

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 08/11/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35630-le-vie-per-l-accesso-alla-dirigenza-pubblica-non-sono-infinite>

Autore: Greco Massimo

Le vie per l'accesso alla Dirigenza pubblica non sono infinite

Le vie per l'accesso alla Dirigenza pubblica non sono infinite

(nota a Ordinanza Tribunale di Enna R.G. n. 641/2013)

di Massimo Greco (*)

Sommario: 1. Il Principio di separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa – 2. Il ruolo del designato nell'esercizio della funzione d'indirizzo politico – 3. L'accesso alla Dirigenza Pubblica nella Regione Siciliana – 4. Funzionari Direttivi e Dirigenti pari non sono - 5. Considerazioni finali.

Mentre la Corte Costituzionale sancisce il principio secondo cui *“La separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa costituisce ormai un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost.”*¹ una recente pronuncia della giurisprudenza ordinaria sembra volere rimettere in gioco anche quelle poche certezze giuridiche che pensavamo di avere maturato in tale ambito.

Il Giudice del lavoro del Tribunale di Enna con l'Ordinanza del 22/10/2013, nel dirimere una controversia insorta tra un dirigente e un funzionario direttivo dell'Ente regionale per il diritto allo studio universitario (di seguito denominato E.R.S.U.), riesce con una sola argomentazione a giustificare contestualmente sia l'attribuzione di funzioni dirigenziali che l'incarico di Direttore del medesimo Ente al funzionario direttivo in forza dell'art. 3, comma 2, della l.r. n. 19 del 20/06/1997 che stabilisce il criterio di equivalenza dell'esperienza dirigenziale per coloro che hanno rivestito cariche pubbliche, tra le quali quella di Sindaco di comune con popolazione superiore a 15 mila abitanti, ricoperte complessivamente per almeno quattro anni.

Ancora, il Giudice del Tribunale di Enna ritiene superabile l'obbligo del requisito della dirigenza per l'assegnazione dell'incarico di Direttore dell'E.R.S.U previsto dall'art. 6 della l.r. n. 9/2012 proprio nella considerazione che il funzionario direttivo in questione può supplire all'assenza di detto *status* avendo ricoperto la carica di Sindaco in un Comune superiore a 15 mila abitanti. L'Ordinanza conclude quindi nei seguenti termini: *“Ora, omissis ha rivestito per oltre cinque anni la carica di Sindaco e dunque la sua posizione è ex lege assimilabile all'esperienza/qualifica dirigenziale di cui all'art. 6 della l.r. n. 9 del 2012”*.

Appare fin troppo evidente *l'ubi consistam* della presente riflessione. In diparte i successivi gradi di giudizio, che verosimilmente saranno attivati, la questione merita un'amplificata discussione, soprattutto se dovessero essere ritenute fondate le argomentazioni giuridiche contenute nella citata Ordinanza. Si aprirebbero infatti inevitabilmente le porte per l'accesso alla dirigenza ad un numero imprecisato, ma certamente notevole, di operatori della Pubblica Amministrazione regionale appartenenti alle più svariate qualifiche. L'art. 3, comma 2, della l.r. n. 19/97, nello stabilire l'equivalenza all'esperienza dirigenziale per le cariche pubbliche elettive, non specifica infatti alcuna qualifica di provenienza. Ciò significa che tale equivalenza potrà essere rivendicata da chiunque, e non solo quindi, come nel caso che ci occupa, dal funzionario direttivo quale qualifica immediatamente inferiore a quella dirigenziale.

E tuttavia, le argomentazioni giuridiche a supporto dell'Ordinanza, ancorchè suggestive, ed a tratti fantasiose, vanno perentoriamente respinte.

¹ Corte Cost. sent. n. 81 del 03/05/2013.

