

LUCI ED OMBRE DELLO SPOILS SYSTEM

di Marina Regina*

Sommario: 1. Nascita dell'istituto dello spoils system. 2. Lo spoils system in Italia. 3. La sentenza 81/2010 della Corte costituzionale. 4. Disciplina dello spoils system dopo la riforma Brunetta e la L. 122/2010.

1. Nascita dell'istituto dello spoils system

Lo spoils system nasce negli Stati Uniti seguendo la pratica in forza della quale il vincitore delle elezioni ha il diritto di nominare a capo degli uffici dirigenziali apicali persone di fiducia.

Letteralmente "sistema delle spoglie", sintesi dell'espressione "to the victor belongs the spoils" (al vincitore spetta il bottino), questo meccanismo è stato introdotto da Andrew Jackson nonostante diverse fonti citino come fautore dell'istituto in analisi il terzo Presidente USA Thomas Jefferson, che per primo pose a capo di uffici federali uomini prevalentemente appartenenti al suo partito all'inizio del XIX secolo.

Il presidente Jefferson invero si era riproposto di impedire la corruzione dilagante nel Paese da lui governato attraverso la sostituzione periodica dei funzionari, in modo da evitare il pericolo di una classe burocratica privilegiata e soprattutto inamovibile.¹

Sebbene lo spoils system sia tuttora

criticato in quanto sistema di promozione della corruzione politica, all'inizio esso faceva parte di un'idea di governo nell'interesse del popolo: la precedente pratica repubblicana di nominare un funzionario e mantenerlo in carica ad oltranza, finché non si fosse reso responsabile di un reato contro lo Stato, non poteva rispondere al principio di un governo democraticamente eletto.²

Il sistema di patronage di Jackson avrebbe avuto maggiore diffusione nei decenni successivi in quanto, soprattutto da Lincoln in poi, si sarebbe assistito al sistema più utilizzato per ricompensare i propri sostenitori e per cementare il vantaggio elettorale ottenuto. Per accorgersene, basti guardare i dati dei quali disponiamo a tutt'oggi: sotto il mandato di Lincoln, di 1639 funzionari presidenziali, ne furono sostituiti 1457 a causa della disintegrazione dell'unione federale, tanto che lo stesso presidente si descrisse come un uomo talmente "occupato ad affittare le stanze anteriori della sua casa (cioè ad operare nomine sulla base dello spoils system, n.d.r.) da non riuscire a spegnere il fuoco nella parte posteriore (cioè la ribellione nel Sud America, n.d.r.)".

Dopo quattro anni di presidenza, Lincoln rifiutò nettamente di spazzar via dagli uffici federali i titolari e di rimpiazzarli con dei lealisti: il declino del sistema di patronage può essere storicamente fatto risalire a questo rifiuto.³

* Laurea Magistrale in Giurisprudenza conseguita a Bari il 17 aprile 2012, con la concessione della lode. Dalla tesi di laurea: *La cessazione del rapporto di lavoro del dirigente pubblico: dal meccanismo dello spoils system alla riforma Brunetta*.

¹ N. Macerollo – M. Cortese, *Cessazione del rapporto di lavoro del dirigente pubblico*, Cacucci, Bari, 2008.

² . Marcy William Learned (1786-1857). *Respectfully Quoted: A dictionary of Quotations 1989* in www.bartleby.com.

³ D'Alberti M., *L'alta burocrazia. Studi su Gran Bretagna, Stati Uniti d'America, Spagna, Francia, Italia*, Il Mulino, 1994.

2. *Lo spoils system in Italia*

Quale applicazione dello spoils system nel nostro Paese?

Per rispondere a questa domanda pare opportuno distinguere in tre grandi fasi l'evoluzione normativa della nostra dirigenza pubblica.⁴

La prima fase risale ai primi anni Novanta, quando il D.Lgs. n.29 del 1993 prima ed il successivo D.Lgs. n.81 del 1998 hanno previsto la possibilità di confermare, revocare, modificare o rinnovare entro novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo 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 equivalente⁵, fino ad arrivare al T.U. del pubblico impiego (D.lgs. n. 165/2001), con cui si è cercato di rafforzare la distinzione tra la politica (alla quale spetterebbe la fissazione degli obiettivi secondo l'indirizzo politico di maggioranza) e la dirigenza (che dovrebbe attuare le direttive impartite dall'organo politico). L'obiettivo è stato raggiunto attraverso la sostituzione con il modello funzionale basato sull'autonomia gestoria da un lato, e dall'altro con il riconoscimento della definitività dei provvedimenti amministrativi.

