

Rapporto di lavoro con la P.A.: selezione dei pubblici dipendenti, performance, situazioni giuridiche soggettive inter partes e le varie responsabilità del lavoratore

*Michele Gerardo**

SOMMARIO: 1. Aspetti generali - 2. Atti di organizzazione e gestione del rapporto di lavoro - 3. Distinzione tra indirizzo politico-amministrativo e gestione - 4. TIPOLOGIA DI PUBBLICI DIPENDENTI - 4.1. Dirigenti - 4.2. Funzionari e addetti - 5. LA SELEZIONE DEI PUBBLICI DIPENDENTI - 5.1. Modalità con le quali l'amministrazione procede alla provvista delle risorse umane - 5.2. Contenuto della preparazione richiesta ai candidati - 5.3. Piano triennale dei fabbisogni di personale - 5.4. Presupposti delle assunzioni delle risorse umane (vincoli scaturenti dalla necessità della adozione di atti generali) - 5.5. Atti prodromici al procedimento concorsuale (scorrimento della graduatoria; mobilità) - 5.6. Procedimento concorsuale - 5.7. Procedure selettive non concorsuali - 5.8. Tecniche ulteriori di selezione dei fabbisogni - 5.9. Considerazioni conclusive e de iure condendo - 6. Ciclo della performance. Misurazione e la valutazione della performance. Merito e premi - 7. RAPPORTO DI LAVORO INDIVIDUALE. Aspetti generali - 7.1. Requisiti soggettivi del lavoratore - 7.2. Tipologia di rapporto - 7.3. Modalità dello svolgimento della prestazione (anche agile, c.d. smart working) - 7.4. Situazioni giuridiche soggettive inter partes - 7.5. Modificazioni del rapporto di lavoro - 7.6. Estinzione del rapporto di lavoro. Spoil system - 7.7. Riammissione in servizio - 8. LE RESPONSABILITÀ DEL LAVORATORE DIPENDENTE PUBBLICO. Aspetti generali - 8.1. La responsabilità penale - 8.2. La responsabilità civile verso terzi - 8.3. La responsabilità amministrativa (o per danno erariale) - 8.4. La responsabilità contabile - 8.5. La responsabilità disciplinare - 8.6. La responsabilità manageriale.

1. Aspetti generali.

La P.A. per agire si avvale dell'operato di persone fisiche. L'amministrazione si avvale, ordinariamente, del c.d. corpo burocratico, che è costituito da un insieme di lavoratori preposti (quali dirigenti) o addetti (quali funzionari o dipendenti con mansioni d'ordine) ad uffici, molto ampio ed eterogeneo, che include differenti categorie di lavoratori, distribuiti fortemente su tutto il territorio italiano (1). In aggiunta al corpo burocratico vi è l'avvalimento di risorse umane esterne, a mezzo di un contratto di appalto di servizi oppure di un contratto di lavoro autonomo e/o professionale.

La funzione pubblica che connota la P.A. si riverbera anche con riguardo alla gestione delle risorse umane. Difatti il rapporto di lavoro presenta elementi di specialità rispetto al normale rapporto di lavoro privato. Valga un solo esempio: la P.A., a differenza del privato, non può assumere chi vuole, prescindendo da requisiti e da meccanismi selettivi.

(*) Avvocato dello Stato.

(1) Su tali temi: M. CUCCINIELLO, G. FATTORE, F. LONGO, E. RICCIUTI, A. TURRINI, *Management pubblico*, Egea, 2018, pp. 63-66.

La materia è disciplinata dal D.L.vo 30 marzo 2001, n. 165 contenente le “*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*” (Testo unico sul pubblico impiego, c.d. T.U.P.I.; di seguito gli articoli indicati senza ulteriore specificazione sono contenuti in questo testo) (2).

Giusta l'art. 1, commi 2 e 3,

- per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al D.L.vo 30 luglio 1999, n. 300. A questi fini, sono esclusi dalla nozione di amministrazione pubblica gli enti pubblici economici, quale ad es. l'Agenzia del Demanio (3). Al novero di amministrazioni dello Stato non sono riconducibili gli organi costituzionali in quanto non facenti tecnicamente parte della Pubblica Amministrazione;

- le disposizioni del T.U.P.I. costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 Cost.

La disciplina dell'organizzazione delle risorse umane e del rapporto di lavoro, dall'Unità d'Italia ad oggi, è stata un pendolo tra il modello privatistico e quello pubblicistico. In sintesi

- fino all'inizio degli anni '10 del secolo trascorso, la disciplina è stata privatistica (la stessa del rapporto di lavoro subordinato privato), con conseguente cognizione giurisdizionale dell'A.G.O. Lo Stato liberale non ritenne di creare uno *status* speciale per i dipendenti pubblici;

- poi, per un ottantennio, fino all'inizio degli anni '90 del secolo trascorso la disciplina è stata pubblicistica, diversa e distinta da quella relativa al rapporto di lavoro subordinato privato. La P.A. agiva a mezzo di atti autoritativi e la cognizione delle controversie spettava al G.A. Il mutamento di disciplina deve ascriversi anche all'ideologia dell'epoca, quella dello Stato fascista, connotata di autoritarismo;

(2) Sul rapporto di lavoro con le PP.AA. L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, IV edizione, 2005, pp. 471-515; L. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, VIII edizione, Giappichelli, 2018; E.A. APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego “privatizzato”*, Giuffrè, 2012.

(3) Di conseguenza l'art. 11, comma 1, dello Statuto della detta Agenzia così dispone: “*Il rapporto di lavoro del personale dipendente è disciplinato dalle norme che regolano il rapporto di lavoro privato e dal CCNL disciplinante il rapporto di lavoro del personale non dirigente dell'Agenzia sottoscritto con le organizzazioni sindacali in data 27.09.2004*”.

- infine, a partire dall'inizio degli anni '90 del secolo scorso la disciplina, tranne che per alcune determinate categorie, è ritornata quella del diritto privato (c.d. privatizzazione del pubblico impiego), con giurisdizione sulle controversie attribuita all'A.G.O. Il ritorno all'antico ha diverse cause, tra cui: l'esigenza di efficienza - in funzione della quale si ricorre a modelli aziendalistici - a fronte delle scarse *performance* della macchina amministrativa; la forte sindacalizzazione dei dipendenti pubblici.

Questo significa due cose: a) la disciplina normativa - in via di principio e salvo deroghe - è la stessa del lavoro nel privato e non un corpo speciale; b) il rapporto individuale trova fonte nel contratto (individuale e collettivo) e non nell'atto amministrativo. Tanto è enunciato nell'art. 2, commi 2 e 3, secondo cui:

- i rapporti di lavoro dei dipendenti delle PP.AA. sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile (artt. 2082 - 2134 c.c.) e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel T.U.P.I. che costituiscono disposizioni a carattere imperativo;

- i detti rapporti individuali di lavoro sono regolati contrattualmente, ossia da contratti individuali, integrati dai contratti collettivi. L'attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi o, alle condizioni previste, mediante contratti individuali. Il comma 3 *bis* dell'art. 2 precisa che *“Nel caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva, si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile”*.