Preliminarmente andrebbe evidenziata la questione in ordine al difetto di legittimazione ad agire del dirigente ricorrente, atteso che l'incarico di "Direttore facente funzioni" attribuito dall'organo di governo dell'E.R.S.U. al funzionario direttivo, ancorchè illegittimo per i motivi che seguiranno, non inciderebbe sulla posizione giuridica del dirigente che alla data dell'incarico al funzionario direttivo risultava sprovvisto del rinnovo dell'incarico di Direttore. Infatti, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., così come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa, per proporre una domanda giurisdizionale è necessario vantare un interesse nel senso di perseguire un'utilità giuridicamente apprezzabile e non altrimenti conseguibile che con l'intervento del Giudice, ed è inoltre necessario che "danno" e "vantaggio" ineriscano ad una posizione propria, tutelata dall'ordinamento, che processualmente è qualificata come legittimazione². In giurisprudenza è pacifico l'indirizzo secondo cui *"l'interesse a ricorrere, infatti, non può prescindere da una puntuale verifica della lesione concreta ed immediata che dalla determinazione assunta dall'amministrazione deriva alla posizione giuridica dell'istante e, dunque, dalla individuazione del vantaggio concreto ed immediato che lo stesso conseguirebbe dall'accoglimento del ricorso. Tale interesse deve avere le caratteristiche dell'attualità, dell'immediatezza e della concretezza, consistendo in un'utilità pratica conseguibile con la pronuncia richiesta, da cui possa derivare un risultato favorevole per il ricorrente. Tale interesse va escluso quando il pregiudizio non è attuale, come nel caso in esame, ma meramente potenziale e correlato a situazioni future ed ipotetiche."*³

In tale contesto, bisogna altresì evidenziare che il Tribunale ordinario è il Giudice del rapporto e non del procedimento amministrativo presupposto. Infatti, nel settore pubblico l'intera materia degli incarichi dirigenziali è retta dal diritto privato e l'atto di conferimento è espressione del potere di organizzazione, rispetto al quale la posizione soggettiva del dirigente aspirante all'incarico di Direttore non può atteggiarsi come diritto soggettivo pieno, bensì come interesse legittimo di diritto privato, da riportare, quanto alla tutela giudiziaria, nella più ampia categoria dei "diritti" di cui all'art. 2907 cod. civ.⁴. Corollario di questi importanti principi è che il sindacato in ordine alla legittimità della nomina di Direttore al funzionario direttivo può essere richiesto al Giudice ordinario solo in via incidentale nel contesto di una provata lesione concernente la posizione giuridica di diritto soggettivo del dirigente.

Orbene, poiché si sconosce il contenuto della domanda avanzata dal dirigente, possiamo qui limitarci ad affermare che la posizione giuridica dell'attore ha la consistenza di interesse legittimo di diritto privato nell'aspirazione al rinnovo dell'incarico di Direttore, mentre assume la consistenza di diritto soggettivo se la pretesa è limitata all'istituto della "reggenza". Infatti, secondo il principio sotteso all'art. 31 del T.U. degli impiegati civili e all'art. 15 del Regolamento di esecuzione approvato con DPR n. 586/57, in caso di vacanza, assenza o impedimento del titolare principale, supplisce colui che riveste una qualifica superiore.

In presenza di un difetto di legittimazione ad agire per carenza di interesse alla coltivazione dell'azione giudiziaria l'esame di merito risulterebbe precluso, ma il Giudice ha invece preferito entrare comunque nel merito della questione attesa l'infondatezza della domanda.

1. Il Principio di separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa

² Cons. Stato, Sez. V, 15 maggio 2006, n. 2837.

³ C.G.A., parere n. 626, Ad. del 5/09/2006; Cfr. Cons. di Stato, Ad. Plen., 29/01/2003, n. 1; Cons. di Stato, Sez. V, 1/03/2003, n. 1161.

⁴ Corte Cass. lav., sent. n. 18857 del 30/08/2010.

Un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 3, comma 2, della l.r. n. 19/97, che stabilisce l'equivalenza dell'esperienza dirigenziale all'aver assunto una carica pubblica elettiva, avrebbe portato ad un risultato decisamente diverso da quello statuito dal Giudice per almeno tre ragioni: una derivante dal citato principio di separazione tra funzioni d'indirizzo politico e funzioni di gestione amministrativa che la Corte Costituzionale ha elevato a principio di carattere generale discendente direttamente dall'art. 97 Cost., l'altra dall'esigenza di assicurare il concorso pubblico per l'accesso agli Uffici della Pubblica Amministrazione. Una terzo profilo concerne la violazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, perché la previsione di un'equivalenza dell'esperienza dirigenziale, come quella prevista dal citato art. 3, comma 2, della l.r. n. 19/97 da spendere anche nei rapporti di pubblico impiego, sfornita dei requisiti normalmente richiesti per lo svolgimento delle funzioni dirigenziali, determina l'inserimento nell'organizzazione pubblica di soggetti che non offrono le necessarie garanzie di professionalità e competenza.

