

Accesso alla dirigenza e a posizioni organizzative: il perimetro del requisito del pubblico concorso*

di Sandro De Gotzen – Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università di Trieste

ABSTRACT: The access to Organisational Positions without competitive entrance examination does not prejudice the principle of efficient running, because of temporary nature. It is, however, necessary that these selections among the civil servants respect impartiality, clearness and efficiency, and that they investigate specific professional technical and administrative knowledge.

SOMMARIO: 1. Premessa. La ricostruzione delle vicende normative, giurisprudenziali ed amministrative precedenti alla normativa impugnata. – 2. Il principio del pubblico concorso nella giurisprudenza costituzionale viene applicato solamente per l'accesso ad una posizione superiore. – 3. (Segue) La limitazione del pubblico concorso al caso di assunzione di nuovo *status* (dirigenziale o funzionariale). Posizioni organizzative; l'incarico essenzialmente temporaneo non crea un nuovo status. Selezioni per l'accesso a Posizioni Organizzative. – 4. Posizioni organizzative: l'incarico essenzialmente temporaneo: meccanismo diverso da quello dichiarato illegittimo dalla sent. 37/2015 della Corte costituzionale. – 5. La riserva parziale di posti di dirigenti agli interni e l'esonero di essi dalle prove preselettive di massima non contrastano col principio del buon andamento. – 6. Sovrapposibilità parziale di compiti tra Posizioni Organizzative e dirigenza e diversità di posizione rispetto all'indirizzo e alle relazioni con gli organi politici. – 7. Osservazioni conclusive.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

1. Premessa. La ricostruzione delle vicende normative, giurisprudenziali ed amministrative precedenti alla normativa impugnata

La sent. 164/2020 decide sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 comma 93 lett. a), b), c) e d) della legge 27 dicembre 2017, n. 205, relativi alla istituzione, nell'Agenzia delle entrate e nell'Agenzia delle dogane, di posizioni organizzative non dirigenziali, rispetto agli artt. 3, 51, 97 e 136 Cost., nonché dell'art. 1 comma 93 lett e) della stessa legge, sui concorsi per dirigenti, in relazione agli artt. 3, 51 e 97 della Costituzione.

La decisione riprende e riconferma, precisandola, la dottrina giurisprudenziale della Corte sul concorso pubblico, come modalità ordinaria per l'accesso al pubblico impiego e ne ripercorre le linee essenziali, da una parte con un confronto tra regolamentazione delle Posizioni Organizzative e i posti di dirigente, e, d'altra parte, con una considerazione di elementi della procedura d'accesso alla dirigenza.

Il principale problema istituzionale affrontato dalla Corte consiste nella mancata previsione di accesso tramite concorso pubblico alle Posizioni Organizzative, che viene ritenuta legittima.

Si confronta la posizione dei dirigenti e dei titolari delle Posizioni Organizzative e si esclude che queste ultime siano posizioni di livello dirigenziale o di una nuova area intermedia. Si esaminano i compiti ed i requisiti dei titolari delle Posizioni Organizzative, che non sono, secondo la Corte, estranei ai funzionari della terza area – sono essi, interni all'amministrazione, che possono accedere alle Posizioni Organizzative – e, si decide che non si tratta di una fascia superiore, né di un posto di dirigente.

La decisione della Corte ricostruisce, in fatto, le vicende che hanno portato alla riforma della struttura amministrativa delle Agenzie fiscali nelle more di vari concorsi per dirigenti, che a tutt'oggi, si ricorda, non sono stati espletati.

Semplificando il discorso, possiamo individuare tre meccanismi volti a superare la mancanza di dirigenti.

In un primo momento, le posizioni dirigenziali vacanti furono coperte con contratti a tempo determinato con funzionari dell'Agenzia, ma la norma regolamentare, sulla cui base si operò, venne

annullata dal giudice amministrativo dato che la proroga, continua ed indefinita nel tempo nell'applicazione di mansioni superiori, non consentiva di individuare un'ipotesi di reggenza¹.

Successivamente, le Agenzie fiscali conferirono incarichi ad interim ai pochi dirigenti di ruolo, prevedendo deleghe di firma ai funzionari²; la soluzione non si rivelò adeguata e funzionale, dato l'esiguo numero di dirigenti di ruolo.

Da ultimo, si giunse all'orientamento attuale, di trasformare parte delle procedure per posti da dirigente in procedure selettive per posizioni organizzative di livello non dirigenziale, POER e POT (d'ora in poi Posizioni Organizzative), che consentono incarichi di elevata responsabilità, compresa la titolarità di uffici operativi di livello non dirigenziale. Esse, si diceva, forniscono "ai funzionari una prospettiva di carriera non legata al passaggio della dirigenza"³. Il costo delle nuove Posizioni Organizzative viene coperto dal risparmio di spesa per i posti di dirigente precedentemente previsti e poi cancellati dall'organico.

Entrambe le Agenzie fiscali hanno modificato i regolamenti di amministrazione, come previsto dalla legge 205/2017, prevedendo e disciplinando le Posizioni Organizzative, che, nei fatti, sono attualmente già coperte da funzionari inquadrati nella terza area, mentre i concorsi per posti dirigenziali, pur ridotti nel numero, in proporzione con il numero delle nuove Posizioni Organizzative, sono ancora in corso di svolgimento.

