblicistica dell'atto, la Corte fa presente come «la conferma decisiva della natura privata degli atti di conferimento è ravvisabile comunque nel fatto che neppure la riforma attuata con la l. 145/2002 li ha assegnati all'area dei provvedimenti amministrativi (un accenno in tal senso è contenuto già nella citata Cass., Sez. un., 1128/2003), sebbene abbia certamente perseguito l'obiettivo di rafforzare i poteri organizzativi dell'amministrazione, dichiarando inderogabile la struttura unilaterale dell'atto da parte della contrattazione collettiva e rendendone preminente il ruolo rispetto al contratto. A questa conclusione inducono molteplici ragioni. Indubbiamente, l'argomento di maggior forza è che il legislatore non ha ritenuto di modificare il testo dell'art. 63, sebbene necessariamente consapevole del dibattito in corso sul tema della giurisdizione.

Va aggiunto che l'art. 19 (nuovo testo) adopera la locuzione "provvedimento", intendendo sicuramente riferirsi all'esercizio di un potere, ma significativamente, nel contesto del vivace dibattito in corso, non aggiunge il predicato "amministrativo", costantemente presente, invece, nelle norme che disciplinano gli atti di esercizio del potere pubblico (l. 241/1990, in particolare, art. 3, e, nell'ambito dello stesso d.lgs. 165/2001, art. 16, lett. d, in relazione alla lett. c, art. 17, lett. b).

La disposizione, inoltre, si inserisce in un testo normativo, al quale non si è ritenuto di apportare modifiche, nel quale è enunciato il principio di riserva al dominio del diritto pubblico solo degli atti menzionati dall'art. 2, comma 1, mentre tutti quelli che attengono ai profili organizzativi e gestionali di rapporti di lavoro già costituiti (ed è il caso degli incarichi dirigenziali) sono assunti con la capacità e i poteri del datore di lavoro (art. 5, comma secondo, norma che si riferisce a tutti gli organi competenti ad assumere determinazioni sull'organizzazione degli uffici e la gestione, che possono anche essere gli organi di governo nei casi espressamente contemplati dal decreto, secondo il disposto dell'art. 4, comma 1, lett. g).

Quanto alla necessaria struttura unilaterale dell'atto di conferimento, risulta perfettamente compatibile con la natura privata del potere, avendo la legge inteso soltanto rafforzare la posizione di preminenza del datore di lavoro pubblico sul piano dell'organizzazione.

Infine, ulteriori elementi interpretativi possono desumersi proprio dal disposto del comma 12-*bis* dell'art. 19 aggiunto dalla l. 145/2002: "Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme non derogabili dai contratti o accordi collettivi". Infatti, la riforma è stata attuata modificando le disposizioni del d.lgs. 165/2001, cioè lo "statuto" del rapporto di lavoro dei dipendenti contrattualizzati, disposizioni che sono tutte, in linea generale, non derogabili ai sensi dell'art. 2, comma 2 (senza bisogno di clausole esplicite di inderogabilità, che infatti non ci sono), e fatte salve anche rispetto alla legislazione del rapporto di lavoro privato, cosicché soltanto l'effetto di escludere la validità di interventi negoziali comportanti la rinuncia al potere e alla configurazione unilaterale dell'atto di esercizio vale a conferire una reale portata normativa alla previsione espressa di inderogabilità ad opera della contrattazione collettiva. Se cosè è, deve considerarsi presupposta la natura privatistica del potere e la sua inerenza ai rapporti di lavoro; altrimenti la disposizione non avrebbe senso, poiché i poteri amministrativi non sono negoziabili, se non mediante gli accordi di cui all'art. 11 l. 241/1990, ed esulano dalle materie definite dall'art. 40».

Una volta stabilito che l'intera materia degli incarichi dirigenziali è retta dal diritto privato e che l'atto di conferimento è espressione del potere di organizzazione che, nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, è conferito dal diritto comune all'amministrazione, come ad ogni altro datore di lavoro (art. 5, comma 2), la Corte di cassazione passa quindi ad esaminare la questione relativa al regime giuridico dell'atto di conferimento, onde verificare se lo stesso debba o meno seguire le regole del procedimento amministrativo (ed *in primis* la legge 241/1990) o sia disciplinato *in toto* dalle regole del diritto civile.

