



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

Crisi del settore pubblico e pubblico impiego

di Raffaello Capunzo

ABSTRACT

Efficiency, economy and productivity are the criteria enshrined in the Constitution, which should always guide the administrative action and were the objective as those of the privatization of the public sector.

The reform has failed spectacularly: the reasons are to be found in the "maladministration", which, as to the field of public employment, has produced very marked consequences for accidents on the basic rights of its staff.

From one hand, local councils, although they have inside of officials in possession of all the requirements for access to senior management, have abused the instrument, exceptional and extraordinary, of executive positions and on the other, have failed to implement the statutory provisions that well before the Legislative Decree no. n. 165/2001, had established the Vicedirigenza.

Such abuses and omissions have contributed, in an incisive manner, on the crisis of the public sector, which is part of the more general economic crisis state obstacle to the process of European integration.

SOMMARIO: 1. La crisi del settore pubblico - 2. Il fallimento della contrattazione collettiva nel pubblico impiego - 3. La dirigenza e l'attribuzione di incarichi dirigenziali: il rapporto tra politica e amministrazione - 4. La vicedirigenza - 5. Conclusioni.

1. La crisi del settore pubblico

Uno degli obiettivi nonché degli obblighi primari dello Stato e delle Amministrazioni pubbliche, strettamente connesso a quello di risanamento del fisco, è la razionalizzazione e la riduzione della spesa pubblica¹ la cui fonte si rinviene, oltre che nella necessità di far fronte al risanamento finanziario (a causa dell'enorme deficit che, da tempo, affligge il settore pubblico italiano²), nei Trattati internazionali, nonché, nei principi costituzionali ed in quelli generali dell'attività amministrativa di cui alla L. n. 241/1990.

¹ La spesa pubblica è l'insieme dei mezzi monetari che lo Stato e gli altri enti pubblici erogano per il raggiungimento dei fini di pubblico interesse. R. PEREZ, *La finanza pubblica*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, 2506; P. CASSESE, *Controllo della spesa pubblica e direzione dell'amministrazione* in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, Giuffrè, 1973, 307 ss.; ID., *Espansione e controllo della spesa pubblica: aspetti istituzionali*, in *Il Mulino*, 1983, 371 ss..

² Sin dalla seconda metà degli anni '80 si era registrata, non diversamente a quanto oggi accade, nel nostro paese, una profonda crisi del settore pubblico, ostacolo al processo di integrazione europea.

Di qui, la necessità di predisporre interventi miranti a tenere sotto controllo la spesa pubblica attraverso il monitoraggio dei costi dei servizi, l'omogeneizzazione dei bilanci degli Enti locali a quelli dello Stato, la

Il Trattato di Roma del 1957 e quello di Maastricht del 1992 hanno sancito l'obiettivo di una "finanza sana" quale principio cardine della politica comunitaria.

In particolare, il Trattato di Maastricht, stabilendo il rapporto tra disavanzo e PIL (prodotto interno lordo), che non deve superare il sessanta per cento, prescrive il divieto di disavanzi pubblici eccessivi per cui è richiesta una gestione della cosa pubblica improntata

necessità del passaggio da una finanza "derivata" e, dunque, da un sistema caratterizzato dallo Stato quale unico impositore, ad una finanza "decentrata" con il conferimento agli Enti locali di autonomia impositiva e gestionale. (G. Farneti, *Ragioneria pubblica*, Franco Angeli, Milano 2004 e G. Farneti, *Gestione e contabilità dell'ente locale*, Maggioli, Rimini 2002; A. Properzi *Contabilità e bilanci degli enti locali*, Il Sole 24 Ore, Milano 1998).

Furono, perciò, stabilite, con la L. 23 Agosto 1988, n. 362, nuove norme in materia di bilancio e contabilità di Stato che introdussero il Documento di programmazione economico – finanziaria (Dpf), con lo scopo di definire gli obiettivi macroeconomici e strategici nei diversi settori di intervento dello Stato, nonché di fissare i criteri e i parametri che avrebbero orientato la formazione del bilancio annuale e pluriennale e della legge finanziaria e i provvedimenti collegati, con i quali definire gli interventi settoriali per tradurre la manovra di finanza pubblica sul piano legislativo e contabile e far sì che le entrate e le spese del bilancio si collegassero agli obiettivi di politica economica.

Fece seguito, negli anni '90, anche a causa dei problemi che l'ingresso nell'Unione Europea aveva generato e nella prospettiva di rendere più efficiente il settore pubblico, il processo di "aziendalizzazione" della Pubblica Amministrazione con due nuove leggi: la legge 3 aprile 1997, n. 94 e il D.lgs 7 agosto 1997, n. 279, che introdussero la distinzione tra responsabilità politica e gestionale, stabilirono che il bilancio di previsione fosse articolato in bilancio politico e bilancio gestionale ed introdussero la contabilità analitica o gestionale così che i costi di gestione fossero monitorati (Franco Rubino, *Il processo di aziendalizzazione e il sistema dei controlli nelle istituzioni scolastiche*, Franco Angeli editore, 2007).

Per le Regioni, i principi della contabilità di Stato furono attuati con la L. 25 giugno 1999, n. 208 recante "Disposizioni in materia finanziaria e contabile" (L. Giovannelli, *Modelli contabili e bilancio di uno Stato che cambia*, Giuffrè, Milano, 2000, L. Bartolacci, *Gestione, programmazione e controllo nell'azienda dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2000; L. Giovannelli, *I modelli contabili pubblici nel processo di integrazione europea*, Giuffrè 2006) mentre l'obiettivo della trasparenza nell'impiego dei fondi pubblici venne perseguito con legge 27/12/2006 (legge finanziaria per il 2007), con l'attribuzione ad una Commissione tecnica del compito di predisporre una diversa struttura del bilancio decisionale dello Stato.

I successivi interventi legislativi puntarono sulla riforma del modello gestionale degli Enti locali con la modifica del sistema di tenuta della contabilità: la legge 142 /1990 "Ordinamento delle autonomie locali", la quale dispose che i risultati di gestione degli enti locali dovevano essere rilevati anche mediante contabilità economica, introdusse il collegio dei revisori con il compito di controllare non solo la regolarità contabile, ma anche l'economicità e l'efficienza della gestione dell'ente e definì il sistema dei controlli sugli atti dell'ente e sono state puntualizzate le regole dell'attività negoziale; la L. n. 241/1990, con la fissazione di principi cardine dell'azione amministrativa; il D.lgs 29/1993, che separò le funzioni di indirizzo e di controllo che vennero affidate all'organo politico di governo (il consiglio comunale, provinciale, regionale) e le funzioni di gestione, affidate all'organo amministrativo o dirigenziale (i dirigenti, responsabili di aree funzionali ben identificate) e introdusse il controllo di gestione sulle amministrazioni pubbliche, controllo definito "interno", in grado di consentire la verifica dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità dell'azione compiuta dalla pubblica amministrazione; il D.lgs 77/1995 "Ordinamento finanziario e contabile degli enti locali", il quale introdusse il controllo di gestione e quindi, la una contabilità analitica o gestionale, stabilì la predisposizione del Piano Esecutivo di Gestione (PEG), la redazione, in sede di rendicontazione del Conto economico e la ristrutturazione del bilancio attraverso l'introduzione di una classificazione delle entrate e delle spese funzionale alla redazione del Conto economico così da agevolare il passaggio dalle rilevazioni finanziarie alle rilevazioni di costi e proventi in termini di competenza economica; il D.lgs 77/1995, che rese obbligatoria la redazione del Conto economico, da effettuarsi con il sistema di contabilità ritenuto più idoneo alle esigenze organizzative e gestionali dell'ente. (C. Manacorda, *Contabilità pubblica*, Giappichelli, Torino 2001; M. Bellesia, *Manuale di contabilità per gli enti locali*, ANCI, 2001; L. Cavallini Cadeddu, C.E. Gallo, M. Giusti, G. Ladu, M.V: Lupò Avagliano, "Contabilità di Stato e degli enti pubblici", Giappichelli, Torino 2004).

all'efficienza ed una maggiore attenzione ai criteri economici necessari da seguire per l'acquisto dei beni e servizi indispensabili per il funzionamento della P.A., con la conseguenza che il legislatore deve attenersi ai principi di parità di concorrenza e massima apertura al mercato comunitario.