Rileva la decisione in commento che si è previsto, riformando la struttura delle Agenzie, "un sistema capillare di strutture", le Posizioni Organizzative, come "articolazioni interne di uffici di livello dirigenziale".

¹ V. CERULLI IRELLI, Lineamenti del diritto amministrativo, Giappichelli, 2019, p. 184 s: "La reggenza è l'istituto mediante il quale un soggetto, titolare di altro ufficio viene nominato, secondo procedimenti stabiliti dalla legge, a ricoprire l'ufficio per il tempo necessario". "Alla reggenza (o incarico interinale) si provvede, ai sensi di legge, laddove non sia previsto, con riferimento alla titolarità di determinati uffici, l'istituto della supplenza". "La supplenza è l'istituto mediante il quale un soggetto, titolare di altro ufficio nell'ambito dell'Amministrazione... ovvero preventivamente designato con questo specifico compito (i membri supplenti di organi collegiali, ad esempio eletti o nominati contestualmente ai membri effettivi) subentra al titolare nella titolarità dell'ufficio durante la temporanea vacanza di questo." "Il titolare temporaneo dell'ufficio, supplente o reggente, subentra nella pienezza delle funzioni dell'ufficio stesso, con la stessa ampiezza del titolare, salvi alcuni correttivi, intesi a far sì che la sua azione non pregiudichi l'azione del titolare una volta che questi abbia ripreso possesso dell'ufficio".

² V. CERULLI IRELLI, Lineamenti di diritto amministrativo, cit., p. 205: "La delega di firma consiste in ciò, che un organo, pur mantenendo la piena titolarità circa l'esercizio di un determinato potere delega ad altro organo o anche a funzionario non titolare di organo il compito della firma degli atti nei quali il potere stesso si esercita". "... degli atti firmati dal delegato, risponde nei confronti dei terzi il delegante".

³ Sent. 164 /2020, punto 2.3. dir.

2. Il principio del pubblico concorso nella giurisprudenza costituzionale viene impiegato solo per l'accesso ad una posizione superiore

La Corte – si v. tra le altre sent. 159/2005, punto 4.1. in dir.⁴ - è ferma nello statuire la necessità del pubblico concorso sia per l'accesso dall'esterno al pubblico impiego che per l'accesso dall'interno ad una posizione superiore.

Il concorso pubblico previsto dall'art. 97 comma 3 della Cost⁵. è “la forma generale ed ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego, in quanto meccanismo strumentale al canone di efficienza dell'amministrazione ...”⁶ ed a tale meccanismo può “derogarsi ... solo in presenza di peculiari situazioni giustificatrici “per le quali il “vaglio di costituzionalità non può che passare attraverso una valutazione di ragionevolezza della scelta operata dal legislatore”⁷. Secondo il giudice costituzionale il concorso pubblico “quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resta il metodo migliore per la provvista di organi chiamati a esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione” (Corte cost., n. 453/1990)⁸.

⁴ Sempre indicando il pubblico concorso sia come modalità normale di accesso dall'esterno agli impieghi nella pubblica amministrazione sia per un nuovo inquadramento per dipendenti già in servizio tra le altre sent. 217/2012 Corte cost. punto 5.2.1. in dir.; sent. 150/2010, punto 3.1. in dir.

⁵ Sul problema del pubblico concorso si vedano i seguenti commenti: C. PINELLI, Commento all'art. 97 3 comma Sez I; U. POTOTSCHNIG, Commento art 97 comma 3 sez II, G. BORRE', Commento all'art. 98 Cost., in Commentario della Costituzione, Branca – Pizzorosso, Zanichelli Soc. ed. Foro ital., Bologna – Roma, 1994, passim; L. COEN, Commento agli artt. 97 e 98, in S. BARTOLE R. BIN, Commentario breve alla Costituzione, Cedam Padova, p. 884 ss., 895 ss.

⁶ Il concorso pubblico è da ritenersi strumentale al canone di efficienza dell'amministrazione così tra molte sent. 2015/2004; sentenze 34/2004; 194/2002 e 1 /1999; 373/2002. Si v. in dottrina G. D' ALESSIO, Il buon andamento dei pubblici uffici, CLUA, Ancona, p. 66 ss.

⁷ C. PINELLI, Commento art. 97 comma 3, in Commentario Branca, Zanichelli Soc. ed. Foro italiano, Bologna Roma, 1994, p. 320 ss in partic. p. 321: sottolinea come l'art. 97 comma 3 si inserisce in una tendenza già dominante prima della nuova Costituzione: “Appare chiara la volontà di riconoscere nel testo i sistemi di accesso invalsi in una legislazione che, dai primi del secolo, aveva assunto il concorso come <<mezzo normale>> pur se non <<esclusivo per accedere ai pubblici uffici>>; nella giurisprudenza costituzionale sent. 217/2012 punto 5.2.1. in dir. pone in rilievo che la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del pubblico concorso “deve essere delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime “ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle”. In tal senso Corte anche, ad esempio, cost. 159/2005.