Orbene, una prima opinione, avallata dal Consiglio di Stato, afferma che «non sarebbe conforme agli attuali assetti ordinamentali la netta contrapposizione dell'attività di diritto privato a quella di diritto pubblico, dal momento che l'amministrazione (al pari di altri, numerosi, soggetti privati) persegue finalità di interesse pubblico in settori sempre più estesi mediante attività di diritto privato; la nuova prospettiva, sostanziale e non formale, condurrebbe, quindi, a estendere il regime proprio dell'atto amministrativo a tutti gli atti che, provenienti da una pubblica amministrazione (o soggetto equiparato), siano direttamente e immediatamente finalizzati alla cura di un interesse pubblico specifico».

Inoltre, secondo la medesima opinione, anche escludendo che l'atto privato sia assoggettato alle regole formali dell'atto amministrativo, la saldatura tra attività pubblicistica e privatistica dell'amministrazione sarebbe assicurata dai principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità, i quali «riguardano ugualmente l'attività provvedimentale e quella da cui

derivano rapporti giuridici di diritto privato, perché l'attività dell'amministrazione è sempre volta al perseguimento dell'interesse generale ed è ad esso strettamente vincolata. Con riguardo agli atti di organizzazione e di gestione dei rapporti di lavoro, il supporto normativo viene individuato nel disposto del comma 1 dell'art. 5. che recita: "Le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione organizzativa al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'articolo 2, comma 1 e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa".

Sarebbe stata così scolpita, a livello di diritto positivo, la funzionalizzazione dell'attività organizzativa di natura privata, con il giudice ordinario chiamato a verificare l'eventuale contrasto dell'atto con le regole imperative desunte dall'art. 97 Cost ed esplicitate dalla norma in esame».

La Corte regolatrice è invece di avviso diametralmente opposto, obiettando che proprio «le tendenze attuali dell'ordinamento privilegiano la sostanza a scapito della forma, consentendo di qualificare come atti (oggettivamente) amministrativi, in ragione di tratti intrinseci, anche quelli provenienti da soggetti privati; e, all'opposto, di attrarre nell'orbita del diritto privato atti delle pubbliche amministrazioni (degno di nota è il fatto che il d.l. 1281, approvato dal Senato, intende introdurre, tra l'altro, con l'inserimento del comma 1-bis. nel corpo dell'art. 1 l. 241/1990, il principio: "Salvo che la legge disponga diversamente, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo il diritto privato"). E' dunque la natura dell'atto, non quella del soggetto che ne è autore, a determinarne il regime giuridico».

Inoltre, non v'è dubbio che «gli obiettivi complessivi della riforma resterebbero sostanzialmente vanificati, ove il suo esito dovesse consistere nell'occupazione, da parte del giudice ordinario, degli spazi sottratti al giudice amministrativo, mediante il controllo di tutti gli atti organizzativi che l'amministrazione pone in essere con la capacità del datore di lavoro privato secondo i moduli di verifica della legittimità degli atti amministrativi, perpetuando così la separatezza tra l'area del lavoro pubblico e quello del lavoro privato. Se, dunque, non può dubitarsi della scelta del diritto privato, operata dal comma 2 dello stesso articolo, deve operare il principio fondamentale secondo cui l'atto privato è tale proprio perché non può essere funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico, senza contraddirne l'intima essenza di espressione dell'autonomia dell'autore, non avendo il legislatore derogato specificamente a tale principio.

L'apparente contraddizione tra primo e secondo comma dell'art. 5, è tuttavia agevolmente risolvibile ove si consideri che, se gli atti sono ascritti al diritto privato, non possono che essere assoggettati ai principi fondamentali dell'autonomia privata e, in primo luogo, alla

regola della normale irrilevanza dei motivi; e proprio in tal senso si esprime il comma 3 dello stesso art. 5, laddove prevede che gli organismi di controllo interno verificano periodicamente la rispondenza delle determinazioni organizzative ai principi di cui all'art. 2, comma 1, anche al fine dell'adozione di misure correttive e di sanzioni nei confronti dei responsabili della gestione. Il controllo, quindi, è disciplinato come esclusivamente interno all'organizzazione del soggetto agente; la funzionalizzazione è rilevante soltanto a questi fini, senza influenzare la disciplina dell'atto».