Le categorie escluse dalla privatizzazione, con mantenimento della disciplina di diritto pubblico prevista dai rispettivi ordinamenti sono indicate nell'art. 3: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili (4); gli avvocati e procuratori dello Stato; il personale militare; il personale delle Forze di polizia di Stato (ossia: Polizia di Stato, Arma dei Carabinieri; Guardia di Finanza); il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia; i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'art. 1 D.L.vo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n. 691 (ossia i dipendenti della Banca d'Italia) e dalle leggi 4 giugno 1985, n. 281 (ossia i dipendenti della Consob) e 10 ottobre 1990, n. 287 (ossia i dipendenti dell'Antitrust); il personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco; il personale della carriera dirigenziale penitenziaria; i professori e i ricercatori universitari (nelle more della specifica disciplina che regola in modo organico il relativo rapporto di impiego).

(4) Non rientrano nella giurisdizione esclusiva i magistrati onorari, sia che esercitino funzioni giudicanti (Giudice di Pace e Giudice Onorario di Tribunale), sia che esercitino funzioni inquirenti (Vice procuratore Onorario). Venendo in rilievo un servizio onorario la giurisdizione sulle controversie avviene secondo i criteri generali di riparto.

Queste categorie - giusta l'art. 3, comma 1, - in deroga all'art. 2, commi 2 e 3, rimangono disciplinate dai rispettivi ordinamenti. Gli ordinamenti del personale non privatizzato sono caratterizzati da istituti e principi di natura settoriale (principio di specialità) con conservazione di una disciplina integralmente pubblicistica. Ciò trova fondamento nella funzione pubblica esercitata e nella prevalenza del rapporto organico rispetto al rapporto di servizio. Nel rapporto di lavoro *de quo* in luogo dell'atto gestorio di natura privatistica, si riscontra la permanenza di atti autoritativi nella disciplina del rapporto e la coesistenza degli stessi con gli atti paritetici.

Gli atti amministrativi paritetici (5) - con requisiti puntualmente delineati dalla legge, espressione di un'attività interamente vincolata - sono sforniti di autoritarità ed ove incidano su un diritto soggettivo consentono la tutela nel termine prescrizione. Sono tali, ad esempio, gli atti con cui la P.A. rifiuta di corrispondere al dipendente la retribuzione dovuta (diritto soggettivo patrimoniale), l'atto della P.A. di decadenza dalla proroga dell'incarico di insegnamento universitario fino alla nomina di un nuovo incaricato della materia (diritto soggettivo non patrimoniale) (6).

2. *Atti di organizzazione e gestione del rapporto di lavoro.*

Per la regola generale "*L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori*" (art. 2086, comma 1, c.c.) nella attività di gestione l'imprenditore adotta atti di diritto privato (contratti; negozi unilaterali; meri atti giuridici). Tale regola, calata al lavoro pubblico, va adattata. Essa vale per l'attività c.d. di microrganizzazione, ossia diretta alla gestione dello specifico rapporto di lavoro. Invece nel caso in cui venga in rilievo l'attività c.d. di macrorganizzazione, ossia organizzativa, il datore di lavoro pubblico adotta atti organizzativi (quali, ad esempio, l'approvazione della pianta organica, i decreti di natura non regolamentare di individuazione dei compiti di unità di livello dirigenziale generale), anche normativi (legge e regolamenti, quali quelli riguardanti l'organizzazione e la disciplina degli uffici ministeriali).

Circa la macrorganizzazione, l'art. 2, comma 1, recita che le PP.AA. "*definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive. [...]*". Trattasi di atti organizzativi di carattere generale, dal contenuto normativo in senso lato, mediante i

(5) La distinzione tra atti cd. autoritativi e paritetici venne operata con la decisione del Consiglio di Stato, 1 dicembre 1939, n. 795.

(6) Su questa fattispecie: Consiglio di Stato, Ad. Plen., 15 febbraio 1994, n. 3.

quali gli organi di governo delle PP.AA. esercitano le proprie funzioni di indirizzo politico amministrativo e di individuazione degli obiettivi e dei programmi da attuare. Dal punto di vista amministrativo trattasi di atti il cui contenuto presenta - ordinariamente - determinazioni con rilevanza mediata, preparatoria rispetto a singoli atti di gestione del rapporto di lavoro, non incidenti in modo immediato, se non eccezionalmente, sulle posizioni giuridiche soggettive dei singoli addetti. Tra l'altro, le PP.AA.:

- al fine di assicurare la trasparenza, l'informazione all'utenza relativa agli atti e allo stato dei procedimenti ed i diritti di partecipazione procedimentali, individuano, nell'ambito della propria struttura, uffici per le relazioni con il pubblico (art. 11);

- provvedono, nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, ad organizzare la gestione del contenzioso del lavoro, anche creando appositi uffici, in modo da assicurare l'efficace svolgimento di tutte le attività stragiudiziali e giudiziali inerenti alle controversie. Più amministrazioni omogenee o affini possono istituire, mediante convenzione che ne regoli le modalità di costituzione e di funzionamento, un unico ufficio per la gestione di tutto o parte del contenzioso comune (art. 12).

Circa la microrganizzazione, l'art. 5, comma 2, recita: *“Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, nel rispetto del principio di pari opportunità, e in particolare la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatte salve la sola informazione ai sindacati ovvero le ulteriori forme di partecipazione, ove previsti nei contratti di cui all'articolo 9”*. La natura privatistica della capacità e dei poteri è conseguenza della disciplina sostanziale del rapporto di lavoro dei dipendenti delle PP.AA. che è, per espressa previsione normativa, regolato in linea generale dalle pertinenti disposizioni del Codice Civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. Rispetto agli indicati poteri di gestione ed attività di natura privatistica non sono configurabili interessi legittimi dei singoli dipendenti in quanto il datore di lavoro pubblico “privatizzato” non opera più a mezzo di attività autoritativa. Le situazioni giuridiche soggettive dei dipendenti vanno ricondotte, pertanto, alla categoria dei diritti soggettivi, ad eccezione di quelle correlate agli atti di macrorganizzazione di cui all'art. 2. Devono quindi qualificarsi come atti di natura privatistica gli atti di disposizione particolare e concreta con cui l'Amm.ne attua la gestione del rapporto di lavoro con il dipendente, il quale deve osservare le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro *“impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende”* (ex art. 2104, comma 2, c.c.). La norma da ultimo citata riconosce al datore di lavoro tanto un potere di conformazione o