La seconda fase della dirigenza, si configura, forse a causa della dilagante crisi della classe politica di quegli anni, come un periodo di fidelizzazione della dirigenza pubblica, nel quale si riscontrano i profili quasi aziendalistici che caratterizzano il rapporto tra datore di lavoro privato e dirigente, nonostante almeno formalmente fosse rimasto in piedi il criterio selettivo dato dal concorso pubblico al quale però si affiancava la pratica costante del conferimento dell'incarico temporaneo da

⁴ S. Battini, *La riforma Brunetta del lavoro pubblico*, in *Giornale Dir. Amm.* 2010, 1, 5.

⁵ C. Diotallevi, *Il licenziamento dei dirigenti pubblici e privati*, Gaia, Edizioni Universitarie Romane, 2010.

parte dell'organo politico.⁶

La costanza di questa pratica favorì il nascere di una classe dirigenziale compiacente verso chi la nominava per evitare di incorrere in una revoca o nel mancato rinnovo del contratto.

Negli anni 2000 si è aperta una terza fase, durante la quale la Corte costituzionale ha tentato la mediazione tra le esigenze di fidelizzazione della politica e il necessario rispetto dei principi costituzionali, giungendo ad una sostanziale bocciatura dello spoils system in quanto contrastante con gli artt. 97 e 98 della nostra Carta costituzionale, ad eccezione dei "dirigenti che collaborano alla formazione dell'indirizzo politico"⁷.

La Corte difatti, da un lato riconosce che il dirigente può essere rimosso per accertate responsabilità "all'esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato" e dunque deve essere garantita la presenza di un momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti": dall'altro considera essenziale "la fase valutativa" allo scopo di garantire che l'attività del dirigente si svolga nel rispetto del precetto costituzionale dell'imparzialità dell'azione amministrativa.⁸

Il D.lgs. n. 165 del 2001, così come modificato dalla L. 145 del 2002, ha rafforzato il legame tra dirigenza e organo di vertice politico. Ex art. 19 c.8, ad esempio, dopo la modifica operata dalla legge 145 appena citata, viene disposta la cessazione di incarichi di funzione dirigenziale di cui al c.3 dello stesso art. 19 (cioè degli incarichi di livello più elevato), decorsi novanta giorni

⁶ G. Visconte: "L'evoluzione dello spoils system dalla privatizzazione del pubblico impiego alla riforma Brunetta passando per la giurisprudenza costituzionale" in www.ildirittoamministrativo.it.

⁷ P. Giangaspero: "Alcune riflessioni sull'evoluzione recente dell'organizzazione amministrativa regionale, con riguardo al rapporto tra politica e amministrazione negli ordinamenti regionali", in *Le Reg.* 2009, 6.

⁸ Sent. 103/2007 punto 9.2.

dal voto sulla fiducia al Governo.⁹

Dal confronto tra i due testi si ravvisa come la precedente disciplina prevedesse un meccanismo di decadenza semiautomatico basato sulla possibilità di una conferma implicita degli incarichi; la L. 145 del 2002 invece distingueva il trattamento riservato agli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale e di direttore generale degli enti pubblici (vigilati dallo Stato), rispetto a quelli di livello non generale.¹⁰

I primi cessavano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge, per i secondi si poteva procedere all'attribuzione di un incarico diverso a seconda dei criteri di rotazione previsti dagli artt. 13 e 35 del contratto collettivo nazionale di lavoro 1998-2001 del personale dirigente dell'Area I, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge. In caso di mancato provvedimento ad hoc nei termini, gli incarichi erano automaticamente confermati secondo il principio del silenzio-assenso.

Con il D.L. 3 ottobre 2006 n.262, convertito con modificazioni dalla L. 14 novembre 2006 n. 286, viene riformulato l'art. 19 del D.lgs. n.165/2001 stabilendo che la cessazione degli incarichi, decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo riguarda anche i dirigenti provenienti da altre pubbliche amministrazioni privatizzate, fatti salvi i

⁹ L'articolo 6 della L. 154/2002 detta poi una disciplina specifica per gli incarichi presso enti, società ed agenzie estendendo lo spoils system alle nomine degli organi di vertice, dei componenti dei consigli di amministrazione o degli organi equiparati degli enti pubblici, delle società controllate o partecipate dello Stato, delle agenzie o di altri organismi comunque denominati, conferite dal Governo o dai Ministri nel cosiddetto "semestre bianco" o nel mese antecedente lo scioglimento anticipato di entrambe le camere. Si tratta di un'ipotesi di decadenza semiautomatica: le nomine sono confermate fino alla naturale scadenza se non vengono modificate o revocate entro sei mesi dal voto di fiducia al Governo.