A conclusione del complesso discorso, alla Corte di cassazione non rimane dunque che dichiarare infondata la «tesi del ricorrente, secondo cui l'atto di conferimento dell'incarico di [...] non avrebbe potuto essere ritirato senza l'osservanza del procedimento prescritto dalla l. 241/1990, senza ottemperare all'obbligo di motivazione, senza la sussistenza di valide ragioni di pubblico interesse».

Soggiungendo, inoltre, che le regole del diritto privato devono essere seguite anche quando l'amministrazione, *melius re perpensa*, modifica o ritira l'atto medesimo, posto che nell'occasione essa «esercita lo stesso potere organizzativo e non il potere amministrativo di autotutela, inconcepibile nei confronti di atti di diritto privato. [...]. La ricostruzione del fenomeno giuridico così operata implica che il dirigente designato dall'atto di conferimento, nel caso di successiva modifica o ritiro, versa, rispetto all'aspirazione all'incarico e fatta salva l'aspettativa tutelata eventualmente con il rimedio risarcitorio, nella stessa situazione in cui si troverebbe se la designazione fosse mancata *ab initio*, ed è con riferimento a questa situazione che deve valutarsi se l'amministrazione si è resa responsabile della violazione dei diritti (nell'accezione ampia dell'art. 2907 c.c.) del dirigente in relazione ai limiti imposti alle scelte organizzative dalle norme, dagli atti amministrativi circa i modi di conferimento degli uffici e dai contratti collettivi».

Tutto questo premesso, a livello di impostazione dogmatica della questione, il passaggio successivo è domandarsi di quali rimedi possa avvalersi il dirigente all'interno di un processo dinanzi al giudice civile, contro atti di diritto privato, pur sempre assunti da una pubblica amministrazione.

Orbene, sul punto, in epoca più recente, la Suprema Corte, con sentenza della Sezione lavoro n. [28274](#) del 26 novembre 2008, in logica coerenza con quanto affermato nel 2004, ha chiarito che «nelle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, l'art. 63, comma 2, del decreto legislativo 165/2001, nel prevedere espressamente che il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti

tutelati», attribuisce al giudice del lavoro il potere di adottare qualsiasi tipo di sentenza, ivi compresa la sentenza di condanna ad un *facere*, dovendosi ritenere irrilevante il carattere infungibile dell'obbligo in quanto la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza della (eventuale) esecuzione volontaria da parte del debitore, ma è altresì funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche (derivanti dall'inosservanza dell'ordine in essa contenuto) che il titolare del rapporto è autorizzato ad invocare in suo favore, prima fra tutte la possibile successiva domanda di risarcimento del danno, rispetto alla quale la condanna ad un *facere* infungibile assume valenza sostanziale di sentenza di accertamento.

Ed ancora, con la successiva decisione n. 3677 del 16 febbraio 2009, le Sezioni unite civili della Corte hanno affermato *funditus*²⁹: «il conferimento dell'incarico dirigenziale determina (accanto al rapporto fondamentale a tempo indeterminato, secondo il cd. sistema "binario") l'instaurazione di contratto a tempo determinato, il quale, ai sensi dell'art. 2119 c.c., è passibile di recesso prima della scadenza solo per giusta causa, che nella specie fu indicata da [...] come dovuta al provvedimento di soppressione delle posizioni dirigenziali, il quale però, essendo *contra legem*, non può valere come giustificazione. La norma codicistica citata non precisa le conseguenze che si determinano sul rapporto di lavoro a tempo determinato in caso in cui il recesso *ante tempus* non sia assistito dalla giusta causa, tuttavia, a fronte dell'inadempimento datoriale, i dirigenti ben potevano chiedere, in forza dell'art. 1453 c.c., la condanna dell'amministrazione all'adempimento, per cui, una volta ritenuta illegittima la revoca, riacquista efficacia l'originario provvedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale. Infatti, a seguito di questo, la posizione del dirigente aveva ormai acquisito lo spessore del diritto soggettivo allo svolgimento, non più di un qualsiasi incarico dirigenziale, ma proprio di quello specifico che era stato attribuito».