Anche a livello comunitario, dunque, si afferma quanto consacrato nell'art. 97 della nostra Carta Costituzionale e prescritto dall'art. 1 della L. n. 241/1990, vale a dire che l'attività dello Stato e quella delle Pubbliche Amministrazioni deve essere sempre improntata all'efficienza, all'economicità ed alla buona amministrazione, principi questi i quali impongono il raggiungimento degli obiettivi pubblici con il minor sacrificio possibile in termini di spesa.

La materia è, inoltre disciplinata da altre norme costituzionali: l'art. 81, che sancisce il principio di copertura finanziaria, l'art. 117, comma terzo, , in tema di armonizzazione dei bilanci pubblici e di coordinamento della finanza pubblica e l'art. 119, che prevede il principio di autonomia finanziaria.

Sulle questioni a queste norme inerenti si è pronunciata la Corte Costituzionale, che, con due recentissime pronunce, ha affrontato il tema della copertura finanziaria delle leggi regionali (Sentenze n. 70/2012 e 115/2012)³

Nella sentenza n. 70/2012, la Corte Costituzionale affronta il problema delle regole del sistema contabile e dei principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica, i quali impongono, affinché si realizzi la tutela degli equilibri di bilancio, che la legislazione regionale si attenga ai precetti consacrati dall'art. 81, comma 4, della Costituzione e dichiara che non è conforme ai precetti dell'art. 81, comma 4, della Cost. realizzare il pareggio di bilancio in sede preventiva attraverso la contabilizzazione di un avanzo di amministrazione

³ Corte Costituzionale sentenza n. 70/2012: *“Non è infatti conforme ai precetti dell'art. 81, quarto comma, Cost. realizzare il pareggio di bilancio in sede preventiva attraverso la contabilizzazione di un avanzo di amministrazione non accertato e verificato a seguito della procedura di approvazione del bilancio consuntivo dell'esercizio precedente. Neppure l'effetto delle nuove norme regionali sulle disposizioni impugnate è riuscito a sanare il vizio originario. Le norme modificative dei commi 7 e 8 hanno ridotto gli stanziamenti iniziali coperti con l'avanzo di amministrazione: quindi hanno diminuito l'entità complessiva delle poste prive di copertura, lasciando tuttavia inalterato il problema che ha dato luogo all'impugnazione del Presidente del Consiglio dei ministri”*.

Corte Costituzionale sentenza n. 115/2012: *Il rispetto del precetto costituzionale fissato dall'art. 81, comma 4, della Cost. comporta “l'onere di provare la copertura delle spese conseguenti all'adozione di una legge, ogniqualvolta in essa siano previsti – ancorché sotto forma di riorganizzazione delle strutture esistenti – nuovi servizi e nuove dotazioni di risorse umane e tecniche (sentenza n. 141 del 2010). Come è stato già affermato da questa Corte, non «si può assumere che mancando nella legge ogni indicazione della così detta “copertura”, cioè dei mezzi per far fronte alla nuova o maggiore spesa, si debba per questo solo fatto presumere che la legge non implichi nessun onere o nessun maggiore onere. La mancanza o l'esistenza di un onere si desume dall'oggetto della legge e dal contenuto di essa» (sentenza n. 30 del 1959)”*.

non accertato e verificato a seguito della procedura di approvazione del bilancio consuntivo dell'esercizio precedente.

Il tema è ripreso, a distanza di qualche mese, nella sentenza n. 115/2012, contenente la definizione di "equilibrio di bilancio", il quale non si realizza soltanto attraverso il rispetto del meccanismo autorizzatorio della spesa, che viene salvaguardato dal limite dello stanziamento di bilancio, ma anche mediante la preventiva quantificazione e copertura degli oneri derivanti da nuove disposizioni e, dunque, attraverso l'indicazione dei mezzi finanziari nelle distinte leggi di spesa.

Proprio a causa della di questa, sempre più grave⁴, situazione di emergenza e della conseguente crisi del settore pubblico si sono susseguiti vari interventi legislativi, tutti volti al risanamento dei bilanci pubblici ed all'integrazione del nostro Paese nell'ambito comunitario.

I più significativi interventi in tal senso sono:

1) il D.L. 13 Maggio n. 70 (cd. Decreto sviluppo), convertito nella L. 12 luglio 2011, n. 106, il quale, ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza, ha emanato disposizioni finalizzate alla promozione dello sviluppo economico e della competitività del paese, anche mediante l'adozione di misure volte alla semplificazione dei procedimenti amministrativi concernenti, in particolare, la disciplina dei contratti pubblici, dell'attività edilizia e di quella fiscale;

2) la L. 4 Aprile 2012 n. 35, contenente disposizioni in materia di semplificazioni, che, introducendo diverse novità quali la comunicazione alla Corte dei Conti delle decisioni in materia di silenzio inadempiuto, divenute cosa giudicata, con la conseguente responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile dei dipendenti (dirigenti o funzionari) cui sia imputabile la mancata o tardiva emanazione del provvedimento amministrativo, l'individuazione della figura del superdirigente con il compito di fornire al cittadino una "tutela alternativa" a quella giurisdizionale attraverso l'adozione del provvedimento in un termine ridotto alla metà rispetto a quello che l'ufficio aveva per la sua emanazione, la

⁴ Nel prosieguo del lavoro, si spiegherà che gran parte delle responsabilità della crisi del settore pubblico è da attribuirsi alle "cattive" scelte delle Amministrazioni, che, sovente, in violazione di leggi e di tutti i fondamentali principi che dovrebbero sempre contrassegnare l'agere amministrativo, non hanno utilizzato gli strumenti a loro disposizione e sono ricorsi a macchinosi artifici per perseguire obiettivi che sarebbe stato più semplice e certamente più fruttuoso realizzare con gli strumenti per essi apprestati dal legislatore.

Ci si riferisce alla materia del pubblico impiego.

Di ciò si dirà dettagliatamente in seguito.

prescrizione della dicitura che l'atto è stato emanato in ritardo in ogni provvedimento tardivamente adottato⁵;

3) il D.L. 6 luglio 2012 n.95 convertito dalla legge 7 agosto 2012 n.135, in tema di Spending Review⁶, recante Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, cd. Spending Review bis, seguito del primo provvedimento sulla revisione della spesa pubblica, il Decreto Legge 7 maggio 2012, n. 52 (convertito con modifiche dalla Legge di conversione 6 luglio 2012, n. 94), contenente una serie di disposizioni che introducono “tagli” in diversi settori come quelli relativi alla riduzione della spesa per l'acquisto di beni e servizi e trasparenza delle procedure, alla riduzione delle dotazioni organiche delle pubbliche amministrazioni, alla razionalizzazione del patrimonio pubblico e riduzione dei costi per locazioni passive, alla riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche, riduzione di spese delle pubbliche amministrazioni.

Nelle pagine che seguiranno, per ciò che attiene alla nostra ricerca, si dimostrerà che la situazione di emergenza in cui versa il settore del pubblico impiego, particolarmente per ciò che attiene alla Dirigenza e alla Vicedirigenza, è una conseguenza della “cattiva” gestione da parte delle Amministrazioni, che ha condotto ad un'inefficiente organizzazione del Pubblico Impiego, con tutte le inevitabili conseguenze negative che ne scaturiscono.

2. Il fallimento della contrattazione collettiva nel pubblico impiego

La contrattazione collettiva nasce dalla privatizzazione⁷ del pubblico impiego, che, articolata in vari passaggi e culminata con il D.lgs. n. 165/2001, è stata introdotta, agli inizi

⁵ Secondo la nostra opinione, il provvedimento mancante dell'indicazione riguardante il ritardo nella sua adozione non sarebbe annullabile ma affetto da mera irregolarità. E' pur vero che l'omissione integra violazione di legge – ed in tal senso, la forma di invalidità applicabile sarebbe l'annullabilità ma è anche vero che l'inclusione o meno di quell'indicazione nel corpo del provvedimento non ne cambia, in alcun modo, la sostanza, cosicché si ritiene che esso sarebbe meramente irregolare.

⁶ La spending review, letteralmente “revisione di spesa”, è un processo tendente a monitorare i vari capitoli della spesa pubblica al fine di ottimizzare le risorse finanziarie disponibili, modificando le voci di spesa che comportano dispersioni di denaro ed a conseguire, in tal modo, l'efficienza del settore pubblico, introdotto in Italia a partire dal 2007 sul modello inglese della “spending review” e della “comprehensive spending review”, che sono i due tipi attraverso i quali si realizza la riduzione della spesa pubblica nel sistema anglosassone (Ernesto Raj Peshkov-chow, Spending Review 2010, Cm7942, 2010).