di specificazione della prestazione di lavoro, quanto un potere di assicurare l'ordinato svolgimento dell'attività nei luoghi di lavoro. Il potere di conformazione si sostanzia in un potere di emanare ordini di natura privatistica a forma libera, mentre il potere datoriale di assicurare l'ordinato svolgimento dell'attività ricomprende il potere di emanare circolari, ordini di servizio e regolamenti interni all'unità lavorativa, anch'essi di natura privatistica. La qualificazione privatistica dell'atto comporta che allo stesso non può applicarsi la disciplina normativa dell'atto amministrativo, quale i principi che regolano l'azione amministrativa ai sensi della L. 7 agosto 1990, n. 241 (sulla motivazione dell'atto, sulla comunicazione dell'avvio del procedimento, sulla partecipazione allo stesso, sul silenzio-assenso (7), sull'annullamento e revoca in autotutela, ecc.). L'atto gestorio è privo del carattere dell'autoritarità - tipico del provvedimento amministrativo - sicché andrà impugnato non nel termine di decadenza di sessanta giorni (tipico per i provvedimenti ex art. 29 c.p.a.), ma nel termine di prescrizione secondo la disciplina civilistica (8). Gli atti gestori - in quanto atti non amministrativi - non sono impugnabili con ricorsi amministrativi ex D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, neanche con quello straordinario al Capo dello Stato (conf. art. 7, comma 8, c.p.a.) (9).

Nei confronti dell'atto gestorio non è ipotizzabile la fattispecie dell'eccesso di potere. Si applicano, tuttavia, i principi generali della correttezza e della buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) ed il principio generale del divieto di discriminazione.

Ad es. nelle selezioni per progressioni orizzontali non vengono in evidenza atti amministrativi di ambito concorsuale, ma atti paritetici di gestione dei rapporti di lavoro, adottati con i poteri e le capacità del datore di lavoro privato; cionondimeno il datore di lavoro è pur sempre tenuto all'osservanza degli obblighi di buona fede e correttezza (10), in applicazione del principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost.; sicché, non è conforme ai canoni di cor-

(7) Conf. Cass., 14 settembre 2021, n. 24698, secondo cui in tema di rapporto di lavoro privatizzato, gli atti e procedimenti posti in essere dall'Amministrazione ai fini della gestione dei rapporti di lavoro subordinato devono essere valutati secondo gli stessi parametri che si utilizzano per i privati datori di lavoro e, conseguentemente, nell'ambito dei rapporti pubblici privatizzati non è invocabile, in via generale, il silenzio-assenso perché la L. n. 241/1990 si applica agli atti amministrativi propriamente detti, non agli atti - ormai di natura privatistica - di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze d'una P.A.

(8) Ossia, tra l'altro: a) nel termine di prescrizione ordinario ex art. 2946 c.c. (ad es. l'azione per i danni derivanti dalla violazione degli obblighi ex art. 2087 c.c., il diritto al risarcimento del danno per il risarcimento illegittimo); b) nel termine di prescrizione quinquennale ex art. 2948, n. 4 c.c. con riguardo a "tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi" (ad es. la retribuzione). Sulla materia: M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Prescrizione e decadenza nel diritto civile*, Giappichelli, 2015, pp. 262-266 (con riguardo alla prescrizione ordinaria) e pp. 305-306 (con riguardo alla prescrizione quinquennale).

(9) Su tali aspetti: M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Il processo nelle controversie di lavoro pubblico*, Giuffrè, 2012, pp. 20-25.

(10) Conf. Cass. 2 settembre 2021, n. 23827.

rettezza e buona fede la condotta della P.A. che, senza motivazione plausibile, riconosca ad alcuni dipendenti il punteggio scaturente dalla frequentazione a dati corsi e neghi lo stesso punteggio per i medesimi corsi ad altri dipendenti, operando in tal guisa una palese disparità di trattamento tra partecipanti alla medesima procedura di progressione di carriera, violando così il principio costituzionale di imparzialità della P.A. La valutazione discrezionale dei titoli in ambito concorsuale deve essere correttamente esercitata, nel senso che laddove vi è un potere discrezionale della P.A. nel valutare i candidati (oppure i rispettivi titoli di partecipazione), il percorso motivazionale nella scelta dei vincitori deve essere idoneo a consentire di verificare le ragioni in base alle quali alcuni sono stati ammessi ed altri esclusi.

3. *Distinzione tra indirizzo politico-amministrativo e gestione.*

Nella gestione delle risorse umane vige il principio della separazione tra attività di indirizzo e controllo politico-amministrativo e attività di attuazione e gestione: la prima spetta agli organi di vertice, di governo, la seconda spetta alla burocrazia. Ossia, giusta l'art. 4:

- gli organi di vertice, di governo (11) esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti (12);

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

(11) Tali organi possono essere di due tipi: espressione - diretta o indiretta - di rappresentanza politica (ciò è tipico per gli enti territoriali); selezione con procedimenti diversi dal meccanismo di rappresentanza politica.

(12) Con riguardo alle amministrazioni statali il comma 1 dell'art. 14 precisa: *“Il Ministro esercita le funzioni di cui all'articolo 4, comma 1. A tal fine periodicamente, e comunque ogni anno entro dieci giorni dalla pubblicazione della legge di bilancio, anche sulla base delle proposte dei dirigenti di cui all'articolo 16: a) definisce obiettivi, priorità, piani e programmi da attuare ed emana le conseguenti direttive generali per l'attività amministrativa e per la gestione; b) effettua, ai fini dell'adempimento dei compiti definiti ai sensi della lettera a), l'assegnazione ai dirigenti preposti ai centri di responsabilità delle rispettive amministrazioni delle risorse di cui all'articolo 4, comma 1, lettera c), del presente decreto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 7 agosto 1997, n. 279, e successive modificazioni ed integrazioni, [...]; provvede alle variazioni delle assegnazioni con le modalità previste dal medesimo decreto legislativo 7 agosto 1997, n. 279, tenendo altresì conto dei procedimenti e sub-procedimenti attribuiti ed adotta gli altri provvedimenti ivi previsti”*.

4. TIPOLOGIA DI PUBBLICI DIPENDENTI.

Pubblici dipendenti sono coloro che hanno un rapporto di lavoro subordinato con la P.A., sia a tempo determinato che a tempo indeterminato. Sono la stragrande maggioranza delle risorse umane di cui si serve la P.A. Vi sono anche risorse umane diverse dai pubblici dipendenti: lavoratori autonomi, tra cui consulenti, professionisti intellettuali; personale onorario (presidenti e componenti di consigli di amministrazione di enti; rappresentanti politici, ecc.).

I pubblici dipendenti sono distinguibili in dirigenti, funzionari, addetti.

4.1. Dirigenti.

I dirigenti sono il livello apicale dei dipendenti pubblici. Sono (dovrebbero essere) i direttori dell'orchestra, la cinghia di trasmissione tra l'organo di indirizzo politico e le risorse umane operative.