Va pertanto negato, sotto questo aspetto, «il parallelismo tra dirigenti pubblici e dirigenti privati, giacché se è vero che a questi ultimi è negata la tutela ripristinatoria, è vero anche che per essi il rapporto è a tempo indeterminato, mentre l'incarico conferito al dirigente pubblico è esclusivamente temporaneo, di talché la pronunzia di ripristino ha in ogni caso effetti limitati, inevitabilmente circoscritti alla scadenza prefissata».

Del resto, «si trae conferma della possibilità di riassegnazione dell'incarico dirigenziale illecitamente revocato dai principi enunciati in molteplici pronunzie della Corte

²⁹ Commentata da D'AURIA, in Foro it., 2009, 11, pag. 3073 ss.; PAPANIA, in Foro amministrativo /CDS, 2009, 4, pag. 916 ss.; PIRRUCCIO, in Guida al diritto 2009, 14, pag. 30 ss.; PULICE, in Il civilista, 2009, 12, pag. 27 ss.; ZIVIZ, in Resp. civ. e prev., 2009, 4, pag. 754 ss.

Costituzionale in materia del cd. *spoils system* (Corte Cost. n. 233/2006, n. 104 del 2007, n. 103/2007) e quindi in casi che, benché innegabilmente diversi da quello in esame, fanno tuttavia comprendere i parametri entro i quali va collocata la tutela riservata al dirigente pubblico, in termini di effettività.

Nell'ultima pronunzia citata, il giudice delle leggi ha affermato che la prevista contrattualizzazione della dirigenza non implica che la pubblica amministrazione abbia la possibilità di recedere liberamente dal rapporto di ufficio e che quest'ultimo, sul quale si innesta il rapporto di servizio sottostante, pur se caratterizzato dalla temporaneità dell'incarico, deve essere connotato da specifiche garanzie, in modo tale da assicurare la tendenziale continuità dell'azione amministrativa e una chiara distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico - amministrativo e quelli di gestione, affinché il dirigente possa esplicare la propria attività in conformità ai principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa *ex art. 97 Cost.*. Ha aggiunto la Corte che, a regime, la revoca delle funzioni legittimamente conferite ai dirigenti può essere conseguenza solo di una accertata responsabilità dirigenziale, in presenza di determinati presupposti ed all'esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato.

Inoltre, con la sentenza n. 381 del 2008, la medesima Corte ha dichiarato la illegittimità costituzionale della L.R. Lazio n. 8 del 2007, con la quale, in caso di decadenza dalla carica conseguente a pronunzie della Corte Costituzionale, si dava alla Giunta regionale la facoltà alternativa o di procedere al reintegro nelle cariche, con ripristino dei relativi rapporti di lavoro, oppure di procedere ad un'offerta di equo indennizzo. In detta pronunzia la Corte ha affermato che in questi casi “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 lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi...”».

In altre parole, dinanzi a lesioni di diritto soggettivo, gli atti amministrativi presupposti non solo non determinano la giurisdizione del giudice amministrativo, posto che il giudice ordinario ne conosce disapplicandoli, ma in ordine ad essi è riconosciuta all'interessato pienezza di tutela, sia ai fini risarcitori, che ai fini ripristinatori della situazione violata.

Sul punto dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale, la soluzione indicata dalla Suprema Corte si colloca nell'alveo pressoché unanimemente tracciato dalla dottrina³⁰,

³⁰ Cfr. APICELLA, (voce) *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in Enc. dir. [Agg. VI], Milano 2002, 641 ss.; BORGHESI, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Padova 2002, 43 ss.; SASSANI, *Il passaggio alla giurisdizione ordinaria del contenzioso sul pubblico impiego: poteri del giudice, esecuzione della sentenza*,

che ha più volte rilevato come il legislatore abbia cercato di assicurare specificità nella tutela dei diritti, consentendo la soddisfazione dell'interesse già in sede di cognizione attraverso la costituzione, modificazione od estinzione dei rapporti giuridici ed escludendo che la devoluzione al giudice ordinario possa essere intesa quale riserva al dipendente pubblico della sola tutela risarcitoria.

Pertanto, i poteri del giudice ordinario avanzano al livello di quelli esercitati dal giudice amministrativo, che assicurava la garanzia giurisdizionale principalmente attraverso pronunce di tipo costitutivo, anche in considerazione dei limiti all'eseguibilità forzata della sentenza derivanti dalla perdita dell'ottemperanza amministrativa.