¹⁰ C. Diotallevi, *op.cit.*.

dirigenti provenienti da altri ministeri e i cosiddetti esperti esterni. Inoltre lo spoils system viene esteso anche ai direttori delle Agenzie, comprese quelle fiscali. Il comma 161 dell'art. 2 prevede che gli incarichi conferiti prima del 17 maggio 2006 cessano entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del suddetto decreto ove non siano confermati, esclusi, per gli incarichi conferiti a soggetti non dipendenti di pubbliche amministrazioni, gli effetti economici dei contratti in essere. La normativa dunque rivoluziona il regime dello spoils system estendendolo anche a categorie di dirigenti non generali ed esterni attraverso il richiamo all'art. 19 commi 5-bis e 6.

Come sopra accennato, la terza fase ha visto la Corte Costituzionale impegnata nella pronuncia sull'art. 3 c.1 lett. 1 della legge 145 del 2002 che ha modificato l'art. 19 comma 8 del D.lgs. 165 del 2001. con riguardo ai dirigenti apicali essa si è espressa in termini di legittimità in quanto, essendo il rapporto tra dirigente apicale (segretari generali, capi dipartimento) e organo politico caratterizzato da stretta e diretta collaborazione, è ammissibile un rapporto di tipo fiduciario. La norma è stata invece dichiarata illegittima in riferimento all'applicazione della stessa per i dirigenti generali.¹¹

Infatti, se da un lato è vero che le riforme che hanno contrattualizzato il pubblico impiego anche dirigenziale sono state ritenute costituzionalmente legittime, d'altra parte ciò non comporta per la pubblica amministrazione la facoltà di recedere ad nutum sì da creare un legame fiduciario che non consenta alla dirigenza l'esercizio autonomo ed imparziale dell'attività amministrativa.

Tanto premesso, la Corte costituzionale, individuando come norma guida del proprio ragionamento gli artt. 97 e 98 della Costituzione, ha sancito che la

¹¹ P. Sciortino, *Spoils system una tantum: i rapporti tra politica e amministrazione secondo la Consulta*, in *Lavoro nella Giur.* 2007, 8, 769.

precarizzazione dell'incarico di dirigente è in contrasto con i principi di imparzialità, del buon andamento e del giusto procedimento tipici della funzione pubblica: l'accertamento della responsabilità dirigenziale non può basarsi dunque sull'apprezzamento soggettivo dell'autorità politica, ma deve essere l'esito di una procedura di garanzia del diritto di difesa del dirigente e della motivazione con la quale deve essere esternata la ragione di interesse pubblico che ha condotto alla revoca dell'incarico, così da consentire un controllo trasparente sulle scelte operate.¹²

Degna di nota è la sentenza n.104 del 2007 con la quale la Corte costituzionale si è occupata della stessa questione con riferimento ad enti ad autonomia costituzionalmente garantita ed in particolare alle Regioni.

La sentenza, a conferma di quanto già espresso nella precedente n. 103 del 2007 ha un precedente nella sentenza n. 233 del 2006 con la quale la Corte ha ritenuto legittimo lo spoils system per i dirigenti apicali aventi un rapporto istituzionalmente diretto con l'organo politico (attribuendo valore prevalente all'elemento soggettivo dell'intuitus personae solo per questa categoria di lavoratori).

Nella sentenza n. 104 del 2007 quindi, la Corte, escludendo l'applicabilità dei principi della legge n. 145 del 2002 alle Regioni a statuto speciale ed ordinario in quanto lo Stato, ex art. 117 Cost., ha potestà legislativa esclusiva in materia di ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali.¹³

Con la sentenza n. 161 del 2008, la stessa Corte è intervenuta su un altro caso di spoliazione una tantum, anche con riferimento agli incarichi dirigenziali esterni.

¹² G. Visconte, da www.ildirittoamministrativo.it.

¹³ Massera A., *Il difficile rapporto fra politica e amministrazione: la Corte Cost. alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Gior. Dir. Amm.* 2007, 12, 1307.