I destinatari dell'art. 3 della l.r. n. 19/97 sono infatti "persone" da nominare o designare negli Enti /Organi di cui all'art. 1 della l.r. n. 22 del 28/03/1995, e cioè "*organi di amministrazione attiva, consultiva e di controllo della Regione, nonché degli enti pubblici da essa dipendenti o comunque sottoposti a tutela, controllo o vigilanza, e delle persone giuridiche a prevalente partecipazione pubblica, alla nomina dei cui organi concorrono la Regione o altri dei suddetti enti pubblici, fatta eccezione per gli organi elettivi della Regione, delle province e dei comuni e per gli organi per i quali la nomina di componenti è di competenza dell'Assemblea regionale*".

L'eterogeneità delle anzidette designazioni rispetto agli incarichi dirigenziali di cui all'art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/2001 e del corrispondente art. 6 e seguenti della l.r. n. 10/2000, è fin troppo evidente. La norma di cui al citato art. 3 della l.r. n. 19/97, infatti, ha riguardo ai soli incarichi implicanti l'individuazione dell'indirizzo politico-amministrativo dell'ente, senza che se ne possa assumere l'estensione alle figure organizzative cui compete l'attuazione del predetto indirizzo politico-amministrativo. Le funzioni dirigenziali, come espressamente previste dal citato art. 2 della l.r. n. 10/2000, sono funzioni di attuazione delle attività programmatiche, di alta amministrazione, di indirizzo e direttiva assegnate alla funzione politica; e, pertanto, si pospongono logicamente e temporalmente all'esercizio di quest'ultima

Né, alla luce del più volte citato principio di separazione tra potere politico e potere gestionale, può giustificarsi una commistione tra coloro che, ancorchè chiamati alla cura di interessi pubblici, finalizzano con modalità differenti la rispettiva azione, per una ragione fondamentale sfuggita al Giudice de quo: gli incarichi di cui trattasi sono uffici onorari che non configurano alcun rapporto di lavoro tecnicamente inteso e come tale oggetto di apposita tutela costituzionale⁵. Peraltro, l'esercizio della funzione pubblica esercitata dal designato dà luogo ad un rapporto di servizio onorario, il cui compenso è scevro, ex art. 54 Cost., da qualsiasi connotato di sinallagmaticità, con la conseguenza che l'eventuale corresponsione del gettone di presenza o dell'indennità di funzione, non costituisce retribuzione, ai sensi dell'art. 36 della Costituzione⁶. La giurisprudenza ha sempre ben tenuto distinte le due aree di riferimento della P.A., tanto da avere ritenuto non ammissibile a concorsi per dirigenti l'esperienza maturata quale presidente di una società cooperativa⁷.

⁵ Il citato discrimine è stato ben illustrato, ancorchè per una fattispecie diversa, dal Tar Lazio nella sentenza n. 8696 del 08/10/2013.

⁶ Per le funzioni pubbliche esercitate dalla cariche elettive si veda Cons. Stato, Sez. V°, sent. 10/09/2010 n. 6526.

⁷ Tar Catania, sent. n. 1386 del 05/10/2001.

Se così non fosse saremmo in presenza di una norma di “rottura” della regola del concorso pubblico sancita dall’art. 97, comma 3, della Costituzione che, prescrivendo il concorso pubblico per l’accesso agli Uffici della Pubblica Amministrazione, va correttamente interpretata in senso restrittivo. A fortiori per l’accesso alla Dirigenza pubblica. Nè, d’altro canto, sussistono quelle peculiari situazioni che giustificerebbero la deroga al principio stesso.

L’illustrata argomentazione, anche se per via incidentale, ci porta a dissentire anche dall’acclarato difetto di legittimazione passiva della Regione. Contrariamente a quanto sostenuto nell’Ordinanza in questione, non è affatto escluso il rapporto organico dell’E.R.S.U. rispetto al suo Organo di controllo e vigilanza. La struttura organizzativo-burocratica, che come già illustrato rappresenta lo strumento per attuare l’indirizzo politico-amministrativo e programmatico dell’organo di governo politico dell’E.R.S.U., è infatti espressamente incardinata nell’Amministrazione regionale. L’art. 20, comma 3, della l.r. n. 20/2002 così recita: “*Il personale di cui al comma 2 è organizzato secondo la normativa vigente nel rimanente comparto regionale sia in termini di gerarchia che in termini funzionali*”. In sostanza, la Regione esercita la funzione di controllo e vigilanza sull’organo di governo politico dell’E.R.S.U. e non anche sull’organo burocratico, verso il quale esercita una funzione *in house* al pari di quella esercitata su tutti gli Uffici periferici regionali. Orbene, poiché la controversia rileva inevitabilmente su questioni inerenti l’organizzazione amministrativa, ancorchè di vertice, dell’E.R.S.U., il coinvolgimento dell’Assessorato Reg.le di riferimento non è solo opportuno ma obbligatorio, atteso che sullo stesso ricade il compito di attivare gli eventuali prescritti poteri sostitutivi in presenza di perduranti stati di illegittimità nella gestione delle risorse umane.