Anche dal punto di vista delle misure giurisdizionali, trova dunque conferma la piena equiparazione tra amministrazioni pubbliche e datore di lavoro privato, mentre la conformazione dei poteri sulla natura dei diritti tutelati consente al giudice del lavoro di adottare il provvedimento funzionale alla tutela del diritto riconosciuto, ossia idoneo a realizzare in concreto l'interesse al bene della vita, senza limitazioni di forma ed all'esito di cognizione piena o sommaria, anche cautelare.

§ 2.- *Spoils system* e sistema sanitario regionale. Il caso della Regione Lazio.

1. Premessa.

Il caso della Regione Lazio è emblematico, attesa la compresenza, nello stesso settore (quello sanità pubblica), di numerose norme di *spoils system*, aventi come destinatari i vari organi amministrativi istituzionali ed anche quelli di controllo.

Queste norme sono state nel tempo devolute alla cognizione della Corte costituzionale, che le ha dichiarate tutte illegittime, con una serie di sentenze che costituiscono vere e proprie pietre miliari in materia.

L'esposizione è inoltre arricchita dal fatto che, nel suo incessante legiferare, la Regione Lazio si è anche spinta ad emanare un testo normativo in apparente esecuzione – ma, nella realtà, in

comportamento antisindacale, contratti collettivi in cassazione, in Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, Padova 1999, 8; TRAVI, La giurisdizione civile nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, in Dir. proc. amm., 2000, 316; VALLEBONA, Provvedimenti del giudice ed esecuzione nelle controversie di lavoro pubblico, in Arg. dir. lav., 2000, pag. 219 ss.

elusione – di una precedente sentenza che aveva dichiarato illegittimo uno dei meccanismi di *spoils system* precedentemente adottati.

2. Lo *spoils system* dei direttori generali.

La prima vicenda riguarda una disposizione contenuta nello statuto della Regione Lazio – e, quindi, in una norma di rango superiore rispetto alla legge regionale ordinaria –, in base alla quale «i componenti degli organi istituzionali degli enti pubblici dipendenti dalla Regione decadono dalla carica il novantesimo giorno successivo alla prima seduta del Consiglio regionale, salvo conferma con le stesse modalità previste per la nomina» (art. 55, comma 4, della legge regionale del Lazio 11 novembre 2004, n. 1).

A tale norma ha fatto seguito l'art. 71 della legge regionale 17 febbraio 2005, n. 9 (legge finanziaria per l'esercizio 2005), dove si è previsto che, nelle more dell'adeguamento della normativa ordinaria, le norme dello statuto regionale «concernenti la decadenza dalla carica di componente degli organi istituzionali degli enti pubblici dipendenti e la cessazione di diritto degli incarichi dirigenziali presso la Regione e gli enti pubblici dipendenti» si applicano, «anche in deroga alle disposizioni contenute nelle specifiche leggi vigenti in materia» (comma 1), «a decorrere dal primo rinnovo, successivo alla data di entrata in vigore dello statuto, degli organi di riferimento della Regione o degli enti pubblici dipendenti» (comma 3); in particolare, al fine di dare piena applicazione a quanto disposto - fra gli altri - dall'art. 55, comma 4, dello statuto, «nelle ipotesi in cui la carica di organo istituzionale di ente pubblico dipendente, anche economico, in atto alla data di entrata in vigore dello statuto, sia svolta mediante rapporto di lavoro regolato da contratto di diritto privato, la durata del contratto stesso è adeguata di diritto ai termini previsti dall'art. 55, comma 4» (comma 4, lettera a)».

Per effetto del combinato disposto delle due disposizioni, la Regione Lazio ha così dichiarato decaduti, tra gli altri, tutti i direttori generali delle aziende del sistema sanitario regionale.

Nell'ambito del contenzioso che ne è scaturito, il Consiglio di Stato, con sei distinte ordinanze, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della normativa applicata, con riferimento agli articoli 97, 32, 117, terzo comma, ultimo periodo, e 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione.