Era stata sollevata infatti la questione di legittimità degli artt. 2 commi 159 e 161 del D.L. n. 262 del 2006. In merito, la Corte, pur respingendo la questione di legittimità riguardante il comma 159, riconosce che l'incarico affidato al dirigente esterno "non consente di diversificare in senso fiduciario il rapporto dirigenziale", ragion per cui la dottrina¹⁴ ha proposto l'idea secondo la quale la dirigenza pubblica vada, prescindendo dal carattere esterno o meno dell'incarico, distinta in professionale e fiduciaria non sulla base del carattere apicale o meno degli uffici, ma in base del "criterio di salvaguardia della riserva in capo alla prima dei compiti di amministrazione e gestione, escludendosi, in questo caso, la possibilità di spoils system".¹⁵

Con la stessa sentenza, preme ricordare che è stata bocciata l'alternativa costituita dalla decadenza differita a seguito della mancata conferma da parte dei vincitori delle elezioni.¹⁶

La decadenza non è legittima né se istantanea, né se applicata al termine utile per la conferma, restando incostituzionale nonostante la proposta del mondo politico di una misura compensatoria per il dirigente rimosso.¹⁷

3. La sentenza 81/2010 della Corte costituzionale

Con la sentenza in esame, la Corte è intervenuta esprimendo il principio su citato con riferimento agli incarichi attribuiti, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, D.Lgs. 165 del 2001, a soggetti esterni all'amministrazione o, se dipendenti delle stesse, privi di qualifica dirigenziale.

La sentenza ha avuto ad oggetto

¹⁴ F. Merloni, *Gli incarichi fiduciari*, a cura di G. D'Alessio, *L'amministrazione come professione*, Bologna, 2008, 117.

¹⁵ C. Silvestro – F. Sileri, *Dirigenti esterni e spoils system*, in *Giornale Dir. Amm.* 2009, 1, 19.

¹⁶ Sent. 161/2008 punto 3.2.

¹⁷ Sent. 351/2008 punto 2.

l'articolo 41, comma 1 del D.L. n. 262 del 2006 che, modificando l'articolo 19 comma 8 del D.lgs. n. 165 del 2001, aveva previsto che gli incarichi di direzione degli uffici dirigenziali, di cui al comma 5 bis (dirigenti appartenenti ad altre amministrazioni) e al comma 6 (dirigenti esterni tout court), cessassero decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo (così come disposto per gli incarichi dirigenziali apicali di cui all'articolo 19, comma 8, del D.lgs. n. 165 del 2001) e l'articolo 41, comma 3 della medesima normativa, dichiarato incostituzionale, che aveva introdotto lo spoils system transitorio, stabilendo che *"in sede di prima applicazione dell'articolo 18 comma 8, gli incarichi ivi previsti conferiti prima del 17 maggio 2006, cessano ove non confermati entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto legge"*.

Nella sentenza in esame la Corte costituzionale si occupa di dirigenti esterni di seconda fascia.¹⁸ Il loro rapporto, differentemente da quanto avviene per i dirigenti di prima fascia nominati dall'organo politico, non è caratterizzato fiduciarmente (pur risultando essi titolari di uffici pubblici); ragione per cui risulta, secondo la Corte, inammissibile tollerare forme di influenza politica su chi esercita funzioni di manager nello Stato.

Con questa sentenza dunque, si è sancita la difesa della dirigenza rispetto all'ingerenza della politica, anche nel caso di affidamento di incarichi di seconda fascia a soggetti esterni ex art. 19 comma 6 del T.U sul pubblico impiego¹⁹ e come la norma oggetto di esame riguardi una fattispecie di spoils system *"transitorio con interruzione ex lege del rapporto dirigenziale in corso"* nel caso in cui l'interessato non venga confermato entro sessanta giorni

¹⁸ M. Ferretti, *I limiti dello spoils system nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il lavoro nelle P.A.*, 2008.

¹⁹ E. Midena, *La recente giurisprudenza sui dirigenti esterni nelle amministrazioni statali*, su *Giornale Dir. Amm.* 2010, 12, 1332.

dall'entrata in vigore dello stesso decreto legge n. 262 del 2006.

4. *Disciplina dello Spoils System dopo la Riforma Brunetta e la L. 122/2010*

La legge delega n.15 del 2009, nota come Riforma Brunetta, è intervenuta nel quadro normativo-giurisprudenziale operando una riforma del sistema del pubblico impiego e una ridefinizione della disciplina della dirigenza pubblica. Essa, attraverso la distinzione tra attività governative e dirigenziali tesa alla regolamentazione del rapporto tra gli organi di vertice ed i titolari di incarichi apicali mira a garantire il contemperamento delle esigenze di attuazione dell'indirizzo politico della pubblica amministrazione con quelle del rispetto della giurisprudenza costituzionale.