Sempre più spesso, il legislatore italiano è ricorso a questo strumento allo scopo di razionalizzare la spesa pubblica, con la previsione di tagli alle spese della sanità, del taglio delle Province e, per conseguenza, della “ridefinizione del perimetro di azione e della geografia istituzionale delle pubbliche amministrazioni”, che avrebbe richiesto la previa attuazione della riforma federalista, in gran parte, fermatasi.

Così attuata la spending review finisce per rivelarsi “una riforma non democratica dello Stato” (Alessandro Volpi, Università di Pisa in http://www.altreconomia.it/site/fr_contenuto_detail.php?intId=354

⁷ La privatizzazione è stata definita “parola magica che riassume in sé almeno tre termini altrettanto fascinosi, quali “contrattualizzazione”, “civilizzazione” sostanziale e processuale del rapporto di lavoro, “strumentazione gestionale” di

degli anni '90, per risolvere i problemi che si erano presentati, nel corso degli anni '80, allorché si prese coscienza del fatto che l'impiego pubblico non era in grado di eguagliare gli *standards* di efficienza e di produttività, che l'imprenditoria privata era capace di raggiungere⁸.

Per fare ciò si richiedeva che la Pubblica Amministrazione non fosse più vista nella sua tradizionale funzione autoritativa ma come ente erogatore di servizi a favore della collettività: si richiedeva un'innovazione profonda della disciplina sostanziale e processuale del settore, che, nel pieno rispetto dell'interesse collettivo, ragion d'essere della P.A., prescrivesse diverse forme di organizzazione delle risorse umane e del rapporto con i dipendenti⁹.

Nel D.P.R. 30 giugno 1957, n.3, il T.U. sugli impiegati civili dello Stato, il rapporto di pubblico impiego era tenuto nettamente distinto da quello privato dal quale si distingueva per la costituzione del rapporto con atto unilaterale della Pubblica Amministrazione, il

personale ed apparati ispirata ai metodi ed ai criteri dell'imprenditore privato (art. 5, co. 2, d. lgs. n. 29 del 1993)" (Armando Pozzi, Presidente del TRGA di Trento, La contrattazione collettiva nel pubblico impiego tra illusioni e delusioni. Dalla legge 421/1992 al d.l. n. 138/2011, in www.giustizia-amministrativa.it) e, proprio perché "parola magica", si è rivelata "illusoria". Sempre più spesso, il legislatore italiano è ricorso a questo strumento allo scopo di razionalizzare la spesa pubblica, con la previsione di tagli alle spese della sanità, del taglio delle Province e, per conseguenza, della "ridefinizione del perimetro di azione e della geografia istituzionale delle pubbliche amministrazioni", che avrebbe richiesto la previa attuazione della riforma federalista, in gran parte, fermatasi.

Così attuata la spending review finisce per rivelarsi "una riforma non democratica dello Stato" (Alessandro Volpi, Università di Pisa in http://www.altreconomia.it/site/fr_contenuto_detail.php?intId=3545).

⁸ Per il confronto tra dirigente pubblico e privato, ved. R. Capunzo, Brevi note in tema di vice-dirigenza nell'ambito della riforma della dirigenza pubblica, in Scritti in onore di Giuseppe Palma, Giappichelli editore, 2012, pagg. 903-904, che sottolinea come il dirigente pubblico sia, prima di tutto, un dipendente pubblico che svolge una determinata "mansione" per un certo lasso di tempo e che, quindi, la figura del dirigente pubblico, sebbene caratterizzata dall'importante aspetto del cd. *intuitus personae*, non è un rapporto in toto fiduciario.

⁹ Il rapporto di pubblico impiego, il cui fondamento si rinviene nella Costituzione (artt. 54, 97 e 98) è un rapporto di lavoro subordinato in virtù del quale un soggetto, funzionario, impiegato od operaio, s'impegna professionalmente e continuativamente a prestare la propria attività alle dipendenze e per le finalità di un'amministrazione pubblica verso il pagamento di una determinata retribuzione (P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, 1999, p. 109), le cui caratteristiche furono individuate dalla Sezione Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 618 del 17/2/1975, nella natura pubblica dell'ente datore di lavoro, nella correlazione dei compiti affidati al dipendente con i fini istituzionali dell'Ente (in seguito, la Cass. ritenne sufficiente che l'attività si svolgesse nell'ambito di una struttura pubblica, *Cass.*, 5-12-1980 n. 6333), nella continuità della prestazione lavorativa, nella predeterminazione della retribuzione o comunque predeterminabilità in base a criteri oggettivi di calcolo e nella professionalità, non essendo decisiva per la cui costituzione, secondo un successivo orientamento giurisprudenziale (*Cass.*, *Sez. Un.*, 21-6-1995, n. 7014), la qualificazione giuridica del rapporto indicata nell'atto di assunzione (atto formale di nomina e contratto individuale di lavoro dopo la privatizzazione), richiedendosi che risultasse in modo non equivoco la volontà della P.A. di inserire il lavoratore in modo effettivo e stabile nella propria struttura organizzativa. S. Cassese, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2009; M. P. Chiti, R. Ursi, *La dirigenza pubblica: analisi e prospettive*, Giappichelli, 2008; F. Merloni, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Il Mulino, 2006; DI GESU' - MARICA - MONTANARI, *Il rapporto di pubblico impiego*, 2000, pag. 13.

decreto di nomina, la competenza esclusiva del Giudice Amministrativo per le controversie attinenti al rapporto di lavoro, la regolazione di tutte le fasi del rapporto di lavoro degli uffici, attraverso atti unilaterali ed autoritativi della Pubblica Amministrazione.

Una prima forma di avvicinamento del rapporto di lavoro pubblico a quello privato vi fu con la Legge quadro sul pubblico impiego, L. 29 Marzo 1983, n. 83, con l'introduzione del principio di contrattualizzazione del pubblico impiego, destinato a disciplinare gli aspetti del pubblico impiego non soggetti alla riserva di legge e gli atti unilaterali della P.A., e con fissazione di importanti principi quali l'efficienza nel settore pubblico, la perequazione e la trasparenza del trattamento economico, il riassetto dei profili professionali¹⁰

L'innovazione si ebbe un decennio più tardi, con la legge 23 ottobre 1992, n. 421 e con il Decreto Legislativo 3 febbraio 1993, n.29, che estesero le norme del diritto privato al rapporto di lavoro pubblico, spostando la relativa disciplina dall'ambito amministrativo a quello privatistico, sancirono la piena applicazione della disciplina della contrattazione collettiva ed attribuirono al Datore di lavoro pubblico gli stessi poteri di gestione del rapporto propri del Datore di lavoro privato e culminò con il citato D.lgs. n. 165/2001, contenente le norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, equiparato a quello privato sotto diversi profili che attengono principalmente all'ampliamento norme della contrattazione collettiva e alla semplificazione della relativa procedura con la previsione di un apposito organo, l'ARAN, delegato a rappresentare la Pubblica Amministrazione nella contrattazione collettiva, alla fruizione piena dei diritti sindacali previsti dal Titolo III dello Statuto dei Lavoratori, la legge 300 del 1970, che trova applicazione in tutte le Pubbliche Amministrazioni indipendentemente dal numero di dipendenti, al riallineamento della disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici a quella privatistica sotto il profilo della mobilità individuale e collettiva, alla devoluzione del contenzioso in materia al Giudice Ordinario, in funzione di Giudice del Lavoro, con la sola eccezione di quello attinente alla procedure concorsuali e di quello relativo ai rapporti di lavoro sottratti alla c.d. privatizzazione, ed alla disciplina della

¹⁰ Stante il vincolo costituzionale sancito dall'art. 97 della Costituzione, la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego era l'unica via percorribile per avvicinare il lavoro pubblico a quello privato e conseguire, così, gli obiettivi di efficienza e di economicità, che il legislatore si era prefisso. Con la n. 421 del 23 ottobre 1992, fu data delega al Governo ad emanare entro 90 giorni dalla data della sua entrata in vigore, uno o più decreti legislativi per la razionalizzazione ed il controllo della spesa per il settore del pubblico impiego. Forti critiche al disegno di legge, poi, convertito nella L. 29 Marzo 1983, n. 83, introdusse un "*primo riparto di competenza tra legge e contrattazione*" (Francesco Caringella, Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali, Giuffrè, 2011), con la riserva di legge delle materie ritenute strategiche, demandandosi le altre, prevalentemente attinenti alla disciplina degli aspetti economici del rapporto, alla contrattazione collettiva. Gianclaudio Di Festa, Contabilità degli enti locali e contrattualistica pubblica, Giuffrè, 2012.