Per la parte che qui interessa (la violazione dell'art. 97 della Costituzione), l'organo rimettente ha fatto presente, in termini estremamente crudi, come l'art. 71 della legge regionale n. 9/2005, nel disporre l'anticipata applicazione dell'art. 55 dello statuto, sottenderebbe «l'evidente finalità di consentire alle forze politiche di cui è espressione il nuovo Consiglio di sostituire i preposti agli organi istituzionali». Ne discenderebbe, quindi,

«una cesura nella continuità dell'azione amministrativa esplicata dal titolare della carica, non in dipendenza di una valutazione della qualità di questa [azione], ma di un evento oggettivo, qual è l'insediamento del nuovo Consiglio all'esito della consultazione elettorale», onde la norma regionale contrasterebbe con i principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dettati dall'art. 97 Cost. Inoltre, l'art. 55, comma 4, dello statuto regionale, per il modo in cui è stato attuato dall'art. 71 della legge regionale n. 9/2005, sarebbe comunque suscettibile di incidere, in mancanza di ogni «vaglio di rendimento (cfr. in proposito Corte cost. 16 maggio 2002, n. 193), [su] quella stabilità ed autonomia che consente al dirigente di improntare il suo operato al rispetto dei richiamati principi»³¹.

Sulla delicata vertenza, la Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza 23 marzo 2007, n. 104³², dichiarando l'illegittimità violano dell'art. 97 della Costituzione, sotto il duplice profilo dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione.

Ha osservato la Corte come il direttore generale di un'azienda del servizio sanitario rappresenti una figura tecnico-professionale che ha il compito di perseguire, nell'adempimento di un'obbligazione di risultato (oggetto di un contratto di lavoro autonomo), gli obiettivi gestionali ed operativi definiti dal piano sanitario regionale, dagli indirizzi della Giunta, dal provvedimento di nomina e dal contratto di lavoro con l'amministrazione regionale, per altro in assenza di un contatto istituzionale diretto e immediato con l'organo politico, essendo i relativi rapporti mediati da apposite strutture intermedie (quale, ad esempio, la direzione generale "Tutela della salute e sistema sanitario regionale").

Pertanto, in questo contesto fattuale e giuridico, la prevista decadenza automatica del direttore generale allo scadere del novantesimo giorno dall'insediamento del Consiglio regionale impinge inesorabilmente con i canoni di imparzialità e di buon andamento, i quali esigono che la posizione del direttore generale sia circondata da garanzie ed in particolare che la decisione dell'organo politico sulla cessazione anticipata dall'incarico rispetti il principio del giusto procedimento: «la dipendenza funzionale del dirigente non può infatti diventare dipendenza politica. Il dirigente è sottoposto alle direttive del vertice politico e al suo giudizio, ed in seguito a questo può essere allontanato. Ma non può essere messo in condizioni di precarietà che consentano la decadenza senza la garanzia del giusto procedimento».

³¹ Cfr. Cons. Stato, Sezione VI, ordinanze 19 ottobre 2005, n. da 9 a 14 e 7 febbraio 2006, n. 14.

³² La sentenza è stata variamente annotata, ma sempre in termini favorevoli, ad es. da: FONTANA, in *Rivista italiana diritto del lavoro*, 2008, 1, pag. 42 ss.; FORLENZA, in *Guida al diritto*, 2007, 14, pag. 82 ss.; NICOSIA, in *Il lavoro nelle P.A.*, 2007, 2, pag. 496 ss.

3. L'esecuzione della sentenza n. 104/2007 da parte della Regione Lazio.

La Regione Lazio ha ritenuto di potersi conformarsi alla sentenza n. 104/2007, con l'emanazione dell'art. 1 della legge regionale 13 giugno 2007, n. 8 (recante *Disposizioni concernenti cariche di organi di amministrazione di enti pubblici dipendenti decaduti ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale*), a mente del quale:

«1. La Giunta regionale, nei confronti dei componenti di organi istituzionali degli enti pubblici dipendenti, i quali siano decaduti dalla carica ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime a seguito di sentenze della Corte costituzionale, con conseguente risoluzione dei contratti di diritto privato disciplinanti i relativi rapporti di lavoro, è autorizzata a deliberare in via alternativa: a) il reintegro nelle cariche e il ripristino dei relativi rapporti di lavoro; b) un'offerta di equo indennizzo.