⁸ Il principio di imparzialità richiede che nelle commissioni di concorso siano presenti in maggioranza membri dotati delle competenze tecniche da accertare piuttosto che da politici o sindacalisti: una prevalenza di queste due ultime categorie lede l'art. 97 commi 1 e 3 : v. in tal senso Corte cost. 453/1990. Il principio di imparzialità si riflette anche “sulla composizione delle commissioni giudicatrici nei concorsi pubblici”. Il concorso è mezzo ordinario per accedere agli impieghi pubblici, corollario naturale dell'imparzialità “in cui viene a esprimersi la distinzione più profonda tra politica e amministrazione”, “anche il concorso “deve in ogni caso ispirarsi al rispetto rigoroso del principio di imparzialità”. (punto 2 in dir.).

La norma di cui all'art. 97 comma 3 Cost., in combinazione con l'art. 51 Cost., è volta ad assicurare alla pubblica amministrazione la provvista dei migliori dipendenti, ma tutela anche l'interesse individuale dei meritevoli ad accedere a posizioni nel pubblico impiego. La dottrina chiarisce che “la norma (art. 97, 3 comma) sull'assunzione dei dipendenti pubblici per concorso” “...ha certamente un significato di garantismo individuale e di giusta messa al bando della politica nel senso deteriore del clientelismo... ma ha anche lo scopo di assicurare che la provvista dei pubblici dipendenti avvenga in modo tale da riflettere la pluralità di posizioni culturali e ideali presenti nel paese”⁹.

La regola del pubblico concorso, peraltro, è realmente rispettata “solo qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrari ed irragionevoli forme di restrizioni dei soggetti chiamati a parteciparvi”¹⁰.

L'accesso a funzioni più elevate dei dipendenti della pubblica amministrazione rientra, dunque, nella regola del pubblico concorso e non sono ragionevoli norme che prevedano scivolamenti automatici verso posizioni superiori (sent. 159/2005, punto 4.1. in dir.)¹¹. L'accesso a Posizioni Organizzative, viceversa, secondo la Corte costituzionale, non costituisce una fattispecie di

⁹ G. BORRE', Commento all'art. 98 Cost., in *La pubblica amministrazione*, art. 97-98, Commentario alla Costituzione Branca Pizzorusso, 1994, p. 459.

¹⁰ Precisano che il principio del pubblico concorso normalmente “non tollera, salvo circostanze del tutto eccezionali la riserva integrale dei posti disponibili in favore del personale interno”, Corte cost. sent. 217/2012; Corte cost. sent. 194/2002; sent. 150/2010 punto 3. 1. In dir. esclude la legittimità di “arbitrarie restrizioni alla partecipazione alle procedure selettive” e statuisce “La natura comparativa e aperta della procedura è... elemento essenziale del concorso pubblico. Procedure selettive riservate, che escludano o riducano irragionevolmente la possibilità di accesso dall'esterno, violano il <<carattere pubblico>> del concorso (sent. n. 34 del 2004) e, conseguentemente i principi di imparzialità e buon andamento, che esso assicura. Un' eventuale deroga a tale principio è ammessa, secondo la giurisprudenza costituzionale, solo ove essa stessa sia strettamente funzionale alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione (sent. n. 9 del 2010 e 293 del 2009)”. Corte cost. 149/2010 , punto 4.2. in dir., statuisce che un inquadramento nei ruoli prevedendo “semplicemente un previo giudizio di idoneità” si pone in “contrasto con il principio del pubblico concorso” e ricorda come “Questa Corte ha affermato più volte che solo esigenze obiettive, quali la necessità di valorizzare le esperienze lavorative maturate all'interno dell'amministrazione, possono giustificare la validità di procedure di selezione diverse rispetto al concorso pubblico, e solo a condizione che il principio del buon andamento della pubblica amministrazione sia assicurato in via alternativa con adeguati criteri selettivi idonei a garantire la professionalità dei soggetti prescelti (v. sentenze n. 9 del 2010, n. 191 del 2007, n. 205 del 2004, n. 34 del 2004, n. 427 del 2007, n. 190 del 2005, n. 517 del 2002, e n. 141 del 1999)”. Corte cost. 34/2004 ricorda che solamente “in peculiari ipotesi la Corte ha ritenuto legittime procedure concorsuali integralmente riservate a personale interno e specialmente qualificato Cfr. sentenze n. 228 del 1997, n. 477 del 1995 e ordinanza n. 517 del 2002)”. Si v. G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, cit. p. sulla necessità di adeguata motivazione nel caso di limitazioni all'ammissione ai concorsi.

¹¹ Non sono dunque ammessi scivolamenti generalizzati verso l'alto, stabilizzazioni senza alcuna prova selettiva statuisce la Corte costituzionale; si v. ad esempio sent 235/2010, punto 3.2. in dir.; sent. 159/2005, punto 4.1. in dir.

progressione verticale né un passaggio da un'area all'altra ed è perciò che non richiede il pubblico concorso, ma sono sufficienti forme diverse di selezione.

L'applicazione dell'art. 97 Cost. relativo alla regola del pubblico concorso, dice la sent. 164 /2020, ha, infatti, "come necessario presupposto l'acquisizione di un diverso status" (punto 12 in dir.), caratterizzato dalla stabilità¹², escludendo che tale requisito sia presente nelle Posizioni Organizzative.