Dirigenza Pubblica ispirata a criteri di managerialità ed assoggettata a controlli volti a verificare che l'attività dei Dirigenti non sia più misurata soltanto in relazione ai parametri della legalità ma anche dal punto di vista della rispondenza dei risultati effettivamente conseguiti rispetto agli obiettivi programmati.

Veniva, così, attuata la privatizzazione del pubblico impiego, la quale avrebbe dovuto assicurare efficienza, economicità e produttività ma che, sin da subito, ha mostrato tutte le sue criticità sotto vari aspetti, ivi compreso sotto quello del riparto di giurisdizione, cosicché, può ben dirsi che essa si è rivelata fallimentare.

Una prima causa della cattiva riuscita della riforma risiede nell'incertezza che il legislatore ha manifestato¹¹ in ordine alle categorie da privatizzare.

Infatti, in un primo momento, dalla contrattualizzazione fu esclusa, a causa del suo ruolo "parapolitico", l'alta Dirigenza, scelta condivisa dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 313 del 25 luglio 1996, poi, cancellata dalla L. Bassanini n. 59/1997, che privatizzò l'intero settore della gerarchia di vertice; ma, le deficienze del sistema sono molteplici:

1) l'incompletezza dell'innovazione, che investe i lavoratori ma non il datore di lavoro che, in quanto soggetto di diritto pubblico, è tenuto al rispetto dei precetti costituzionali ed, in particolare, gli artt. 54, 97 e 98 Cost.;

2) l'inadeguatezza a raggiungere l'obiettivo del contenimento della spesa per il personale: lo dimostrano vari interventi legislativi tra cui l'art. 60, comma 5, del d. lgs. n. 29/1993, che aveva previsto in capo ai servizi ispettivi di finanza della Ragioneria generale dello Stato, eventualmente in coordinamento anche con altri analoghi servizi, un ampio e penetrante potere di valutazione e verifica delle spese, con particolare riferimento agli oneri dei contratti collettivi nazionali e decentrati, nonché di denuncia alla Corte dei conti delle irregolarità riscontrate;

3) le difficoltà connesse al riparto di giurisdizione¹²;

¹¹ Armando Pozzi, Presidente del TRGA di Trento, La contrattazione collettiva nel pubblico impiego tra illusioni e delusioni. Dalla legge 421/1992 al d.l. n. 138/2011, op. cit.

¹² L'art. 63 del D.Lgs. n. 165/2001 assegna al Giudice ordinario la giurisdizione generale per tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e, in particolare, l'assunzione al lavoro, l'indennità di fine rapporto, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, le controversie relative ai comportamenti antisindacali, alla contrattazione collettiva promosse dall'ARAN, dalla P.A. o dalle organizzazioni sindacali, nonché le controversie aventi ad oggetto le indennità di fine rapporto, qualunque ne sia la denominazione e la modalità di corresponsione. Al giudice amministrativo è, invece, riservata la giurisdizione sulle procedure di ammissione al rapporto di lavoro (concorsi), trattandosi di atti che evidentemente conservano natura pubblicistica in quanto antecedenti alla costituzione del rapporto e, quindi, non influenzati dalla sua privatizzazione (oltre alla giurisdizione inerente ai rapporti facenti capo alla descritta una serie di categorie non privatizzate espressamente individuate: commi 4 e

4) il ruolo dei sindacati, con la creazione di una “*sorta di unilateralismo alla rovescia*”¹³ e la contrattazione divenuta, nei fatti, una fonte di diritto sindacale nonché con la ridefinizione dei sistemi di inquadramento in modo da favorire la progressione degli interni a scapito dei concorsi pubblici.

E’ questo, a nostro giudizio, l’effetto più negativo della contrattazione collettiva, che ha fatto sì che le Pubbliche Amministrazioni avessero un pretesto per non bandire nuovi concorsi pubblici e far ricorso continuativamente ed esclusivamente al conferimento di incarichi dirigenziali, omettendo, da un lato, di riconoscere l’accesso alla Dirigenza a coloro i quali ne avevano diritto e, dall’altro, di reclutare i nuovi Dirigenti tramite il concorso pubblico, il solo in grado di assicurare la scelta dei migliori, nel rispetto dei principi costituzionali (artt. 97 e 51 della Costituzione).

Da ultimo, il sistema della contrattazione collettiva è stato innovato dal Dlgs 27 ottobre 2009, n. 150, attuativo della legge n°15 del 2009 (cd. Riforma Brunetta)¹⁴, che, all’art. 54, modificando l’art. 40 del D.lgs n. 165/2001, ha stabilito una nuova ripartizione tra materie riservate alla legge statale e alla contrattazione collettiva e, muovendo dalla bocciatura in sede costituzionale (Sentenza n. 81/2010) del generale meccanismo dello spoils system¹⁵, è

5). Conseguentemente, secondo la giurisprudenza, “*in tema di lavoro pubblico contrattualizzato e ai fini del riparto della giurisdizione, atteso che le progressioni - secondo disposizioni di legge o di contratto collettivo - all’interno di ciascuna area professionale o categoria, sia comportanti l’acquisizione di posizioni retributive più elevate che di qualifiche superiori, non rientrano nelle procedure concorsuali (art. 63, comma 4, d.lg. n. 165 del 2001) ma nelle procedure che l’amministrazione pone in essere con le capacità e i poteri di diritto privato del datore di lavoro, spetta alla giurisdizione ordinaria la controversia concernente l’esclusione dalla procedura di riqualificazione interna indetta dal Ministero della Giustizia - Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria - per la copertura di posti dell’area C, posizione economica C3, profilo professionale di "esperto informatico", riservata al personale dipendente dell’amministrazione già inquadrato nelle posizioni economiche C1 e C2 della stessa area (Cassazione civile, sez. un., 31 ottobre 2008, n. 26295).*”

Sulle questioni di riparto di giurisdizione nella controversa materia dei concorsi per l’assunzione nei ranghi della P.A., sono intervenute le Sezioni Unite (Cass. civ. Ordinanza, Sez. SS.UU., 20 aprile 2006, n. 9168), componendo l’accesso dibattito insorto anche con alcune sezioni del Consiglio di Stato, stabilendo, in linea generale, che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di concorsi interni, quando questi ultimi comportino un passaggio da un’area ad un’altra, mentre rimangono attratte alla generale giurisdizione del giudice ordinario le controversie attinenti a concorsi interni che comportino il passaggio da una qualifica ad un’altra, ma nell’ambito della medesima area, ossia senza novazione oggettiva del rapporto di lavoro.

¹³ R. Perez, «Piano Brunetta» e la riforma della pubblica amministrazione, Maggioli Editore, 2010; Il sistema amministrativo italiano, a cura di L. Torchia, Il Mulino, Bologna, 2009

¹⁴ S.Battini- B.Cimino, La valutazione della performance nella Riforma Brunetta, in *Ideologia e tecnica nel lavoro pubblico*, a cura di L. Zoppoli, ESI, Napoli, 2009; BARUSSO E., *Selezione e carriera del personale*, Giuffrè, *Cosa & Come*, Milano, 1999, 242.

¹⁵ Lo Spoil system è un meccanismo di sostituzione, della dirigenza pubblica in posizione verticistica in occasione del cambio di Governo, eliminato dal nostro ordinamento a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 81/2010 e della Riforma Brunetta.

La Corte Costituzionale, richiamando le proprie precedenti sentenze in materia, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 2, comma 161, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262 (Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria), convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2006, n. 286, nella parte in cui dispone che gli incarichi conferiti al personale di cui al comma 6, dell’art. 19, del decreto legislativo 30 marzo

intervenuto anche ad eliminare dall'ordinamento la possibilità di cessazione automatica degli incarichi di livello dirigenziale generale e non, a seguito del cambiamento del Governo, limitando il regime della cessazione automatica solo per gli incarichi apicali previsti dal comma 3 dell'art.19, in ragione dell'elevato contenuto fiduciario proprio di tali funzioni.

Con la riforma Brunetta, pertanto, il sistema dello spoil system non esiste più ed il conferimento incarichi di funzione dirigenziale torna al regime previgente, il d.l. 262/2006, con la previsione che gli incarichi di funzione dirigenziale cessano decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo.