2. La soluzione di cui al comma 1, lettera b), è comunque adottata qualora il rapporto di lavoro sia stato interrotto, di fatto, per oltre sei mesi».

Pertanto, in applicazione della predetta disposizione, la Regione Lazio, asserendo che non fosse più possibile la reintegrazione a causa del decorso del periodo di sei mesi di interruzione di fatto del rapporto, ha disposto, in favore degli istanti, la liquidazione di un indennizzo pari a quindici mensilità.

Il provvedimento, gravato dinanzi al giudice amministrativo, ha dato luogo ad una nuova questione di legittimità costituzionale, riferita alla seconda legge, per violazione degli artt. 3, 24, 97, 101, 103, 113 e 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione. Con sentenza n. 351 del 24 ottobre 2008, la Corte costituzionale ha ritenuto fondata la questione, sempre con riferimento all'art. 97 della Costituzione. ha premesso la Corte di avere già rilevato nella sentenza n. 104/2007 (da cui la vicenda trae origine) che, a differenza di quanto accade nel settore privato, nel quale il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente, nel settore pubblico, il potere dell'amministrazione di esonerare un dirigente dall'incarico e di risolvere il relativo rapporto di lavoro, è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi, quali l'imparzialità e il buon andamento.

«Da tutto ciò deriva, sul piano degli strumenti di tutela, 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. In particolare, la circostanza che il direttore generale di azienda sanitaria locale, rimosso automaticamente e senza contraddittorio, riceva, in applicazione della disposizione legislativa regionale impugnata, un ristoro economico, non attenua in alcun modo il pregiudizio da quella rimozione arrecato all'interesse collettivo all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione. Tale pregiudizio, anzi, appare in certa misura aggravato, dal momento che, come correttamente rileva il Collegio rimettente alludendo ad una "forma onerosa di *spoils system*", la collettività subisce anche un aggiuntivo costo finanziario: all'obbligo di corrispondere la retribuzione dei nuovi dirigenti sanitari, nominati in sostituzione di quelli automaticamente decaduti, si aggiunge, infatti, quello di corrispondere a questi ultimi un ristoro economico»³³.

4. Lo *spoils system* applicato ai collegi sindacali.

Una decadenza automatica, analoga a quella dei direttori generali, è stata prevista, nell'ordinamento della Regione Lazio, dall'art. 133, comma 5, della legge regionale 28 aprile 2006, n. 4 (legge finanziaria per l'esercizio 2006), con riferimento agli incarichi di componente del collegio sindacale nelle aziende del sistema sanitario regionale.

Nel corso di una conseguente vicenda contenziosa, la Sezione III-*quater* del T.A.R. del Lazio ne ha investito la [Corte](#) costituzionale, che si è pronunciata con sentenza n. 390 del 28 novembre 2008, dichiarando l'illegittimità della norma, per violazione degli articoli 3 e 97 della Costituzione.

In motivazione, la Corte, muovendo dalla propria giurisprudenza in materia di *spoils system* dei direttori generali delle medesime aziende, ha argomentato che «una simile esigenza di distinzione e autonomia deve, a maggior ragione, riconoscersi in relazione all'organo di controllo amministrativo e contabile della stessa azienda, i cui componenti, a differenza del direttore generale, non sono chiamati ad attuare programmi e a realizzare obiettivi definiti dall'organo politico regionale, ma svolgono, in posizione di neutralità, funzioni attinenti al controllo del rispetto della legge e della regolare tenuta della contabilità. In nessun caso,

³³ La sentenza è annotata da CERESSETTI, in Foro amministrativo/CDS, 2009, 7-8, pag. 1653 ss., il quale non manca di sottolineare come il fatto che «per il direttore dell'A.S.L. la soluzione abbracciata dalla Corte possa essere considerata assolutamente garantistica è per lo meno dubbio. Prescindendo dall'ultima parte della norma censurata, l'opzione per una prestazione patrimoniale - sostitutiva della ricostruzione del rapporto di servizio - sarebbe forse valutata preferibile dal dirigente che, in possesso dei necessari requisiti di formazione e di esperienza, non vedrebbe di buon grado la possibilità di reinserirsi in una struttura organizzativa alla quale si riavvicina dopo tempo e che già altri, nel frattempo, avevano guidato con propri criteri. La rigida posizione della Corte non tiene debitamente conto della concreta opera alla quale il direttore generale è chiamato. Di più, sembra costringerlo ad una tutela reale che difficilmente sembra conforme alle caratteristiche della sua figura».