La Corte richiama, a supporto della decisione, il proprio precedente (sent. 128/2020) ove afferma che la "posizione organizzativa ...si caratterizza per la temporaneità dell'assegnazione, cui corrisponde una quota accessoria della retribuzione:"; "Essa può cessare anche prima del tempo indicato, "in relazione a intervenuti mutamenti organizzativi o in conseguenza di valutazione negativa della performance individuale"¹³.

Il legislatore, chiarisce la Corte, prevede la applicabilità del principio del pubblico concorso in relazione all'accesso ad aree separate, in particolare ad una dirigenza "collocata in una posizione apicale autonoma e intermedia fra il livello politico e quello burocratico": in questo caso "non si possono trovare eccezioni alla regola del concorso pubblico, ammissibili, peraltro, ai sensi dell'ultimo periodo del medesimo art. 97 Cost". Si tratta dell'esigenza di "una naturale stabilità, assicurata dalla tassatività ed eccezionalità dei casi in cui può venir meno, e che per la dirigenza in particolare, è garanzia di autonomia e di indipendenza"¹⁴.

Per l'accesso alle Posizioni Organizzative, caratterizzate dall'essere essenzialmente temporanee, il pubblico concorso non è necessario, anche se la selezione dei soggetti cui attribuirle deve "rispondere ai principi di imparzialità, trasparenza ed efficienza" (v. infra par. 3). Si ricorda che i modi di selezione diversi dal pubblico concorso debbono comunque "consentire una seria verifica della professionalità richiesta "(così espressamente sent. 194/2002).

¹² C. PINELLI, Commento all'art. 97 Cost., cit. rileva che in dottrina Il" sistema del concorso ... appare connesso, quasi connaturato, col carattere della durabilità, della stabilità del rapporto di pubblico impiego".

¹³ La premessa del carattere temporaneo delle Posizioni Organizzative va accettata, pur se va chiarito che la temporaneità è del singolo incarico, risultando, invece, come modalità stabile di organizzazione delle Agenzie Fiscali.

¹⁴ L'accesso tramite pubblico concorso viene contrapposto a forme fiduciarie di selezione dei pubblici dipendenti: le forme fiduciarie di accesso garantiscono una maggior sintonia con l'organo politico ma vanno limitate all' accesso alle posizioni burocratiche di vertice, mettendo l'uso opposto a rischio l'imparzialità dell'amministrazione; in tal senso sullo spoils system Corte cost. sent. 104/2007; V. CERULLI IRELLI, Lineamenti del diritto amministrativo, cit., p 185 ss.; D. BOLOGNINO, la dirigenza pubblica statale tra autonomia e responsabilità, Cedam, Padova, 132 ss.; F. MERLONI, Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione (commento alle sentt. n. 103 e 104 del 2007), in Le Reg., 2007, p. 836 ss.; S. de GOTZEN, Il bilanciamento tra spoils system e principio di distinzione tra politica e pubblica amministrazione nella dirigenza regionale, ivi, p. 848 ss.

3. (Segue) La limitazione del pubblico concorso al caso di assunzione di nuovo status (dirigenziale o funzionariale). Posizioni organizzative: l'incarico essenzialmente temporaneo non crea un nuovo status. Selezioni per l'accesso a posizioni organizzative

La sentenza 164/2020, come si è detto, giustifica sia la mancata previsione del pubblico concorso per l'accesso alle Posizioni Organizzative, sia la loro attribuzione ai soli funzionari interni, per la totalità delle posizioni. Si tratta, dice la Corte, di un meccanismo che valorizza la cultura professionale acquisita operando in determinati ruoli della amministrazione e tale valorizzazione è di diretta derivazione del principio del buon andamento¹⁵.

Tale delimitazione dell'applicazione della dottrina giurisprudenziale del pubblico concorso è giustificata con l'affermazione che il pubblico concorso è necessario ove si passi da un'area o posizione ad un'altra, con una modifica di status, che si ha nel caso di una progressione verticale, come nel caso di diversità di area o, in questa prospettiva, nel caso di accesso alla dirigenza. La decisione statuisce che la Posizione Organizzativa di cui si tratta non comporta una modificazione di status, ma si risolve "nell'affidamento di semplici incarichi, alla cui cessazione i destinatari riprendono fisiologicamente ad esercitare le funzioni che sono proprie della loro area di appartenenza" (punto 11 in dir.).

In questo modo la Corte si conforma alla ricostruzione della Corte di Cassazione, la quale afferma che "il conferimento di una posizione organizzativa non comporta l'inquadramento in una nuova categoria contrattuale, ma unicamente l'attribuzione temporanea di una posizione di responsabilità, con correlato beneficio economico, alla scadenza della quale il dipendente resta inquadrato nella categoria di appartenenza, con il relativo trattamento economico" (punto 4.2. in dir., che richiama da ultimo Cass. Civ. sezione lavoro, ordinanza 10 luglio 2019, n. 18561).