3. La dirigenza e l'attribuzione di incarichi dirigenziali: il rapporto tra politica e amministrazione

La legge alla quale si deve l'istituzione della Dirigenza e' il DPR 748\72, emanata in attuazione della legge 775\70, decreto (748\72) che aveva modificato il "nomen iuris" delle vecchie qualifiche della Carriera Direttiva Ordinaria come individuate all'art. 1 e 153 del dpr 3\57 trasformandole in nuovi ruoli e qualifiche dirigenziali individuate all'art. 1,

2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), conferiti prima del 17 maggio 2006, «cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto».

Sul punto, si veda R. Capunzo, Brevi note in tema di vice-dirigenza nell'ambito della riforma della dirigenza pubblica, pag. 902, op. cit., dove su spiega come il sistema introdotto dallo spoil system avesse creato un *nulnus* al principio della separazione della politica dall'amministrazione al punto da richiedere l'intervento della Corte Costituzionale (Sentenza n. 233/2006).

Nella sentenza n. 81/2010, la Corte Costituzionale dichiara: «È necessario, pertanto, garantire, come questa Corte ha già chiarito, «la presenza di un momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti, nell'ambito del quale, da un lato, l'amministrazione esterni le ragioni – connesse alle pregresse modalità di svolgimento del rapporto anche in relazione agli obiettivi programmati dalla nuova compagine governativa – per le quali ritenga di non consentirne la prosecuzione sino alla scadenza contrattualmente prevista; dall'altro, al dirigente sia assicurata la possibilità di far valere il diritto di difesa, prospettando i risultati delle proprie prestazioni e delle competenze organizzative esercitate per il raggiungimento degli obiettivi posti dall'organo politico e individuati, appunto, nel contratto a suo tempo stipulato».

L'esistenza di una preventiva fase valutativa – ha puntualizzato la Corte con le suindicate sentenze – risulta essenziale anche per assicurare, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), «il rispetto dei principi del giusto procedimento, all'esito del quale dovrà essere adottato un atto motivato che, a prescindere dalla sua natura giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato, consenta comunque un controllo giurisdizionale. Ciò anche al fine di garantire – attraverso la esternazione delle ragioni che stanno alla base della determinazione assunta dall'organo politico – scelte trasparenti e verificabili, in grado di consentire la prosecuzione dell'attività gestoria in ossequio al precetto costituzionale della imparzialità dell'azione amministrativa».

In definitiva, in presenza di tali incarichi – che devono essere sempre conferiti nel rigoroso rispetto delle condizioni prescritte dal comma 6, dell'art. 19, le quali impongono, tra l'altro, che «la professionalità vantata dal soggetto esterno non sia rimovibile nei ruoli dell'amministrazione» (sentenza n. 9 del 2010) – l'amministrazione stessa è tenuta a garantire la distinzione funzionale tra attività di indirizzo politico amministrativo e attività gestionale, in attuazione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'azione dei pubblici poteri.

7.— Deve, pertanto, essere dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 161, del decreto-legge n. 262 del 2006, per violazione degli artt. 97 e 98 della Costituzione, nella parte in cui dispone che gli incarichi conferiti al personale di cui al comma 6, dell'art. 19, del d.lgs. n. 165 del 2001 «conferiti prima del 17 maggio 2006, cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto».

51 e 76 del DPR 748\72, e previsto all'art. 24 dello stesso decreto, che la progressione in carriera si dovesse realizzare per anzianità di servizio e giudizi di non demerito (questi ultimi espressi nei Rapporti Informativi annuali con l'attribuzione di un punteggio legato alla bontà delle prestazioni del Dirigente) e “ secondo il turno di anzianità nel Ruolo”, ovviamente della stessa Carriera Direttiva Ordinaria, disciplinata dal dpr 3\57 e ristrutturata dal dpr 748\72.

La previsione era confermata dagli artt. 1 ,5, 6 e 17 della legge 312\80, che aveva soppresso i rapporti informativi ed escluso dall'inquadramento nelle otto qualifiche funzionali (istituite dalla stessa legge) il personale assunto nei ruoli della suddetta carriera direttiva ordinaria, personale le cui prestazioni lavorative continuavano ad essere valutate attraverso i rapporti informativi, rapporti informativi salvaguardati ai sensi del suddetto art. 17 della legge 312\80, anche per il personale assunto nei ruoli della ex Carriera Direttiva Speciale, che aveva titolo ad accedere alla Dirigenza ai sensi dell'art. 22 settimo comma, lett. a) del dpr 748\72, della legge 301\1984, del d.l. 154\86 convertito nella legge 341\86 attraverso i “Corsi di Formazione Dirigenziale” .

L'art. 59 del DPR 748\72 aveva precisato inoltre, che l'equivalenza tra le qualifiche sopresse e quelle dei Dirigenti dovesse realizzarsi attraverso la corrispondenza tra le funzioni già attribuite alle qualifiche sopresse (Consigliere di III Classe, Consigliere di II Classe, Consigliere di I Classe, Direttore di Sezione, Direttore di Divisione, Ispettore Generale, Direttore Generale) e le nuove qualifiche (Dirigenziali) come individuate all'art. 1 e 51 del DPR 748\72 (Consigliere, Direttore di Sezione, Direttore Aggiunto di Divisione, Primo Dirigente, Dirigente Superiore, Dirigente Generale), funzioni individuate rispettivamente agli articoli da 154 a 159 del dpr 3\57 e agli articoli da 2 a 16 del dpr 748\72

Pertanto, i pubblici dipendenti, appartenenti ai ruoli della carriera direttiva ordinaria, il cui diritto ad essere inquadrati nella Dirigenza si vuole dimostrare, erano approdati al ruolo dirigenziale sostenendo e vincendo un pubblico concorso, la cui graduatoria diveniva immediatamente operativa ai sensi dell'art. 10 della legge 397\75, e affrontando, prima di accedere alle mansioni, un periodo di prova.

Con il citato il D.P.R. 30 Giugno 1972, n. 748 fu istituita la Dirigenza, che divenne, così, il grado più alto delle carriere del pubblico impiego ma, fino a quel momento, questo grado era occupato da coloro che rivestivano i ruoli più elevati della carriera direttiva ordinaria, i

quali, pertanto, sarebbero dovuti essere necessariamente inquadrati nelle funzioni dirigenziali¹⁶

Detto inquadramento ed il contestuale riconoscimento dello *status* di Dirigenti sarebbe dovuto avvenire, ai sensi dell'art. 1 del D.P.R. n. 748/1972, sulla base dei requisiti dell'anzianità di servizio e di giudizi di non demerito effettuati attraverso i rapporti informativi, i quali ultimi sono stati soppressi ex art. 17 della L. n. 312/1980, che ha fatto *“salve le relazioni previste, al termine del periodo di prova, per la conferma in ruolo nonché i rapporti informativi e i giudizi complessivi annuali relativi al personale che ha titolo per accedere a posti dirigenziali per quanto richiesto dall'articolo 22, settimo comma, lettera a) , del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1972, n. 748, avendo riguardo alle posizioni del nuovo ordinamento che saranno indicate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri”*, nonché ai sensi dell'art. 117 della stessa legge, che ha soppresso i rapporti informativi e i giudizi complessivi annuali, salvo quanto previsto dal secondo comma del citato art. 17.

Appare evidente che:

1) il personale appartenente ai ruoli della carriera direttiva ordinaria con l'inquadramento nella nona qualifica funzionale, e' stato di fatto retrocesso in carriera, dal momento che ai sensi degli artt. 1,5 e 6 della legge 312\80, dallo stesso inquadramento (nella nona qualifica funzionale), era stato escluso il personale dei "Ruoli ad Esaurimento" con qualifica di Direttore di Divisione e Ispettore Generale, appartenente alle carriere direttive speciali istituite dagli artt. 54 e 57 del dpr 16\56, successivamente sopresse dall'art 14 della legge 1077\70; personale la cui carriera (direttiva speciale) era considerata inferiore

¹⁶ Per un *excursus* degli interventi normativi in materia di dirigenza, R. Capunzo, Brevi note in tema di vice-dirigenza nell'ambito della riforma della dirigenza pubblica, op. cit.

L'istituzione della Dirigenza, all'interno dell'apparato organizzativo amministrativo, nasceva dall'esigenza di sottrarre l'alta burocrazia alla dipendenza gerarchica del Ministro; a ciò valsero l'attribuzione a degli specialisti del management non solo di compiti di gestione e di specializzazione ma anche di autonomi poteri di decisione e poteri negoziali per conto e in nome dell'amministrazione.