La disciplina generale dei dirigenti delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, è contenuta nel capo II del titolo II del T.U.P.I. (artt. 13-29). Tale disciplina si estende - in virtù dell'art. 27, comma 1 (13), imponente un obbligo di adeguamento - agli altri enti pubblici non economici.

In ogni amministrazione dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, è istituito il ruolo dei dirigenti, che si articola in due fasce: la prima (riguardante i dirigenti preposti agli uffici dirigenziali generali) e la seconda (riguardante i dirigenti preposti ad uffici diversi da quelli dirigenziali generali), nel cui ambito sono definite apposite sezioni in modo da garantire la eventuale specificità tecnica (artt. 15 (14) e 23 (15)).

Vi è poi una terza tipologia di funzioni dirigenziali, la più importante tenuto conto della rilevanza degli uffici ai quali si è preposti, costituita dagli incarichi di segretario generale e di direzione di strutture articolate in più uffici dirigenziali generali (come il Capo Dipartimento di un Ministero); sono inca-

(13) *“Le regioni a statuto ordinario, nell'esercizio della propria potestà statutaria, legislativa e regolamentare, e le altre pubbliche amministrazioni, nell'esercizio della propria potestà statutaria e regolamentare, adeguano ai principi dell'articolo 4 e del presente capo i propri ordinamenti, tenendo conto delle relative peculiarità. Gli enti pubblici non economici nazionali si adeguano, anche in deroga alle speciali disposizioni di legge che li disciplinano, adottando appositi regolamenti di organizzazione”.*

(14) Che al comma 5 dispone: *“Per il Consiglio di Stato e per i tribunali amministrativi regionali, per la Corte dei conti, per il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e per l'Avvocatura generale dello Stato, le attribuzioni che il presente decreto demanda agli organi di Governo sono di competenza rispettivamente, del Presidente del Consiglio di Stato, del Presidente della Corte dei Conti, del Presidente del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e dell'Avvocato generale dello Stato; le attribuzioni che il presente decreto demanda ai dirigenti preposti ad uffici dirigenziali di livello generale sono di competenza dei segretari generali dei predetti istituti”.*

(15) Il cui comma 2 enuncia *“È assicurata la mobilità dei dirigenti, nei limiti dei posti disponibili, in base all'articolo 30 del presente decreto”.*

ricchi apicali, conferiti nelle Amm.ni statali con D.P.R., previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente, a personale con qualifica di dirigente o, entro certi limiti, a soggetti non appartenenti ai ruoli della dirigenza con determinati requisiti e qualità professionali. Ciò detto degli incarichi apicali, si tratterà dei dirigenti sia di prima e di seconda fascia.

Le funzioni dei dirigenti di uffici dirigenziali generali sono indicate dal comma 1 dell'art. 16: *“a) formulano proposte ed esprimono pareri al Ministro, nelle materie di sua competenza; a-bis) propongono le risorse e i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'articolo 6, comma 4; b) curano l'attuazione dei piani, programmi e direttive generali definite dal Ministro e attribuiscono ai dirigenti gli incarichi e la responsabilità di specifici progetti e gestioni; definiscono gli obiettivi che i dirigenti devono perseguire e attribuiscono le conseguenti risorse umane, finanziarie e materiali; c) adottano gli atti relativi all'organizzazione degli uffici di livello dirigenziale non generale; d) adottano gli atti e i provvedimenti amministrativi ed esercitano i poteri di spesa e quelli di acquisizione delle entrate rientranti nella competenza dei propri uffici, salvo quelli delegati ai dirigenti; d-bis) adottano i provvedimenti previsti dall'articolo 17, comma 2, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni; e) dirigono, coordinano e controllano l'attività dei dirigenti e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con potere sostitutivo in caso di inerzia, e propongono l'adozione, nei confronti dei dirigenti, delle misure previste dall'articolo 21; f) promuovono e resistono alle liti ed hanno il potere di conciliare e di transigere, fermo restando quanto disposto dall'articolo 12, comma 1, della legge 3 aprile 1979, n. 103; g) richiedono direttamente pareri agli organi consultivi dell'amministrazione e rispondono ai rilievi degli organi di controllo sugli atti di competenza; h) svolgono le attività di organizzazione e gestione del personale e di gestione dei rapporti sindacali e di lavoro; i) decidono sui ricorsi gerarchici contro gli atti e i provvedimenti amministrativi non definitivi dei dirigenti; l) curano i rapporti con gli uffici dell'Unione europea e degli organismi internazionali nelle materie di competenza secondo le specifiche direttive dell'organo di direzione politica, sempreché tali rapporti non siano espressamente affidati ad apposito ufficio o organo; l-bis) concorrono alla definizione di misure idonee a prevenire e contrastare i fenomeni di corruzione e a controllarne il rispetto da parte dei dipendenti dell'ufficio cui sono preposti; l-ter) forniscono le informazioni richieste dal soggetto competente per l'individuazione delle attività nell'ambito delle quali è più elevato il rischio corruzione e formulano specifiche proposte volte alla prevenzione del rischio medesimo; l-quater) provvedono al monitoraggio delle attività nell'ambito delle quali è più elevato il rischio corruzione svolte nell'ufficio a cui sono preposti, disponendo, con prov-*

vedimento motivato, la rotazione del personale nei casi di avvio di procedimenti penali o disciplinari per condotte di natura corruttiva” (16).

Le funzioni dei dirigenti di uffici dirigenziali non generali sono indicate dal comma 1 dell’art. 17: “*a) formulano proposte ed esprimono pareri ai dirigenti degli uffici dirigenziali generali; b) curano l’attuazione dei progetti e delle gestioni ad essi assegnati dai dirigenti degli uffici dirigenziali generali, adottando i relativi atti e provvedimenti amministrativi ed esercitando i poteri di spesa e di acquisizione delle entrate; c) svolgono tutti gli altri compiti ad essi delegati dai dirigenti degli uffici dirigenziali generali; d) dirigono, coordinano e controllano l’attività degli uffici che da essi dipendono e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con poteri sostitutivi in caso di inerzia; d-bis) concorrono all’individuazione delle risorse e dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell’ufficio cui sono preposti anche al fine dell’elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all’articolo 6, comma 4; e) provvedono alla gestione del personale e delle risorse finanziarie e strumentali assegnate ai propri uffici, anche ai sensi di quanto previsto all’articolo 16, comma 1, lettera l-bis; e-bis) effettuano la valutazione del personale assegnato ai propri uffici, nel rispetto del principio del merito, ai fini della progressione economica e tra le aree, nonché della corresponsione di indennità e premi incentivanti” (17).*

In date percentuali (sul 20 % del numero dei dirigenti statali burocratici) possono essere investiti di funzioni dirigenziali anche persone estranee alla dirigenza burocratica della specifica amministrazione: l’organo di vertice, di governo può conferire l’incarico dirigenziale a persone reputate necessarie alla realizzazione degli obiettivi, in possesso comunque di requisiti di professionalità, anche esterni alla dirigenza burocratica dell’ente, come ad esempio funzionari o addetti dell’ente, funzionari, addetti o dirigenti di altri enti, anche privati; altre professionalità (la normativa di dettaglio è contenuta nei commi 5 bis e 6 dell’art. 19).