2. Il ruolo del designato nell’esercizio della funzione d’indirizzo politico

Le persone da nominare o designare negli Enti/Organi di cui all’art. 1 della l.r. n. 22 del 28/03/1995, non sono l’esito di una procedura concorsuale, ma riflettono il giudizio di affidabilità espresso attraverso la nomina, ovvero la fiducia sulla capacità del nominato di rappresentare gli indirizzi di chi lo ha designato, orientando l’azione dell’organismo nel quale si trova ad operare in senso quanto più possibile conforme agli interessi di chi gli ha conferito l’incarico. In tale contesto, oltre al carattere rappresentativo degli interessi dell’Ente, la designazione assume anche connotati fiduciari, esprimendo così un valore non più neutrale, ossia di mera rappresentanza, ma di vera e propria espansione all’esterno, della volontà politica di chi ha effettuato la nomina. Il venir meno della fedele rappresentanza giustifica e legittima, secondo la prevalente interpretazione, la revoca ad opera della stessa Amministrazione designante.

Siamo quindi in presenza di un aspetto dell’ordinamento che il legislatore ha voluto assoggettare alle regole dello *spoils system*, e pertanto al principio, esattamente contrario a quello stabilito per i rapporti di pubblico impiego, secondo cui la dipendenza funzionale del nominato è strettamente connessa alla dipendenza politica. In attuazione di questi principi, ormai positivizzati nel nostro ordinamento, il designato può essere revocato dal designante in qualsiasi momento, trattandosi di scelte annoverabili tra gli atti di “alta amministrazione”. Facoltà queste, invece espressamente negate per la gestione degli incarichi dirigenziali della P.A.. Lo *spoils system* è stato infatti limitato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale alle sole designazioni di carattere politico ed ai collaboratori impegnati negli Uffici di Gabinetto delle cariche elettive⁸.

Per il personale del pubblico impiego contrattualizzato, compreso quello della dirigenza pubblica, le modalità di accesso nei relativi ruoli rimangono ancorate alle regole del concorso pubblico.

⁸ Tra le tante si veda Corte Cost., sent. n. 304 del 28/10/2010.

3. L'accesso alla Dirigenza Pubblica nella Regione Siciliana

L'accesso alle qualifiche dirigenziali nella Regione Siciliana deve ritenersi integralmente disciplinato dalla l.r. n. 10/2000 rubricata *"Norme sulla dirigenza e sui rapporti di impiego e di lavoro alle dipendenze della Regione siciliana"*, applicabile – a mente dell'art. 1 della medesima legge e s.m.i. – anche all'E.R.S.U., in quanto ente di diritto pubblico sottoposto all'indirizzo, al controllo ed alla vigilanza dell'Assessorato Reg.le dei Beni Culturali (oggi Pubblica Istruzione e Formazione Professionale). Detta disciplina segna lo spartiacque tra le modalità di accesso ai profili professionali del "comparto" e quelle previste per l'accesso alla dirigenza. Attraverso l'art. 34, comma 5°, della l.r. n. 10/2000, l'ordinamento regionale ha recepito, relativamente alla materia di accesso alla dirigenza, le specifiche norme contenute nel d.lgs. n. 29/93 e successive modifiche ed integrazioni (ora, d.lgs. n. 165/2001), in forza delle quali è stata espressamente prevista l'applicabilità del d.lgs. n. 387/98, il cui art. 10 ha sostituito l'art. 28 del d.lgs. n. 29/93 che, in particolare, disciplina l'accesso alla qualifica di dirigente. Inoltre, l'art. 6 della l.r. n. 10/2000, dopo avere previsto che *"...la dirigenza è ordinata in un unico ruolo articolato in due fasce, in relazione al livello di professionalità e di responsabilità..."*, stabilisce che *"...alla seconda fascia del ruolo unico dirigenziale si accede con le modalità previste dall'art. 28 del decreto legislativo 3 febbraio 1993 n. 29 e successive modifiche ed integrazioni..."*. Il predetto art. 28 del d.lgs. n. 29/93, successivamente trasfuso nell'art. 28 del d.lgs. n. 165/2001, prevede che *"... l'accesso alla qualifica di dirigente delle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, e negli enti pubblici non economici avviene per concorso per esami indetto dalle singole amministrazioni..."*. Pertanto, *"In virtù del richiamo contenuto nell'art. 1 e, più in particolare, nell'art. 6 della L.r. n. 10/2000 il concorso per esami nella Regione Siciliana costituisce la modalità di accesso alla qualifica dirigenziale degli enti pubblici"*⁹.