A questo scopo, con il D.P.R. 30 giugno 1972, n. 748, la Dirigenza dello Stato fu articolata in tre qualifiche gerarchicamente ordinate: primo dirigente, dirigente superiore, dirigente generale; cui si aggiungevano qualifiche ancora superiori in alcune amministrazioni (prefetti di prima classe, nell'amministrazione dell'Interno, Ministri plenipotenziari e ambasciatori, nell'amministrazione degli Esteri).

In realtà, la riforma del 1972, risentiva ancora della concezione tradizionale dell'organizzazione statale NIGRO – *Riforma dell'amministrazione e riorganizzazione dei ministeri*, in Foro amministrativo, 1974. Il decentramento dei poteri ai Dirigenti era limitato sia in relazione ai tetti dei poteri di spesa dei Dirigenti e all'esclusione di alcune categorie di atti sia per alcune sue caratteristiche, che erano quelle del modello gerarchico (come i poteri del Ministro di annullare, per motivi di legittimità, e revocare o riformare, per motivi di merito, gli atti dei dirigenti e di decidere i ricorsi gerarchici sugli atti non definitivi dei dirigenti medesimi, ai sensi dell'art. 3 del D.P.R. n. 748 del 1972 ed i poteri, sempre del Ministro, di riservare a se', ovvero di avocare l'adozione di provvedimenti di concessione, autorizzazione, licenza etc. ex art. 7, lettera m) del D.P.R. citato) ARCIDIACONO – *La gerarchia nelle recenti leggi di riforma dell'amministrazione* – Milano, 1975.

alla prima ex artt. 60 ultimo comma dpr 748\72, 33 del dlgs 105\1990, del dpr 16\98 del dpr 3\1957 e 16 del dpr 959\62;

2) la qualifica di Direttore Aggiunto di Divisione e qualifiche equiparate, era riservato al personale assunto nei ruoli Dirigenziali della carriera direttiva ordinaria disciplinata dal dpr 748\72¹⁷, che ripropone modificate nel loro *nomen iuris* le qualifiche della carriera direttiva ordinaria di cui all'art. 1 e 153 del dpr 3\57, carriera direttiva istituita con dpr 16\56 nella quale e' confluito il ruolo degli impiegati civili dello Stato di gruppo "A" di cui al R.D. 2395\1923.

3) le qualifiche direttive del personale di gruppo "A", confluito nei ruoli della carriera direttiva ordinaria di cui all'art. 12, 72 e 73 del D.P.R. 16/1956, sono state ridefinite nelle qualifiche dirigenziali individuate dall'art. 1 e 51 d.p.r. 748/72.

Da quanto esposto deve necessariamente concludersi che gli appartenenti alla carriera direttiva ordinaria avevano ed hanno il diritto ad essere inquadrati nel ruolo dei dirigenti ai sensi dell'art. 72, 15 e 23 del D.Lgs. 165/01, diritto che è imprescrittibile in quanto fondamentale ed inviolabile, rientrante tra quelli che la Carta Costituzionale(art.2) riconosce e garantisce all'individuo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità¹⁸.

Nel senso dell'imprescrittibilità dell'azione si è, più volte, espressa la Corte di Cassazione (Cass. Civ., Sez. lav., 15 Febbraio 1988, n. 1614; Cass. Civ., Sez. un., 28 Luglio 1986, n. 4812; Cass. civ., Sez. Lav., 20 Febbraio 1988, n. 1816), secondo la quale *“L'anzianità di servizio non è uno status (o un elemento costitutivo di uno status) del lavoratore subordinato né un distinto bene della vita oggetto di autonomo diritto, ma rappresenta la dimensione temporale del rapporto di lavoro e, nell'ambito di questo, il presupposto di specifici diritti (come quello all'indennità di anzianità o al risarcimento del danno*

¹⁷ Il D.P.R. n. 748/1972 , che rappresenta la formale data di nascita della dirigenza nelle amministrazioni dello Stato, determinò solo una parziale degradazione della tradizionale posizione di piena supremazia gerarchica del Ministro in una supremazia generale, destinata a manifestarsi soprattutto sull'attività degli uffici e solo eventualmente sui singoli atti (R. Capunzo, Brevi note in tema di vice-dirigenza nell'ambito della riforma della dirigenza pubblica).

¹⁸ Lo scorporo tra la carriera dirigenziale e la carriera direttiva, attuato con il D.P.R. n. 748/1972, allo scopo di porre un freno alla relazione gerarchica tra politica e burocrazia non fu realizzato, tant'è che il dibattito fu ripreso alla fine degli anni '80 (Mirabella Maurizio; Di Stefano Massimo; Altieri Andrea, Corso di diritto amministrativo, Giuffrè 2009) determinò l'effetto perverso di creare disparità di trattamento tra coloro che rivestivano le posizioni più elevate della carriera direttiva ordinaria e coloro che erano andati ad occupare i posti della neonata carriera dirigenziale.

Ciò perché le Amministrazioni non solo non hanno fatto corretta applicazione delle norme esistenti e di quelle via via emanate ma, cosa più grave, per colmare la vacanza dei posti dirigenziali sono ricorse al puntuale conferimento di incarichi dirigenziali, in tal modo, aggravando quella commistione tra politica e Amministrazione che proprio l'Istituzione della Dirigenza doveva arginare; il tutto con un maggior aggravio della spesa pubblica.

per omissione contributiva). Pertanto, detta anzianità, come non può essere oggetto di atti di disposizione (traslativi o abdicativi), cos'è non è suscettibile di un'autonoma prescrizione distinta da quella di ciascuno dei singoli diritti che su di essa si fondano e può essere sempre oggetto di accertamento giudiziale purchè la relativa domanda sia sorretta da adeguato interesse....”.

In sintesi, nel quadro di riforma del pubblico impiego, che con la contrattualizzazione e l'istituzione della Dirigenza avrebbe dovuto assicurare una maggiore efficienza, economicità e competitività del settore pubblico, svincolando l'apparato amministrativo da condizionamenti politici, le Pubbliche Amministrazioni non hanno riconosciuto l'accesso ai ruoli dirigenziali a coloro che, per primi, avrebbero dovuto ricoprirne i posti (gli appartenenti alla carriera direttiva ordinaria)¹⁹ e, per colmare le vacanze di personale, hanno fatto costante ricorso ad uno strumento, che ha carattere eccezionale e straordinario, quello della reggenza e del conferimento di incarichi dirigenziali²⁰.

Le conseguenze sono state inevitabilmente negative sia nel senso che non sono stati conseguiti i risultati cui la riforma mirava²¹ sia nel senso che, in violazione dei principi costituzionali (art.97 Cost.) nonché di quelli che devono guidare l'azione amministrativa, è stato “sprecato” denaro pubblico.

4. La vicedirigenza

La Vicedirigenza, che la comune opinione ascrive alla L. n. 145/2002, (la cui interpretazione ha dato origine a molte dispute dottrinarie²², con la quale è stato inserito nel

¹⁹ Nel prosieguo della trattazione si dirà che in analoghe violazioni di legge le Amministrazioni sono incorse quanto ai Vicedirigenti.

²⁰ Sui limiti temporali degli incarichi dirigenziali, R. Capunzo, Brevi note in tema di vice-dirigenza nell'ambito della riforma della dirigenza pubblica, pagg. 898, 899, op. cit.

²¹ Lo scopo cui l'istituzione della Dirigenza mirava non fu conseguito, anzi, per tutto quanto è stato spiegato, con l'illegittimo comportamento delle Amministrazioni, che hanno fatto abuso del conferimento di incarichi dirigenziali, la situazione è peggiorata e la Dirigenza è stata sempre più ancorata al potere politico. Proprio questa è stata la *ratio* della Riforma Brunetta, dopo che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 81/2010, aveva dichiarato l'illegittimità delle norme sullo *spoils system*.

²² L'istituzione della Dirigenza, all'interno dell'apparato organizzativo amministrativo, nasceva dall'esigenza di sottrarre l'alta burocrazia alla dipendenza gerarchica del Ministro; a ciò valsero l'attribuzione a degli specialisti del management non solo di compiti di gestione e di specializzazione ma anche di autonomi poteri di decisione e poteri negoziali per conto e in nome dell'amministrazione.

A questo scopo, con il D.P.R. 30 giugno 1972, n. 748, la Dirigenza dello Stato fu articolata in tre qualifiche gerarchicamente ordinate: primo dirigente, dirigente superiore, dirigente generale; cui si aggiungevano qualifiche ancora superiori in alcune amministrazioni (prefetti di prima classe, nell'amministrazione dell'Interno, Ministri plenipotenziari e ambasciatori, nell'amministrazione degli Esteri).