Guardando la questione della mancata conferma del dirigente dopo la scadenza dell'incarico, in assenza di risultati negativi, la riforma ha previsto tre misure: il rafforzamento della disciplina delle incompatibilità per tutelare l'autonomia della dirigenza dai sindacati e dalla politica; la riduzione delle percentuali di incarichi esterni per eliminare la discrezionalità nelle assunzioni da parte degli organi di governo, ed il mancato rinnovo solo in caso di valutazione negativa della performance del dirigente dopo il vaglio del Comitato dei Garanti.

Lo strumento delle ipotesi di incompatibilità non è stato pienamente attuato dal suddetto decreto, dal momento che, prevedendo la normativa che l'incarico dirigenziale non possa essere conferito a chi abbia rivestito, nei due anni precedenti, cariche o avuto rapporti di collaborazione o consulenza in sindacati e partiti, sembra voler sancire un discrimen tra la dirigenza ed il sindacato, più che tra la prima e la politica in quanto l'incompatibilità non viene applicata a chi abbia rivestito incarichi

politici.²⁰

Anche per la limitazione degli incarichi esterni la riforma non è stata decisiva perchè la riduzione percentuale postulata non è stata fissata e si è introdotta un'ipotesi speciale di concorso pubblico per la copertura di posti di dirigente a tempo determinato che ha provocato la possibilità per l'autorità politica di attingere al di fuori dell'organico.

L'obiettivo di disciplinare la mancata conferma senza una valutazione negativa è stato eluso: il decreto prevede che gli incarichi dirigenziali possono non essere confermati anche in assenza di valutazione, bastando solo un "congruo preavviso" e una motivazione al dirigente, tale da consentire di passare il controllo giurisdizionale formale che verrebbe richiesto dal lavoratore in caso di recesso ad nutum.²¹

Con il successivo D.L. n.78 del 2010, convertito nella L. n.122 del 2010, è stato effettuato un passo indietro rispetto all'opera di rafforzamento delle garanzie riconosciute dalla Corte Costituzionale per i dirigenti pubblici. In particolare l'art. 9 comma 32 infatti ha previsto che le pubbliche amministrazioni, anche in assenza di valutazione negativa, possano conferire un incarico economico inferiore senza che possano applicarsi disposizioni normative e contrattuali più favorevoli qualora non intendano confermare l'incarico del dirigente. Inoltre la norma prevede l'abrogazione dell'art. 19 comma 1 ter del T.U. del pubblico impiego, comportando questo una riduzione delle garanzie rappresentate dal congruo preavviso, dalla motivazione, dal contraddittorio e dalla possibilità di assegnazione di incarichi

²⁰ G. Visconte, *L'evoluzione dello spoils system dalla privatizzazione del pubblico impiego alla riforma Brunetta passando per la giurisprudenza costituzionale* da www.ildirittoamministrativo.it.

²¹ P. Cosmai, *Incarico dirigenziale: quale tutela dopo il decreto Brunetta e la L. 122/2010?* In *Lav. Giur.* 2010, 12, 1195.

alternativi, dunque andando a ledere le tutele poco prima introdotte dal D.lgs. 150/2009. In ordine alla modifica dell'art. 19 del T.U. sul pubblico impiego, sono da segnalare i forti dubbi di legittimità costituzionali provenienti da più parti sociali, in quanto questo decreto ha introdotto una forma generalizzata di spoils system lato sensu, cioè "legato alla scadenza dell'incarico dirigenziale piuttosto che all'esito delle elezioni".²²

Con questa innovazione legislativa il dirigente potrà trovarsi ad accettare un incarico di valore economico inferiore anche laddove il sistema di valutazione abbia espresso un giudizio di eccellenza, situazione questa diametralmente opposta a quanto stabilito dal principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione.²³

Da quanto detto è evidente come il potere politico non intenda rinunciare alla riserva delle nomine dei più alti dirigenti delle amministrazioni statali e degli enti pubblici.

Il sistema delle spoglie infatti rimane uno dei principali fattori di rafforzamento dell'esecutivo insieme all'uso (talvolta spregiudicato) della questione di fiducia, contribuendo all'accentramento di potere in favore dell'esecutivo, in grado a tutt'oggi di fidelizzare la dirigenza e la burocrazia.

Si auspica dunque che a breve sulla Dirigenza Pubblica si apra un dibattito tra gli attori coinvolti (dai dirigenti agli economisti passando per i politici, i giuristi e gli economisti) che approdi a soluzioni idonee ad assicurare al Paese dirigenti realmente capaci, autonomi ed imparziali.

²² F. Loiudice – G. Neri, *La dirigenza pubblica: lo spoils system dalla giurisprudenza costituzionale alla recente manovra d'estate*, in www.altalex.com, cit.

²³ <http://www.altalex.com/index.php?idnot=12196>