¹⁵ Si v. C. PINELLI, Commento all'art. 97 comma 3, cit., p. 341 ss. Per il fenomeno della fuga dal concorso pubblico. Si v. per un quadro aggiornato dei sistemi di accesso al pubblico impiego, con citazioni di giurisprudenza R. GIOVAGNOLI, Compendio di diritto amministrativo, Italedizioni, Torino, p. 276 ss.; per il riconoscimento dell'esperienza nella selezione dei pubblici dipendenti G. D'ALESSIO, Il buon andamento dei pubblici uffici, Clua edizioni, Ancona, 1993, p. 63 ss.: ivi, p. 87 "il rilievo dato all'esperienza emerge chiaramente in riferimento alla tematica dei concorsi pubblici, sia per quanto attiene alla ammissibilità di "concorsi riservati" sia per quanto concerne soprattutto la possibilità di stabilire particolari requisiti (o deroghe rispetto a certi vincoli) per la partecipazione alle procedure selettive". Corte cost. 412/1988.

Le Posizioni Organizzative, secondo la Corte costituzionale, hanno ad oggetto “funzioni di natura non dirigenziale” e “non estranee a quelle già proprie della terza area” (che è l’area dei soggetti che possono diventare titolari della Posizione Organizzativa), e si caratterizzano per la circostanza che sono “fisiologicamente temporanee”; come si è detto, si tratta, nella ricostruzione della Corte, di “affidamento di semplici incarichi” “alla cui cessazione i destinatari riprendono ad esercitare le funzioni che sono proprie della loro area di appartenenza. Il passaggio di area (punto 10 in dir.) cui fa da riscontro l’attribuzione di un nuovo status, è, invece, un fenomeno caratterizzato da una “naturale stabilità”, assicurata dalla tassatività ed eccezionalità dei casi in cui può venir meno”.

Solamente nel caso di “acquisizione di uno status, per sua natura almeno relativamente stabile, “si impone il rispetto delle procedure concorsuali”, “procedure che sarebbe, invece, eccessivo pretendere per accedere a posizioni che non hanno il carattere della stabilità”.

Le selezioni per le Posizioni Organizzative, se pur non avvengono tramite concorso pubblico, ed anche se si svolgono solo tra interni all’amministrazione, devono comunque rispondere ai principi di imparzialità, trasparenza ed efficienza. La selezione interna deve tenere conto “delle conoscenze professionali, delle capacità tecniche e gestionali degli interessati e delle valutazioni ... conseguite negli anni precedenti”. Per poter accedere alle Posizioni Organizzative si deve “acquisire specifiche conoscenze che devono essere imparzialmente vagliate dall’amministrazione conferente”, (punto 14 in dir.). Si tratta, dunque, di una modalità di selezione volta ad accertare l’adeguatezza della preparazione dei candidati, che riguarda sia conoscenze sia teoriche che esperienziali che abilità e capacità gestionali ¹⁶. La Corte dichiara la legittimità costituzionale delle disposizioni che prevedono e disciplinano le Posizioni Organizzative, cui accedono unicamente funzionari già in servizio nella terza area, previa una prova idonea a selezionare i candidati, strutturata in tre fasi, e che prevede valutazione di titoli ed esami. (v infra par.2).

Secondo la Corte le Posizioni Organizzative non comportano l’attribuzione di poteri dirigenziali: già la precedente sent. 128/2020 rilevava che le Posizioni Organizzative “non sono equiparabili al più elevato profilo dei dirigenti, di cui non hanno né le funzioni né lo status” (sent 128/2020, punto

¹⁶ Si v. in merito F. CAVALLUCCI, La nuova regolamentazione delle posizioni organizzative dopo l’intervento del CCNL 21 maggio 2018, in *Azienditalia*, 2018, p. 1315 ss, in partic. p. 1316, che rileva che la valutazione dei requisiti culturali è semplice, mentre il riscontro di quelli attitudinali è più complessa e richiederebbe la presenza nella commissione di uno psicologo del lavoro.

4.2. in dir.), e l'affermazione è condivisibile, se non si arriva sino al punto di considerare ontologicamente diversa la direzione degli uffici dirigenziali e la direzione di uffici non dirigenziali affidati ai titolari di Posizione Organizzativa. La sent. 164, infatti, avanza l'argomentazione che tutte le funzioni dei titolari delle Posizioni Organizzative sono diverse da quelle dei dirigenti. Ma ciò non pare perché nell'ambito della ampia autonomia i titolari di Posizioni Organizzative possono svolgere mansioni che rientrano tra i compiti dei dirigenti, come appunto la direzione dell'ufficio loro affidato.

4. Posizioni Organizzative: meccanismo diverso da quello precedentemente dichiarato illegittimo dalla sent. 37/2015 Corte costituzionale

La Corte decide per l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 93 lett. a)b)c) e d) della legge 205 del 2017, relativa alle Posizioni Organizzative, per violazione dell'art. 136 Cost., in relazione al giudicato costituzionale formatosi sulla sent. 37/2015; la Corte, nell'articolata motivazione, distingue nettamente tra tali Posizioni Organizzative e il meccanismo legislativo oggetto della sent. 37/2015, che aveva consentito alle Agenzie fiscali di protrarre nel tempo, in modo indefinito, l'assegnazione di funzioni dirigenziali ai funzionari della terza fascia, senza indire la procedura concorsuale per i posti di dirigente¹⁷.