In realtà, la riforma del 1972, risentiva ancora della concezione tradizionale dell'organizzazione statale NIGRO – *Riforma dell'amministrazione e riorganizzazione dei ministeri*, in Foro amministrativo, 1974. Il decentramento dei poteri ai Dirigenti era limitato sia in relazione ai tetti dei poteri di spesa dei Dirigenti e all'esclusione di alcune categorie di atti sia per alcune sue caratteristiche, che erano quelle del modello

D.lgs. n. 165/2001 l'art. 17-bis, in realtà è molto più risalente, giacché ad essa faceva già riferimento la L. 11 Luglio 1980 n. 312.

Alla L. n. 145/2002 si deve soltanto l'istituzione della Vicedirigenza come area, divenuta separata dopo l'entrata in vigore del D.L.30/06/2005, n.145, convertito, con modificazioni, nella L. 17/08/2005, n.168 ma la figura del Vicedirigente era già contemplata dall'ordinamento, tanto che alcuni autori, considerando che la Vicedirigenza era stata già prevista con varie disposizioni *ad hoc* per alcuni settori dell'Amministrazione pubblica, l'hanno definita come una "*novità dal profumo antico*"²³

L'esame della L. n. 312/1980²⁴, unita a quello di disposizioni di altre leggi, conduce alla conclusione che la Vicedirigenza non è stata creata con la citata L. n. 145/2002 ma esisteva già anteriormente alla L. n. 312/1980, che, all'art. 109 (il quale ricade sotto la previsione dell'art. 1 della medesima legge, che stabilisce l'ambito di applicazione della Legge, ovvero il personale di tutte le Amministrazioni dello Stato), la descrive come già rivestita dagli impiegati civili delle Amministrazioni dello Stato appartenenti ai ruoli dallo stesso previsti, e, all'art. 101, la istituisce in capo al personale dell'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato.

Per il caso specifico del personale dei Monopoli di Stato, l'art.101 prevede l'inquadramento delle qualifiche funzionali rispettivamente di "Ispettore tecnico" nel profilo professionale di "Vicedirigente tecnico", di "Ispettore amministrativo" in quello di "Vicedirigente amministrativo", di "Ispettore superiore tecnico" e di "Vice direttore di stabilimento" in quello di "Vice dirigente tecnico" e di "Ispettore superiore amministrativo".

Mentre i dipendenti di tutte le Amministrazioni dello Stato sono indicati dalla norma già come Vicedirigenti (l'art. 109 della L. n. 312/1980 espressamente prevede l'accesso alle qualifiche dirigenziali per coloro che avevano maturato una certa anzianità di servizio nel profilo professionale della Vicedirigenza), per il personale dell'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato l'art. 101 prescrive il loro inquadramento nel profilo professionale di Vicedirigenti.

gerarchico (come i poteri del Ministro di annullare, per motivi di legittimità, e revocare o riformare, per motivi di merito, gli atti dei dirigenti e di decidere i ricorsi gerarchici sugli atti non definitivi dei dirigenti medesimi, ai sensi dell'art. 3 del D.P.R. n. 748 del 1972 ed i poteri, sempre del Ministro, di riservare a se', ovvero di avocare l'adozione di provvedimenti di concessione, autorizzazione, licenza etc. ex art. 7, lettera m) del D.P.R. citato) ARCIDIACONO – *La gerarchia nelle recenti leggi di riforma dell'amministrazione* – Milano, 1975.

²³ Garufi Carmelo, La Vicedirigenza nello Stato: un notevole ritardo nell'attuazione della legge, in www.diritto.net

²⁴ Franco Bolognini, *Itinerarium cordis. Scritti minori*: 3, Giuffrè, 2003

Perciò, il diritto di accedere²⁵ alla Dirigenza spetta ai dipendenti di ogni Amministrazione dello Stato, secondo il disposto dell'art. 1 della L. n. 312/1980, che definisce l'ambito di applicazione della Legge (*“Le disposizioni contenute nel presente titolo si applicano agli impiegati civili ed agli operai delle amministrazioni dello Stato destinatari del D.P.R. 11 maggio 1976, n. 268”*), ivi compreso il personale dell'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato.

A dimostrazione dell'assunto che la Vicedirigenza era radicata nel nostro ordinamento già prima della L. n. 312/1980 e che, conseguentemente, i Vicedirigenti hanno il diritto di accedere alla Dirigenza concorrono ulteriori considerazioni basate su precisi dati normativi e giurisprudenziali, nonché sulla *ratio* stessa della norma istitutiva della Vicedirigenza (la L. n. 312/1980):

1) la posizione di coloro che appartenevano ai ruoli più elevati delle carriere direttive di cui al D.P.R. n. 3/1957, soppresse dall'art. 147 del D.P.R. n. 1077/1970, al momento della soppressione della carriera²⁶, era intermedia tra coloro che occupavano la posizione più elevata dei posti ad esaurimento dell'ex carriera direttiva speciale e coloro che si trovavano nella più bassa qualifica della carriera di concetto, con la conseguenza che l'istituzione della Vicedirigenza era la necessaria risposta, al fine di evitare che si creassero ingiuste ed inammissibili situazioni di disparità di trattamento, all'esigenza di assicurare al personale delle carriere direttive speciali soppresse di cui sopra l'accesso alla Dirigenza;

2) le qualifiche funzionali istituite dalla medesima L. n. 312/1980 (artt. 1,4, 5 e 6) sostituivano le “carriere” degli impiegati civili dello Stato, come individuate dal D.P.R. n. 3/1957 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato), ad esclusione della carriera direttiva ordinaria, disciplinata dal D.P.R. n. 748/1942, nonché delle qualifiche più elevate del R.E., provenienti dall'ex carriera direttiva speciale soppressa dall'art. 147 del D.P.R. n. 1077/1970);

3) vige il divieto del “duplice salto” di carriera, secondo quanto dichiarato dalla Corte Costituzionale nella sentenze n. 320/1997, n. 1/1999 e n. 194/2002 (NOTA 23) e, dunque, la Vicedirigenza non può che corrispondere alla nona qualifica, coincidente con la categoria dei quadri ex art. 2095 cod. civ., immediatamente inferiore alla Dirigenza (categoria nella

²⁵ Un'accurata disamina delle problematiche inerenti al riparto di giurisdizione, che riguardano le azioni intraprese da coloro che avanzano la pretesa ad accedere alla Dirigenza in quanto già vice dirigenti è affrontata, in favore del G.A., è contenuta in R. Capunzo, Brevi note in tema di vice-dirigenza nell'ambito della riforma della dirigenza pubblica, pagg. 909- 910, op. cit.

²⁶ E. Brandolini, Concorsi, Esiti negativi e Ricorsi. La casistica giurisprudenziale di accoglimento, Halley Editrice, 2006

quale veniva inquadrato, durante il periodo di prova, il personale assunto nella categoria intermedia dei Vicedirigenti, proveniente dalla VII, VIII e IX qualifica funzionale, secondo le modalità previste dall'art. 109 della L. n. 312/1980), diversamente dovendosi inevitabilmente ritenersi nulli tutti i concorsi pubblici per l'accesso alla Dirigenza, riservati in percentuale al personale interno;

4) la previsione di cui ai citati artt. 101 e 109 risulta in linea con quanto disposto dagli artt. 6 e 8 della L. n. 301/1984, ai sensi dei quali, a partire dal 1984 e fino alla legge di riforma della Dirigenza, i posti resisi liberi nella Dirigenza al 31 Dicembre di ogni anno, sarebbero stati conferiti tramite concorso pubblico per titoli ed esami al personale dipendente delle pubbliche amministrazioni in possesso del diploma di laurea, appartenente alle qualifiche dell'area direttiva (VII ed VIII qualifica funzionale) con almeno cinque anni di servizio nella qualifica stessa, personale per il quale il D.L. n. 9/1986, convertito nella L. n. 78/1986, aveva istituito la nona qualifica funzionale.

Quanto esposto dimostra che la Vicedirigenza, già esistente, per i dipendenti delle Amministrazioni statali, al momento dell'entrata in vigore della L. n. 312/1980, che, per il personale dei Monopoli di Stato, ne ha istituito il relativo profilo professionale, coincide con la nona qualifica funzionale, immediatamente inferiore alla qualifica più elevata (la Dirigenza), intermedia tra quest'ultima e quella degli impiegati, Vicedirigenza alla quale appartiene il personale partecipante ai concorsi indetti per l'accesso alla Dirigenza ed alla quale appartengono i pubblici dipendenti della VII ed VIII qualifica cui si riferisce l'art. 109 della L. n. 312/1980, nonché il personale dell'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato, ai sensi dell'art. 101 della medesima legge.