Tendenzialmente il dirigente appartenente all’ente svolge le funzioni dirigenziali. Può accadere tuttavia che il dirigente non svolga funzioni dirigen-

(16) I commi 4 e 5 dell’art. 16 precisano: “*4. Gli atti e i provvedimenti adottati dai dirigenti preposti al vertice dell’amministrazione e dai dirigenti di uffici dirigenziali generali di cui al presente articolo non sono suscettibili di ricorso gerarchico. 5. Gli ordinamenti delle amministrazioni pubbliche al cui vertice è preposto un segretario generale, capo dipartimento o altro dirigente comunque denominato, con funzione di coordinamento di uffici dirigenziali di livello generale, ne definiscono i compiti ed i poteri”.*

(17) Il comma 1 bis del citato art. 17 statuisce: “*I dirigenti, per specifiche e comprovate ragioni di servizio, possono delegare per un periodo di tempo determinato, con atto scritto e motivato, alcune delle competenze comprese nelle funzioni di cui alle lettere b), d) ed e) del comma 1 a dipendenti che ricoprono le posizioni funzionali più elevate nell’ambito degli uffici ad essi affidati. Non si applica in ogni caso l’articolo 2103 del codice civile”.*

ziali (quando non gli viene conferito l'incarico), oppure che le funzioni dirigenziali siano svolte da colui che non sia un dirigente appartenente all'ente. Circa i dirigenti burocratici - nelle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, e negli enti pubblici non economici - si osserva.

Giusta l'art. 28 (18), i dirigenti della seconda fascia sono reclutati con due modalità: a) concorso indetto dalle singole amministrazioni; b) ovvero per corso-concorso selettivo di formazione bandito dalla Scuola superiore della pubblica amministrazione.

I dirigenti della prima fascia sono reclutati, giusta gli artt. 23 e 28 *bis* T.U.P.I., con due modalità: a) per il cinquanta per cento dei posti, tramite concorso pubblico per titoli ed esami indetto dalle singole amministrazioni. Al concorso per titoli ed esami possono essere ammessi i dirigenti di ruolo delle pubbliche amministrazioni, che abbiano maturato almeno cinque anni di servizio nei ruoli dirigenziali e gli altri soggetti in possesso di titoli di studio e professionali individuati nei bandi di concorso, con riferimento alle specifiche esigenze dell'Amministrazione; b) per i residui posti disponibili, mediante transito dei dirigenti della seconda fascia nella prima qualora abbiano ricoperto incarichi di direzione di uffici dirigenziali generali o equivalenti secondo la disciplina del comma 1 del citato art. 23.

Regole peculiari sono dettate per la dirigenza del Servizio sanitario nazionale (art. 26) e per la dirigenza delle istituzioni scolastiche (artt. 25 e 29).

L'esito positivo del reclutamento determina l'accesso alla qualifica di dirigente - a seconda dei casi - della seconda fascia o della prima fascia e l'immissione nel ruolo.

Con distinto atto, rispetto dalla immissione nel rispettivo ruolo, al dirigente viene conferito l'incarico dirigenziale, poi modalizzato in un contratto con durata temporanea, da tre a cinque anni. Finché non riceve l'incarico il dirigente non svolge le funzioni e beneficia di un trattamento base fondamentale (nell'ipotesi innanzi descritta del dirigente che non svolga funzioni dirigenziali).

L'incarico viene conferito all'esito di un interpello tra coloro che si dichiarano disponibili alle funzioni. Al fine di assicurare la più ampia partecipazione ed in funzione della trasparenza l'amministrazione deve rendere conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta (art. 19, comma 1 *bis*). I commi 4 e 5 dell'art. 19 individuano l'autorità competente a conferire gli incarichi:

- gli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale sono conferiti

(18) Il quale al comma 5, rinvia ad un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, L. 23 agosto 1988, n. 400 per la disciplina in materia di accesso alla qualifica di dirigente, adottato poi con D.P.R. 24 settembre 2004, n. 272.

con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, a dirigenti della prima fascia dei ruoli o, in misura non superiore al 70 per cento della relativa dotazione, agli altri dirigenti appartenenti ai medesimi ruoli ovvero, con contratto a tempo determinato, a persone in possesso delle specifiche qualità professionali richieste dal comma 6;

- gli incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale sono conferiti, dal dirigente dell'ufficio di livello dirigenziale generale, ai dirigenti assegnati al suo ufficio.

L'interpello dà luogo ad una procedura selettiva non concorsuale, nella quale il decisore sceglie chi reputa idoneo alle funzioni, con valutazione e scelta ampiamente discrezionale. Ai fini del conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale il comma 1 dell'art. 19 impone di tenere conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, delle specifiche competenze organizzative possedute, nonché delle esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti al conferimento dell'incarico. Al conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi non si applica l'art. 2103 c.c.

Con il provvedimento di conferimento dell'incarico sono individuati l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire, con riferimento alle priorità, ai piani e ai programmi definiti dall'organo di vertice nei propri atti di indirizzo e alle eventuali modifiche degli stessi che intervengano nel corso del rapporto, nonché la durata dell'incarico, che deve essere correlata agli obiettivi prefissati e che, comunque, non può essere inferiore a tre anni né eccedere il termine di cinque anni. La durata dell'incarico può essere inferiore a tre anni se coincide con il conseguimento del limite di età per il collocamento a riposo dell'interessato. Gli incarichi sono rinnovabili. Al provvedimento di conferimento dell'incarico accede un contratto individuale con cui è definito il corrispondente trattamento economico, nel rispetto dei principi definiti dall'articolo 24. È sempre ammessa la risoluzione consensuale del rapporto. In caso di primo conferimento ad un dirigente della seconda fascia di incarichi di uffici dirigenziali generali o di funzioni equiparate, la durata dell'incarico è pari a tre anni (art. 19, comma 2).

L'incarico cessa prima della durata convenuta nell'ipotesi di revoca o di recesso dal rapporto di lavoro.