Come si è detto, per colmare le carenze di organico dei propri dirigenti, l'Agenzia delle entrate ha, in passato, fatto ampio ricorso ad un istituto previsto dall' art. 24 del proprio regolamento di amministrazione, che disponeva che per "inderogabili esigenze di funzionamento dell'Agenzia" fosse possibile "la copertura provvisoria delle eventuali vacanze verificatesi nelle posizioni dirigenziali, previo interpello e previa specifica valutazione dell'idoneità degli aspiranti, mediante la stipula di contratti individuali di lavoro a termine con propri funzionari, con l'attribuzione dello stesso trattamento economico dei dirigenti, "fino all'attuazione delle procedure di accesso alla dirigenza e comunque, fino ad un termine finale predeterminato". Questo termine è stato di volta in

¹⁷ L'art. 8, comma 24 del d.l. 16/2012 "ha contribuito all'indefinito protrarsi nel tempo di un'assegnazione asseritamente temporanea di mansioni superiori, senza provvedere alla copertura dei posti dirigenziali vacanti da parte dei vincitori di una procedura aperta e pubblica (sent. 37/2015 punto 4.5. in dir.) (vedi) Il legislatore fissando sempre nuovi termini per il completamento delle procedure concorsuali Ha allontanato "sempre di nuovo nel tempo la scadenza di questi" e "ha operato in stridente contraddizione con l'affermata temporaneità". (punto 4.2. in dir.)

volta prorogato con apposite deliberazioni del Comitato di gestione dell’Agenzia e, “le reiterate delibere di proroga del termine finale, di fatto, hanno consentito di utilizzare un strumento pensato per situazioni peculiari quale metodo ordinario per la copertura di posizioni dirigenziali vacanti” (Corte cost. , sent. 37/2015, punto 4.2. in dir.).

Il giudice amministrativo annullò la norma regolamentare per violazione degli artt. 19 e 52 del d.lgs. 165/2001, dato che la continua proroga non permetteva di qualificare come reggenza il meccanismo impiegato¹⁸, mancando i requisiti della straordinarietà e della temporaneità¹⁹.

La differenza tra i due meccanismi viene individuata, nella sent. 164 in commento, nella circostanza che le Posizioni Organizzative hanno ad oggetto funzioni di natura non dirigenziali e sono fisiologicamente temporanee: così, le Posizioni Organizzative non mirano a conseguire esiti corrispondenti al meccanismo di cui la sent. 37/2015 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale, consistente nell’affidare a termine incerto, perché posposto via via, funzioni dirigenziali. Nulla però assicura che non ci siano proroghe anche in questo caso.

5. La riserva parziale di posti di dirigenti agli interni e l’esonero di essi dalle prove preselettive di massima non contrastano col principio del buon andamento

La sentenza si occupa anche, seppur in maniera marginale, della fattispecie di accesso alla dirigenza delle Agenzie fiscali, confermando la precedente giurisprudenza sul principio del pubblico concorso.

Si ribadisce, conformemente ai precedenti, che non sono lesivi del principio del buon andamento, non conferendo un vantaggio competitivo ingiustificato, né l’esonero degli interni dalla prova preselettiva né la riserva parziale dei posti agli interni con determinati requisiti (Punto 19 in dir). “Il riconoscimento dell’esperienza all’interno dell’amministrazione che bandisce il concorso” “non collide con il principio del buon andamento”²⁰, ma, anzi, è funzionale al buon andamento.

Si ammettono, va sottolineato, riserve di posti agli interni per una parte solamente del complessivo ammontare: si deve (punto 20 in dir.) trovare “un ragionevole punto di equilibrio tra il

¹⁸ Per tutti V. CERULLI IRELLI, Lineamenti di diritto amministrativo, cit., p. 184 s.

¹⁹ TAR Lazio, sezione seconda, 1 agosto 2011, n. 6884.

²⁰ G. D’ALESSIO, Il buon andamento dei pubblici uffici, cit., p. 63 ss.

principio del pubblico concorso (sentenza n 159 del 2005) e l'interesse a consolidare pregresse esperienze lavorative presso l'amministrazione"; quest'ultimo interesse "è certamente riconducibile al principio di buon andamento"²¹.

Il limite della riserva di posti di dirigente ai dipendenti interni è legittimo se ricorre la circostanza che essa sia contenuta "entro determinati limiti percentuali" "per non precludere in modo assoluto la possibilità di accesso alla generalità dei cittadini"; il limite del cinquanta per cento, rileva la Corte, è stato ritenuto ragionevole già in precedenza (sent. 234/1994). La sent 164 ricorda che il legislatore ha individuato, in via generale, il punto di equilibrio, tenendo, appunto, conto delle indicazioni della giurisprudenza costituzionale, in una riserva di posti non superiore al 50 per cento: art. 52, comma 1-bis del d.lgs. 165/2001.

D'altra parte, l'esonero degli interni dalle prove preselettive, non dà un ingiustificato vantaggio competitivo agli interni, dato che essi dovranno comunque sostenere il concorso e che l'art. 35 comma 3 lett. a) del d.lgs. 165/2001 dispone che per l'economicità e la celerità dello svolgimento dei concorsi, si può ricorrere, in caso di un "sovraccarico" nel numero di candidati, a "forme di preselezione". L'economicità e celerità nello svolgimento dei concorsi riguarda anche il vantaggio di alleggerire l'ambito soggettivo delle prove preselettive.