Per questi ultimi, l'art.5 del D.L. n. 283/1981 stabiliva, inoltre, le modalità di accesso al profilo professionale di Vicedirigente e, precisamente, nella misura del 70 per cento del fabbisogno di personale, mediante pubblico concorso; nella misura del 20 per cento del predetto fabbisogno mediante concorsi interni, per esami, riservati ai dipendenti della quinta qualifica; nella restante misura del 10 per cento, mediante prova pratica alla quale poteva partecipare il personale appartenente alla medesima qualifica con profilo diverso; e l'art. 6 dello stesso Decreto stabiliva che quanto era previsto per il personale dei Monopoli di Stato dovesse essere esteso anche al personale di altri settori del pubblico impiego, al fine di realizzare parità funzionale e retributiva in base al quadro di equiparazione ed alla tabella riportata dall'art. 101 della L. n. 312/1980.

Anche quanto alla Vicedirigenza, perciò, le Amministrazioni, col proprio comportamento inerte ed irriguardoso delle norme di legge nonché dei più elementari principi dell'*agere* amministrativo, hanno contribuito a creare quella situazione di crisi del sistema pubblico, il cui effetto più evidente è rappresentato dal deficit dei bilanci pubblici ma che si riflette nella crisi dell'intera Pubblica Amministrazione, tutt'altro che competitiva ed efficiente, che erano gli scopi cui la privatizzazione tendeva.

5. Conclusioni

Nelle pagine che precedono si è spiegato che l'obiettivo principale dello Stato e degli Enti pubblici, che si rispecchia in varie norme costituzionali, è controllare e razionalizzare la spesa pubblica ed è stata fornita la nozione di spesa pubblica, la cui riduzione il raggiungimento degli obiettivi pubblici di efficienza, efficacia e buona amministrazione richiede.

E' stato anche detto che oggi, così come nella seconda metà degli anni '80, la crisi economica è di ostacolo al processo di integrazione europea e sono stati elencati i principali interventi legislativi *ad hoc*.

Detti interventi, drasticamente, cercano di tamponare una situazione che, da tempo, si trascina e le cui cause vanno ricercate non tanto nella crisi economica mondiale ma nell'inefficienza delle Pubbliche Amministrazioni, che, specie nel pubblico impiego, hanno fatto abuso dei propri poteri, con conseguenze gravissime in termini sia di deficit economico sia di negazione dei diritti costituzionali ed inviolabili dei pubblici dipendenti.

Ciò è quanto avvenuto in relazione alle posizioni tanto dei Vicedirigenti quanto degli appartenenti alla carriera direttiva ordinaria ai quali spetta, dunque, il diritto di accedere al grado più alto della carriera presso le Amministrazioni dello Stato, la Dirigenza e, conseguentemente, le Amministrazioni hanno continuativamente posto in essere comportamenti contrari ai doveri che i principi costituzionali e comunitari impongono ad esse: buon andamento, imparzialità, efficienza, economicità.

Infatti, esse, per la copertura dei posti disponibili per la Dirigenza, anziché attingere al personale che, in possesso dei necessari requisiti, in quanto appartenenti alla qualifica immediatamente inferiore a quella dirigenziale, la Vicedirigenza, nonché a coloro che, appartenenti ai ruoli più elevati della carriera direttiva ordinaria, vale a dire al grado più alto delle carriere fino al momento dell'istituzione della Dirigenza, come si è detto, di diritto avrebbero dovuto ricoprire i posti di Dirigente, hanno bandito nuovi concorsi o, peggio,

sono ricorse al conferimento di incarichi dirigenziali a funzionari non in possesso della qualifica dirigenziale.

Tanto la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione (Cassazione civile, sez. lavoro, sentenza 17.04.2007 n° 9130 secondo cui *“La reggenza dell’ufficio sprovvisto temporaneamente del dirigente titolare, nell’ambito del settore dei dipendenti dei Ministeri, è contrassegnata dalla straordinarietà e temporaneità, in attesa della destinazione del dirigente titolare, con la conseguenza che vi si può far luogo, senza che si producano gli effetti collegati allo svolgimento di mansioni superiori, solo allorquando sia stato aperto il procedimento di copertura del posto vacante e nei limiti di tempo ordinariamente previsti per tale copertura”*) quanto quella recentissima del T.A.R. (T.A.R. Lazio, Sez. II, Sentenza n. 07636/2011 che ha annullato un provvedimento dell’Agenzia delle Entrate con cui era stata bandita una selezione-concorso per il reclutamento di dirigenti di seconda fascia, in applicazione dell’art. 1, comma 530, della L. 27.12.2006, n. 196, che prevede il reclutamento di personale dell’Amministrazione del Ministero dell’Economia e delle Finanze, compreso quello delle Agenzie fiscali, che può avvenire *“con modalità speciali”*, con ciò, l’Amministrazione, adducendo di aver trovato una soluzione per *“sanare”* la posizione di una serie di suoi funzionari che, da svariati anni, svolgono *“egregiamente”* *“incarichi dirigenziali”*²⁷ e T.A.R. Lazio, Sezione II, n. 06884/2011, che ha annullato la delibera del Comitato di gestione dell’Agenzia delle Entrate con cui era stato modificato l’art. 24 del Regolamento di amministrazione dell’Agenzia delle Entrate, consentendo il conferimento, fino al 31 Dicembre 2010, mediante la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato con l’attribuzione dello stesso trattamento economico dei Dirigenti, di incarichi dirigenziali (che, secondo i giudici amministrativi, non si configurano come *“incarichi di temporanea reggenza”*), in favore di funzionari non in possesso della qualifica dirigenziale, motivando che *“l’espletamento di mansioni superiori da parte di dipendenti pubblici, al di fuori di ipotesi tassativamente previste, è vietato dal D.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, all’art. 56, nel testo sostituito dal D.lgs. 31 Marzo 1998, n. 80, art. 25, e successivamente modificato prima dal D.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, art. 15 e poi dal D.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165, art. 52, con conseguente nullità dell’atto di conferimento illegittimo”*) sono in tal senso.

²⁷ Il T.A.R. ha annullato il provvedimento ritenendolo in contrasto con gli artt. 19 e 52 del D.lgs. n. 165/2001 e considerandolo *“una deroga così ampia sul piano quantitativo e temporale al principio del reclutamento del personale dirigenziale mediante il sistema concorsuale per la copertura delle posizioni dirigenziali...”* che *“è valsa ad introdurre e consolidare nel tempo una situazione complessiva di grave violazione di principi fondamentali di regolamentazione del rapporto di pubblico impiego e delle garanzie relative all’accesso alle qualifiche, alla selezione del personale e allo svolgimento del rapporto”*.

La natura temporanea ed eccezionale degli incarichi a tempo determinato è stata, di recente, ribadita dalla Corte Costituzionale²⁸, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di varie disposizioni della Legge di assestamento del bilancio 2011 e del bilancio pluriennale 2011/2013 del Friuli Venezia Giulia, non potendo perpetuarsi il ricorso al modulo del contratto a termine come sistema ordinario di assunzione del personale della P.A., il quale, invece, è forma contrattuale riservata ad esigenze eccezionali e straordinarie.

Ciò che, ai nostri fini, rileva è osservare come l'Amministrazione, pur avendo a disposizione personale, che, per le ragioni che sono state ampiamente esposte, aveva il diritto di accedere alla Dirigenza, per la copertura di posti dirigenziali, ha fatto ricorso a procedure di selezione concorso, illegittime, nonché al conferimento di incarichi dirigenziali, ugualmente illegittimi, ponendo in essere provvedimenti viziati da gravi violazioni di legge e da svariate figure sintomatiche di eccesso di potere, con gravi conseguenze in termini deficit di spesa, cui è, almeno in parte, imputabile l'attuale crisi del sistema pubblico.

Al contrario, i posti dirigenziali dovevano essere coperti dai pubblici dipendenti che si trovavano nelle posizioni suindicate, il cui diritto, come si è detto, è imprescrittibile e, dunque, può sempre essere fatto valere, tenuto conto anche che l'eventuale riconoscimento, da parte del giudice, del loro diritto avrebbe conseguenze ai fini pensionistici.

²⁸ Corte Costituzionale, Sentenza n. 115/2012