Alla scadenza dell'incarico, previo interpello, il dirigente viene confermato nell'incarico oppure resta senza incarico. In questa evenienza o resta inofficioso o gli si dà un incarico non operativo, nelle more che, sempre all'esito di interpello, gli venga conferito un normale incarico operativo o venga collocato in quiescenza. Circa i caratteri dell'incarico non operativo si osserva che l'art. 19, comma 10, enuncia *“I dirigenti ai quali non sia affidata la tito-*

larità di uffici dirigenziali svolgono, su richiesta degli organi di vertice delle amministrazioni che ne abbiano interesse, funzioni ispettive, di consulenza, studio e ricerca o altri incarichi specifici previsti dall'ordinamento, ivi compresi quelli presso i collegi di revisione degli enti pubblici in rappresentanza di amministrazioni ministeriali”.

Il trattamento economico del dirigente è regolato dall'art. 24:

- la retribuzione del personale con qualifica di dirigente è determinata dai contratti collettivi per le aree dirigenziali, i quali devono prevedere che il trattamento economico accessorio sia correlato alle funzioni attribuite, alle connesse responsabilità e ai risultati conseguiti. Il trattamento accessorio collegato ai risultati deve costituire almeno il 30 % della retribuzione complessiva del dirigente;

- il trattamento economico come innanzi determinato remunera tutte le funzioni ed i compiti attribuiti ai dirigenti, nonché qualsiasi incarico ad essi conferito in ragione del loro ufficio o comunque conferito dall'amministrazione presso cui prestano servizio o su designazione della stessa; i compensi dovuti dai terzi sono corrisposti direttamente alla medesima amministrazione e confluiscono nelle risorse destinate al trattamento economico accessorio della dirigenza (principio di omnicomprensività).

4.2. Funzionari e addetti.

Le risorse umane operative possono essere distinte in funzionari ed addetti. I primi, diplomati o laureati, svolgono un lavoro prevalentemente intellettuale. I secondi, con titoli inferiori, svolgono un lavoro prevalentemente manuale (esempio: commessi ed autisti).

Tra i funzionari vi possono essere persone che svolgono un lavoro di coordinamento e direzione di altre risorse umane. Ciò in virtù di deleghe dei dirigenti. Oppure in virtù del conferimento delle c.d. posizioni organizzative, istituto della contrattazione collettiva in virtù del quale al personale dipendente delle PP.AA. sono attribuiti particolari incarichi per il cui assolvimento sono richieste peculiari competenze culturali e professionali (19). La posizione organizzativa viene attribuita con criteri fissati dalla contrattazione collettiva tra i dipendenti che si dichiarino disponibili all'esito di procedura di interpello. Il

(19) Ad es. l'art. 13 del CCNL del Comparto delle Funzioni locali del 21 maggio 2018 istituisce l'Area delle posizioni organizzative, ossia posizioni di lavoro che richiedono, con assunzione diretta di elevata responsabilità di prodotto e di risultato: a) lo svolgimento di funzioni di direzione di unità organizzative di particolare complessità, caratterizzate da elevato grado di autonomia gestionale e organizzativa; b) lo svolgimento di attività con contenuti di alta professionalità comprese quelle comportanti anche l'iscrizione ad albi professionali, richiedenti elevata competenza specialistica acquisita attraverso titoli formali di livello universitario del sistema educativo e di istruzione oppure attraverso consolidate e rilevanti esperienze lavorative in posizioni ad elevata qualificazione professionale o di responsabilità, risultanti dal *curriculum*.

dipendente titolare di P.O. ha diritto ad un compenso aggiuntivo. Il dirigente non è libero nell'assegnazione della posizione organizzativa in presenza della selezione di diversi candidati (20).

5. LA SELEZIONE DEI PUBBLICI DIPENDENTI. (21)

Il complesso dei pubblici dipendenti, delle risorse umane alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche italiane ammonta ad oltre tre milioni di unità (22). A partire dalla crisi del 2008 - allo scopo di contenere la spesa pubblica - si è assistito al cosiddetto blocco del *turn over*, ossia al blocco delle assunzioni (23), anche a fronte dei progressivi pensionamenti dei più anziani. Tale blocco ha determinato, di conseguenza, anche un innalzamento dell'età media del personale in servizio, con ciò accentuando il dato che la pubblica amministrazione italiana è un'amministrazione vecchia. Si pensi che nel 2007, l'età anagrafica media risultava di quasi 47 anni (24), mentre nel 2021 risulta di 50 anni. Solo a partire dal 2018 il blocco è cessato, con una ripresa delle procedure assunzionali.

Il personale delle PP.AA. appare scarsamente qualificato (25), il basso livello della formazione incide inevitabilmente, rallentandoli, sui programmi di riforma e di ammodernamento delle organizzazioni pubbliche; fortemente carente è anche l'organizzazione delle attività di formazione iniziale e continua. La qualità, le capacità, le attitudini dei dipendenti sono eterogenee, variabili a seconda della distribuzione geografica, dell'età, delle discutibili politiche di acquisizione delle risorse umane (specie il precariato, conseguente a meccanismi di assunzione diversi dal concorso).

(20) Così Cass., 12 giugno 2020 n. 11367, la quale precisa che in mancanza di adeguata motivazione del provvedimento di nomina, ben può il giudice adito dal candidato ritenuto estromesso giudicare irrazionale la scelta effettuata e condannare l'ente a rimborsare la perdita di *chance* nella misura pari al 90% del valore della posizione organizzativa del candidato leso dal provvedimento immotivato del dirigente.

(21) Sulla problematica: M. GERARDO, *La selezione della burocrazia in Italia nell'attuale momento storico* in *Rass. Avv. dello Stato* 2018, 4, pp. 259-283.

(22) La Pubblica Amministrazione italiana al 1° gennaio 2021 conta 3.212.450 dipendenti.

(23) Totale o parziale - negli anni precedenti il 2018 del 75%, ossia, per ogni quattro risorse umane cessate vi è la capacità di assumere una risorsa umana - nel corso degli anni.

(24) Così: L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, 2009, p. 280.

(25) "Sulla formazione dei dipendenti pubblici l'Italia continua ad investire poco. Nel 2019, l'ultimo anno fotografato dalla Ragioneria dello Stato, l'investimento complessivo è stato di 163,7 milioni di euro, 110 milioni in meno rispetto a 10 anni fa, che corrispondono a una media di 1,2 giorni di formazione l'anno. I laureati nella PA sono il 41,5%, cresciuti del 21,5% negli ultimi 10 anni, ma con un predominio di giuristi: 3 su dieci sono laureati in giurisprudenza, il 17% in economia, il 16% in scienze politiche o sociologia. Secondo i dati Istat la formazione è soprattutto su competenze tecnico specialistiche (45,2% dei partecipanti) e giuridico-normativa (30,9%), mentre solo una minoranza ha svolto corsi per accrescere competenze digitali (5%) o di project management (2,3%)": da "ForumPA 2021, presentata la ricerca sul lavoro pubblico", 21 giugno 2021, sul sito del Ministro per la Pubblica Amministrazione, dal quale sono stati ricavati gli ulteriori dati al 2021 riportati nel testo.