In tale contesto normativo non si intravede alcuna "scorciatoia" per accedere alla dirigenza pubblica regionale.

4. Funzionari Direttivi e Dirigenti pari non sono

La su citata normativa, applicabile come già detto, anche agli E.R.S.U. della Regione Siciliana, distingue nettamente la figura del "dirigente" da quella del "funzionario direttivo" sotto molteplici e fondamentali aspetti: ruoli di appartenenza, requisiti di professionalità richiesti, modalità di accesso alla rispettiva carriera, funzioni da espletare e correlative responsabilità, trattamento economico. Postulato di questa precisazione è che il "funzionario direttivo", ancorchè in via provvisoria e per inderogabili esigenze di funzionamento, non può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore nel caso di vacanza di posto in organico, atteso che *"...lo status di dirigente non sia configurabile come qualifica immediatamente superiore a quella rivestita dal funzionario direttivo"*¹⁰. Dello stesso avviso è la giurisprudenza della Corte di Cassazione la quale ha più volte affermato che *"nell'ambito del pubblico impiego contrattualizzato il conferimento di mansioni dirigenziali ad un funzionario direttivo è illegittimo"*¹¹. Inoltre, spiega la giurisprudenza amministrativa¹², *"configurandosi il conferimento di un incarico dirigenziale in favore di un funzionario non dirigente alla stregua dell'assegnazione di mansioni superiori al di fuori delle*

⁹ C.G.A. sent. 21/04/2010, n. 544.

¹⁰ Corte Conti Regione Sicilia, Sez. Giurisd., sent. n. 1866 del 11/05/2011.

¹¹ Corte Cass, Sez. Lav. sent. n. 13597 del 11/06/2009, n. 8529 del 12/04/2006, 10027 del 27/04/2007.

¹² Tar Lazio sent. n. 6884/2011.

ipotesi tassativamente previste dalla legge”, gli atti di conferimento sono da considerarsi radicalmente nulli ai sensi dell’art. 52, comma 5, del d.lgs. n. 154/2001.

E’ stato altresì affermato, anche se riferito agli Enti locali, che il divieto di conferire incarichi di responsabile di uffici o servizi a rilevanza esterna a personale non dirigenziale ed in particolare ai funzionari incaricati di posizione organizzative, salvo il caso eccezionale previsto dalla norma di deroga (art. 109 della l. n. 142/90), *“si giustifica non solo per l’esigenza di affidare poteri di amministrazione attiva a personale particolarmente qualificato, ma anche perché il personale dirigenziale appare più in grado di garantire una maggiore autonomia, sul piano sostanziale e non solo formale, nei confronti dei vertici politici di quella che potrebbe essere assicurata da personale meno qualificato e dotato di guarentigie meno forti”*¹³.

5. Considerazioni finali

Se per arginare lo *spoil system* all’italiana la Corte Costituzionale con due storiche sentenze (n. 103 e 104 del 2007) ha graniticamente sancito il principio secondo cui *“La selezione dei pubblici funzionari non ammette ingerenze di carattere politico, espressione di interessi non riconducibili a valori di carattere neutrale e distaccato, unica eccezione essendo costituita dall’esigenza che alcuni incarichi, quelli dei diretti collaboratori dell’organo politico, siano attribuiti a soggetti individuati intuitu personae...”* non è oggi ipotizzabile l’estensione al settore del pubblico impiego di regole introdotte dal legislatore nell’ordinamento al solo fine di disciplinare le modalità di designazione di persone in Enti ed Organi a valenza regionale nel contesto delle funzioni di indirizzo politico.

Postulato di queste argomentazioni, e in disparte l’evidente violazione dell’art. 6 della l.r. n. 9/2002 che sancisce l’obbligo del requisito della dirigenza per l’assegnazione dell’incarico di Direttore dell’E.R.S.U., è che se è nullo il riconoscimento della qualifica dirigenziale riconosciuta al funzionario direttivo che ha maturato l’esperienza pubblica di Sindaco, è a fortiori nullo il connesso incarico di Direttore allo stesso assegnato.

(*) Cultore di Diritto Pubblico e Comparato e Dottorando in “Sociologia dell’innovazione e dello sviluppo locale” presso l’Università Kore di Enna – max@massimogreco.org

¹³ Corte dei Conti, Sez. Giur. Regione Sardegna, sent. n. 140 del 07/04/2005.