quindi, per i componenti di simili organi sono ravvisabili quelle particolari esigenze di *coesione* con l'organo politico, le quali –secondo la giurisprudenza di questa Corte – possono giustificare, per le sole posizioni dirigenziali apicali di diretta collaborazione, un rapporto fondato sull'*intuitus personae* (sentenza n. 233/2006). Tanto più gravi, pertanto, appaiono, con riferimento ai componenti di questi organi, la previsione di un meccanismo automatico di decadenza e la conseguente violazione del principio del giusto procedimento».

5. Lo *spoils system* applicato ai direttori amministrativo e sanitario.

Ha previsto l'art. 15, comma 6, della legge della Regione Lazio 16 giugno 1994, n. 18 che «il direttore amministrativo e il direttore sanitario cessano dall'incarico entro tre mesi dalla data di nomina del nuovo direttore generale e possono essere riconfermati».

La norma è stata rimessa al vaglio di legittimità della Corte costituzionale dalla Sezione lavoro del Tribunale ordinario di Roma, per violazione degli articoli 97 e 98 della Costituzione.

Anche in questo caso, con sentenza 24 giugno 2010, n. 224, la Corte ha annullato la disposizione censurata, osservando in particolare che «la scelta fiduciaria del direttore amministrativo – che deve essere effettuata con provvedimento, motivato, ma pur sempre ampiamente discrezionale, del direttore generale, con particolare riferimento alle capacità professionali del prescelto in relazione alle funzioni da svolgere (art. 15, secondo comma, della legge n. 18/2004) – non implica, infatti, che la interruzione del rapporto, che si instaura in conseguenza di tale scelta, possa avvenire con il medesimo margine di apprezzamento discrezionale che connota quest'ultima. Una volta, infatti, instaurato il rapporto di lavoro, con la predeterminazione contrattuale della sua durata, vengono in rilievo altri profili, connessi, in particolare, da un lato, alle esigenze dell'amministrazione ospedaliera concernenti l'espletamento con continuità delle funzioni dirigenziali proprie del direttore amministrativo, e, dall'altro lato, alla tutela giudiziaria, costituzionalmente protetta, delle situazioni soggettive dell'interessato, inerenti alla carica.

E proprio la valutazione di tali esigenze determina il contrasto della disposizione impugnata con il principio di buon andamento sancito dall'art. 97 della Costituzione, in quanto la disposizione stessa non àncora l'interruzione del rapporto di ufficio in corso a ragioni “interne” a tale rapporto, che – legate alle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore amministrativo – siano idonee ad arrecare un *vulnus* ai principi di efficienza, efficacia e continuità dell'azione amministrativa. A ciò è da aggiungere che la norma censurata, prevedendo l'interruzione *ante tempus* del rapporto, non consente alcuna valutazione

qualitativa dell'operato del direttore amministrativo, che sia effettuata con le garanzie del giusto procedimento. Nell'ambito di tale procedimento il nuovo direttore generale sarebbe tenuto a specificare le ragioni, connesse alle pregresse modalità di svolgimento delle funzioni dirigenziali da parte dell'interessato, idonee a fare ritenere sussistenti comportamenti di quest'ultimo suscettibili di integrare la violazione delle direttive ricevute o di determinare risultati negativi nei servizi di competenza e giustificare, dunque, il venir meno della necessaria consonanza di impostazione gestionale tra direttore generale e direttore amministrativo. In effetti, soltanto nel rispetto delle predette modalità e condizioni il nuovo direttore generale può, con provvedimento motivato, procedere alla rimozione del direttore amministrativo prima della suddetta scadenza contrattuale».

Va osservato, per finire, che proprio le su viste considerazioni sono state riprese nella più recente sentenza 22 luglio 2011 n. 228, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, della legge della Regione Abruzzo 23 giugno 2006, n. 20, sempre in tema di *spoils system* degli incarichi di direttore amministrativo e direttore sanitario delle Aziende della sanità regionale.