Si presenta necessaria una riorganizzazione dell'assetto delle PP.AA. per far fronte ai cambiamenti dei processi lavorativi indotti dall'utilizzo delle nuove tecnologie e dalle innovazioni legislative, acquisendo le competenze necessarie a supportare processi di sviluppo sostenibile coerenti con gli obiettivi comunitari e nazionali.

5.1. Modalità con le quali l'amministrazione procede alla provvista delle risorse umane.

In Italia, come in altri paesi, il modello ordinario con il quale la P.A. procede alla provvista delle risorse umane è quello del concorso. Tale modello è reputato funzionale alla selezione, in modo imparziale e senza favoritismi, dei migliori in relazione alle esigenze delle amministrazioni.

Nel nostro ordinamento vi è una espressa norma di rango costituzionale, ossia l'art. 97, comma 4, che testualmente dispone: *“Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”*. La regola del concorso per l'accesso agli impieghi nella P.A. esclude la nomina politica, a favore di un sistema selettivo che assicuri una legittimazione tecnica dei pubblici dipendenti. In altri termini, il concorso pubblico è la forma generale ed ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego, in quanto offre la migliore garanzia di selezione dei soggetti più capaci ed è quindi strumento di efficienza dell'azione amministrativa (26). Corollario di ciò è la regola dell'anonimato delle selezioni concorsuali (27).

La Corte costituzionale è stata spesso chiamata ad intervenire per valutare la legittimità di disposizioni statali e regionali che escludevano la regola del concorso per l'assunzione agli impieghi presso le PP.AA. ovvero riservavano a personale già dipendente, spesso precario, la partecipazione ai concorsi per l'assunzione, anche a cariche dirigenziali, o per l'avanzamento in carriera. Il giudice delle leggi ha dichiarato costituzionalmente illegittime per violazione dell'art. 97, comma 4, Cost., le disposizioni legislative che riservano al personale già dipendente, anche sprovvisto di titolo di studio universitario, l'accesso alla dirigenza. Ha osservato la Corte che il pubblico concorso è *“meccanismo strumentale rispetto al canone di efficienza dell'amministrazione, il quale può dirsi pienamente rispettato qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi; forme che possono considerarsi non irragionevoli solo in presenza di particolari situazioni, che possono giustificare per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione”* (28). Riassumendo i risultati cui era già

(26) Sulla valenza costituzionale del principio in ordine a tali temi e a quelli di seguito riportati: R. CARANTA, nel commento *sub* art. 97 Cost., in A. CELOTTO, M. OLIVETTI, R. BIFULCO, *Commentario alla Costituzione*, vol. II, UTET, 2006.

(27) Conf. Cons. Stato, Ad. Plen., 20 novembre 2013, n. 26.

pervenuta la giurisprudenza costituzionale, in una successiva pronuncia la Corte costituzionale ha rilevato *“che l'accesso dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni a funzioni più elevate non sfugge, di norma, alla regola del pubblico concorso, cui è possibile apportare deroghe solo in particolari situazioni che ne dimostrino la ragionevolezza”*, cosicché, *“di regola, questo requisito non è configurabile [...] a proposito di norme che prevedano scivolamenti automatici verso posizioni superiori (senza concorso o comunque senza adeguate selezioni o verifiche attitudinali) o concorsi interni per la totalità dei posti vacanti”* (29).

La disposizione del comma 4, art. 97 Cost., come visto, ammette eccezioni alla regola del concorso; la giurisprudenza costituzionale, premesso dunque che la regola del concorso pubblico non è assoluta, consentendosi deroghe legislativamente disposte per singoli casi e secondo criteri appartenenti alla discrezionalità del legislatore, ritiene che essa non escluda forme diverse di reclutamento e di copertura dei posti, purché rispondano a criteri di ragionevolezza e siano comunque in armonia con le disposizioni costituzionali e tali da non contraddire i principi di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione, principi che costituiscono la base comune della previsione concorsuale-selettiva (30).

La norma costituzionale, alla luce anche degli orientamenti della Corte Costituzionale, viene precisata nell'art. 35 secondo cui - fatte salve le ipotesi

(28) C. Cost., sentenza 16 maggio 2002, n. 194 la quale, tra l'altro, precisa che è illegittimo un concorso "interno" riservato ai dipendenti dell'amministrazione (*sub specie* di procedura di riqualificazione), laddove è legittimo un concorso pubblico con riserva di posti; inoltre deroghe alla regola del concorso, da parte del legislatore, sono ammissibili soltanto nei limiti segnati all'esigenza di garantire il buon andamento dell'amministrazione o di attuare altri principi di rilievo costituzionale, in ragione delle peculiarità di particolari uffici.

(29) C. Cost., sentenza 24 luglio 2003, n. 274; la stessa decisione, peraltro, precisa che *“La giurisprudenza di questa Corte ritiene che alla regola del pubblico concorso [...] sia possibile apportare deroghe (come del resto ammette il terzo comma dell'art. 97 Cost.) qualora ricorrano particolari situazioni che le rendano non irragionevoli (da ultimo, ordinanza n. 517 del 2002). Ai fini di una valutazione di non irragionevolezza della disciplina in esame è rilevante considerare come essa riguardi l'inserimento in posti di ruolo di soggetti i quali si trovavano da tempo, nell'ambito dell'amministrazione regionale (o degli enti regionali), in una posizione di precarietà, perché assunti con contratto a termine o con la particolare qualificazione connessa alla figura degli addetti a lavori socialmente utili; e quindi verosimilmente avevano, nella precarietà, acquisito l'esperienza necessaria a far ritenere la stabilizzazione della loro posizione funzionale alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione (art. 97, comma 1, della Costituzione)”*.

(30) C. Cost., sentenza 31 ottobre 1995, n. 478, che precisa: la *“regola del pubblico concorso, applicabile anche al passaggio a funzioni superiori (sent. n. 313 del 1994; sent. n. 487 del 1991 e sent. n. 161 del 1990), non esclude forme diverse di reclutamento e di copertura dei posti, purché rispondano a criteri di ragionevolezza (presenza di peculiari situazioni giustificatrici senza automatismi: sent. n. 314 del 1994; valutazione delle mansioni concretamente svolte in precedenza: sent. n. 134 del 1995) e siano comunque in armonia con le disposizioni costituzionali e tali da non contraddire i principi di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione. Tali ultimi due principi costituiscono la base comune della previsione concorsuale-selettiva”*.

di avviamento obbligatorio degli iscritti nelle liste di collocamento e le assunzioni obbligatorie dei soggetti di cui alla L. 12 marzo 1999, n. 68 - l'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro, tramite procedure selettive, conformi ai principi del comma 3, volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno. L'articolo dispone altresì:

“3. Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi:

a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione;

b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire;

c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori;

d) decentramento delle procedure di reclutamento;

e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali;

e-ter) possibilità di richiedere, tra i requisiti previsti per specifici profili o livelli di inquadramento di alta specializzazione, il possesso del titolo di dottore di ricerca o del master universitario di secondo livello o l'essere stati titolari per almeno due anni di contratti di ricerca di cui all'articolo 22 della legge 30 dicembre 2010, n. 240. [...]