6. Sovrapposibilità parziale di compiti tra Posizioni Organizzative e dirigenza e diversità di posizione rispetto all' indirizzo ed alle relazioni con gli organi politici

Il TAR Lazio, nell'adire la Corte costituzionale, muove dalla premessa che le Posizioni Organizzative costituiscano "una vera e propria funzione e/o fascia superiore", una progressione di carriera verticale, ottenuta senza concorso pubblico, in violazione dei principi che si ritraggono dalla Costituzione.

La Corte, recisamente, afferma che il presupposto interpretativo non è corretto: si esclude che le Posizioni Organizzative siano attributive di funzioni dirigenziali o consentano l'accesso a nuove aree intermedie.

²¹ ID., Il buon andamento dei pubblici uffici, cit., p. 85 ss. sull'esigenza di dare un riconoscimento all'esperienza pregressa e dell'adozione di forme di immissione nel pubblico impiego diversi dal concorso pubblico.

La sentenza ricorre a due diverse argomentazioni per statuire che è costituzionalmente legittimo l'accesso alle Posizioni Organizzative senza concorso pubblico, con riserva della totalità dei posti ai funzionari interni, che abbiano determinati requisiti.

La prima argomentazione riguarda la considerazione della organizzazione della Agenzia. Si rileva che si è ridisciplinata la organizzazione delle Agenzie, prevedendo un "sistema capillare di strutture", le Posizioni Organizzative, "quali articolazioni interne di uffici di livello dirigenziale".

Le posizioni di vertice di tali strutture trovano la loro collocazione in un contesto di rapporti gerarchici che fanno capo a dirigenti di primo e secondo livello, cui vengono riservate "effettive e sostanziali funzioni dirigenziali" (punto 7 in dir.). La diversità tra Posizioni Organizzative e dirigenza consiste nella circostanza che la "dirigenza è collocata in posizione apicale autonoma e intermedia fra il livello politico e quello burocratico" (punto 12 in dir.).

Questo assetto organizzativo, si rileva, è incompatibile con l'attribuzione di funzioni dirigenziali ai titolari delle Posizioni Organizzative. (punto 8 in dir.): e questa è una posizione condivisibile, perché spetta al legislatore stabilire la distribuzione e la spettanza dei diversi livelli di gestione, a funzionari o a dirigenti.

La seconda argomentazione muove anche dal confronto "oggettivo" fra i singoli compiti dei titolari delle Posizioni Organizzative e quelli dei dirigenti, che renderebbe chiara la loro "non omogeneità". Tale argomentazione sembra sia motivata dalla preoccupazione che si possa obiettare che con le Posizioni Organizzative vengano assegnati senza concorso "brandelli" di funzioni dirigenziali, accompagnati da una retribuzione di posizione e di risultato, così potendosi avanzare sospetti sulla legittimità della mancanza di concorso pubblico alla base dell'accesso alle Posizioni organizzative e all'integrale riserva di posti agli interni.

In realtà, l'argomentazione pare provare troppo: i singoli compiti di dirigenti e di titolari di Posizioni Organizzative sembrano, almeno in parte, sovrapponibili.

Le Posizioni Organizzative attribuiscono, anche, il potere di dirigere uffici, pur se di carattere non dirigenziale, e implicano una grande autonomia organizzativa e il potere di emanare provvedimenti con efficacia esterna: si tratta di attribuzioni che paiono, in astratto, proprie anche

dei dirigenti, come si ricava dall'elencazione delle funzioni dei dirigenti di prima e di seconda fascia negli artt 16 e 17 del dlgs 165/2001²².

Questa considerazione ci sembra supportata, anche, da una precisazione della sent. 128/2020, secondo la quale “la posizione organizzativa, *creata per sottrazione dalle funzioni dirigenziali*, cui si fanno risalire ancor più pregnanti compiti strategici e di coordinamento”, si caratterizza dunque per la temporaneità dell'assegnazione, cui corrisponde una quota accessoria della retribuzione, rilevandosi altresì che “essa può cessare anche prima del tempo indicato”. Il riferimento alla creazione delle Posizioni Organizzative “per sottrazione dalle funzioni dirigenziali” sembra, dunque, deporre a favore della tesi che l'attività delle Posizioni Organizzative e delle posizioni dirigenziali non è in tutto ontologicamente diversa.

La non omogeneità delle singole funzioni dei titolari delle Posizioni Organizzative con quelle dei dirigenti non può essere dedotta, a nostro avviso, da un confronto di questo tipo, dalla pretesa diversità oggettiva delle attività svolte, ma, piuttosto, dalla considerazione della diversa posizione dei titolari delle Posizioni Organizzative rispetto agli organi politici, ed all'indirizzo politico-amministrativo²³, tenendo presente cioè non le singole attività svolte, che dal punto di vista ontologico possono coincidere, ma la complessiva struttura organizzativa dell'Agenzia, che vede diversi livelli organizzativi, distinti tra Posizioni Organizzative e dirigenza²⁴.

²² Sembra, infatti, che non vi sia una radicale differenza ontologica di compiti, dato che ai titolari delle Posizioni Organizzative, secondo il regolamento di amministrazione delle Agenzie, possono essere attribuiti compiti che spettano anche ai dirigenti: a) il potere di adottare provvedimenti con efficacia esterna; b) responsabilità della attività amministrativa della gestione e dei relativi risultati; c) gestione finanziaria tecnica e amministrativa; d) autonomi poteri di organizzazione delle risorse umane strumentali e di controllo; e) poteri di spesa e poteri di acquisizione delle entrate rientranti nella competenza delle articolazione dei rispettivi uffici (così art. 15 del regolamento di amministrazione dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli). Questi nuovi compiti, assunti al momento della attribuzione della Posizione organizzativa, sono poi accompagnati da una retribuzione di posizione, graduata a seconda delle responsabilità attribuite, e da una retribuzione di risultato. Questa responsabilizzazione sulla base di obiettivi specifici non direttamente collegati alla variabile tempo sembra avvicinare la Posizioni Organizzative alla dirigenza, nella logica di creare una serie di posti di quadro, come nel privato. La sent.128/2020 punto 4.1. in dir. indica come tipiche delle Posizioni Organizzative figure che “in posizione di elevata responsabilità svolgono compiti di direzione....”.

²³ Sufficiente per distinguere le funzioni delle Posizioni Organizzative da quelle dirigenziali appare il criterio discrezionale, pure impiegato dalla Corte, che contrappone le posizioni di Posizione Organizzativa e di dirigente valorizzando per la qualifica dirigenziale le relazioni dirette con dirigenti generali o organi politici nel complesso dell'organizzazione, proprie della sola dirigenza (particolarmente riscontrabile nella esclusiva responsabilità nell'attuazione dei piani, programmi e direttive generali fissate dall'organo politico, per i dirigenti generali, o nell'attuazione di progetti e gestioni assegnati ai dirigenti di seconda fascia dai dirigenti generali) (art. 16 comma 1 lett. b); art. 17 comma 1 lett. b) del dlgs. 165/2001).

²⁴ E' il legislatore che ha il potere di precisare a quale livello di gestione si ha la titolarità di posti di dirigente: sono dirigenziali le posizioni che il legislatore qualifica tali, indipendentemente dalla individuazione dal punto di vista oggettivo di funzioni ontologicamente diverse, che pare obiettivamente difficile. Si può valorizzare il diverso

7. Osservazioni conclusive

L'istituto delle Posizioni Organizzative è caratterizzato dalla temporaneità, nel senso che, esaurito l'incarico, il funzionario ritorna alle mansioni proprie della area di appartenenza funzionale e non dirigenziale, che non cambia durante l'incarico. L'art. 97 comma 3 Cost., che prevede il concorso pubblico per l'accesso al pubblico impiego, non si applica alle Posizioni Organizzative, dato il carattere della temporaneità che le caratterizza. Ma nulla impedisce la proroga anche delle Posizioni Organizzative.

Le Posizioni Organizzative sono un meccanismo organizzativo rispondente al principio del buon andamento e che valorizza l'autonomia delle Agenzie fiscali, in materia finanziaria, organizzativa e di gestione del personale. Come si dice nell'esposizione dei precedenti anche fattuali dalla decisione, si svincolano in parte le Agenzie fiscali dall'applicazione del d.lgs. 165/2001 (punto 2.3. in fatto), attribuendo alla dirigenza la possibilità di un maggior controllo delle cosiddette leve gestionali del personale, potendo premiare i funzionari meritevoli, fornendo ad essi prospettive di carriera svincolate dal passaggio alla dirigenza, contrassegnate dalla temporaneità.

Le norme che prevedono incarichi particolari sono viceversa, costituzionalmente illegittime, se contribuiscono "all'infinito protrarsi nel tempo di un'assegnazione asseritamente temporanea di mansioni superiori, senza provvedere alla copertura dei posti dirigenziali vacanti da parte dei vincitori di una procedura concorsuale aperta e pubblica" (C.cost. 37/2015)

Il perimetro della doverosa applicazione del pubblico concorso non ricomprende le Posizioni Organizzative, incarichi essenzialmente temporanei e distinti dal punto di vista organizzativo dalle posizioni dirigenziali, alle quali si accompagnano e che non sostituiscono. Il tentativo della Corte di differenziare totalmente da un punto di vista ontologico i compiti di dirigenti e di titolari di Posizioni Organizzative sembra essere motivato dal timore di contestazioni nel senso di distribuire senza concorso "brandelli" di funzioni dirigenziali: ma spetta al legislatore decidere sino a che

coinvolgimento nell'attuazione dell'indirizzo da parte dei dirigenti, rispetto ai titolari di PO, ma non sembra opportuno il tentativo di distinguere le singole attività svolte nel contesto dal punto di vista oggettivo: la responsabilità di un ufficio o la potestà di emanare provvedimenti con efficacia esterna non sembrano differenziarsi radicalmente e oggettivamente se assunte da titolare di una Posizione Organizzativa o, invece, da un dirigente.

livello la funzione di gestione attribuita alla burocrazia debba essere affidata a dirigenti o a funzionari.

In sintesi, la decisione in commento definisce la questione della inapplicabilità della dottrina giurisprudenziale sul concorso pubblico alla copertura di Posizioni Organizzative in un modo che ci sembra equilibrato e – pur con la puntualizzazione qui suggerita – complessivamente condivisibile.