3-bis. Le amministrazioni pubbliche, nel rispetto della programmazione triennale del fabbisogno, nonché del limite massimo complessivo del 50 per cento delle risorse finanziarie disponibili ai sensi della normativa vigente in materia di assunzioni ovvero di contenimento della spesa di personale, secondo i rispettivi regimi limitativi fissati dai documenti di finanza pubblica e, per le amministrazioni interessate, previo espletamento della procedura di cui al comma 4, possono avviare procedure di reclutamento mediante concorso pubblico: a) con riserva dei posti, nel limite massimo del 40 per cento di quelli banditi, a favore dei titolari di rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato che, alla data di pubblicazione dei bandi, hanno maturato almeno tre anni di servizio alle dipendenze dell'amministrazione che emana il bando; b) per titoli ed esami, finalizzati a valorizzare, con apposito punteggio, l'esperienza professionale maturata dal personale di cui alla lettera a) e di coloro che, alla data di emanazione del bando, hanno maturato al-

meno tre anni di contratto di lavoro flessibile nell'amministrazione che emana il bando. [...]

4. Le determinazioni relative all'avvio di procedure di reclutamento sono adottate da ciascuna amministrazione o ente sulla base del piano triennale dei fabbisogni approvato ai sensi dell'articolo 6, comma 4. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono autorizzati l'avvio delle procedure concorsuali e le relative assunzioni del personale delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, delle agenzie e degli enti pubblici non economici. [...].

5. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 4, comma 3-quinquies (31), del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, per le amministrazioni di cui al comma 4, le restanti amministrazioni pubbliche, per lo svolgimento delle proprie procedure selettive, possono rivolgersi al Dipartimento della funzione pubblica e avvalersi della Commissione per l'attuazione del Progetto di Riqualificazione delle Pubbliche Amministrazioni (RIPAM). Tale Commissione è nominata con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione [...]. La Commissione: a) approva i bandi di concorso per il reclutamento di personale a tempo indeterminato; b) indice i bandi di concorso e nomina le commissioni esaminatrici; c) valida le graduatorie finali di merito delle procedure concorsuali trasmesse dalle commissioni esaminatrici; d) assegna i vincitori e gli idonei delle procedure concorsuali alle amministrazioni pubbliche interessate; e) adotta ogni ulteriore eventuale atto connesso alle procedure concorsuali, fatte salve le competenze proprie delle commissioni esaminatrici. A tali fini, la Commissione RIPAM si avvale di personale messo a disposizione dall'Associazione Formez PA. [...]

(31) Per il quale il reclutamento dei dirigenti e delle figure professionali comuni a tutte le PP.AA. di cui all'articolo 35, comma 4, T.U.P.I. si svolge mediante concorsi pubblici unici, nel rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento. I concorsi unici sono organizzati dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, anche avvalendosi della Commissione RIPAM, previa ricognizione del fabbisogno presso le amministrazioni interessate, nel rispetto dei vincoli finanziari in materia di assunzioni a tempo indeterminato. Il Dipartimento della funzione pubblica, nella ricognizione del fabbisogno, verifica le vacanze riguardanti le sedi delle amministrazioni ricadenti nella medesima regione. Ove tali vacanze risultino riferite ad una singola regione, il concorso unico si svolge in ambito regionale, ferme restando le norme generali di partecipazione ai concorsi pubblici. Le PP.AA. di cui all'articolo 35, comma 4, del T.U.P.I., nel rispetto del regime delle assunzioni a tempo indeterminato, possono assumere personale solo attingendo alle nuove graduatorie di concorso predisposte presso il Dipartimento della funzione pubblica, fino al loro esaurimento, provvedendo a programmare le quote annuali di assunzioni. All'evidenza, questa previsione impone alle amministrazioni dello Stato, alle agenzie e agli enti pubblici economici, concorsi pubblici unici per il reclutamento dei dirigenti e delle figure professionali comuni. Il trascritto art. 35, comma 5 ha poi espressamente previsto, seppure in termini di facoltà, che anche tutte le restanti amministrazioni, diverse da quelle centrali, possano rivolgersi al Dipartimento della funzione pubblica per l'organizzazione di concorsi unici accentrati o aggregati per dirigenti o figure comuni.

5.2. Il Dipartimento della funzione pubblica [...] elabora [...] linee guida di indirizzo amministrativo sullo svolgimento delle prove concorsuali e sulla valutazione dei titoli, ispirate alle migliori pratiche a livello nazionale e internazionale in materia di reclutamento del personale, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, vigente in materia (32). [...]

5-bis. I vincitori dei concorsi devono permanere nella sede di prima destinazione per un periodo non inferiore a cinque anni, ad eccezione dei direttori dei servizi generali e amministrativi delle istituzioni scolastiche ed educative che permangono nella sede di prima destinazione per un periodo non inferiore a tre anni. La presente disposizione costituisce norma non derogabile dai contratti collettivi.

5-ter. Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di due anni dalla data di approvazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali. Il principio della parità di condizioni per l'accesso ai pubblici uffici è garantito, mediante specifiche disposizioni del bando, con riferimento al luogo di residenza dei concorrenti, quando tale requisito sia strumentale all'assolvimento di servizi altrimenti non attuabili o almeno non attuabili con identico risultato. [...]

7. Il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi degli enti locali disciplina le dotazioni organiche, le modalità di assunzione agli impieghi, i requisiti di accesso e le procedure concorsuali, nel rispetto dei principi fissati dai commi precedenti”.

Ulteriori norme generali di riferimento si rinvengono, oltre al citato art. 35, nel D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 (Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi, oggetto di rinvio formale dall'art. 70, comma 13 attribuito al detto regolamento un rango legislativo) (33), nel D.P.R. 24 settembre 2004, n. 272 (Regolamento di disciplina in materia di accesso alla qualifica di dirigente) e nel D.P.R. 16 aprile 2013, n. 70 (Regolamento recante riordino del sistema di reclutamento e formazione dei dipendenti pubblici e delle Scuole pubbliche di formazione).

5.2. Contenuto della preparazione richiesta ai candidati.

Circa il contenuto della preparazione richiesta in capo ai candidati ci si può riferire ai modelli francese ed inglese.

(32) Per le linee guida previste dal citato comma: Direttiva 24 aprile 2018, n. 3/2018.

(33) Nella recente legislazione si tende a semplificare le procedure contenute nei testi standard. A tal fine si richiama l'art. 14, comma 10 *ter*, D.L. 28 gennaio 2019, n. 4, conv. l. 28 marzo 2019, n. 26, in relazione ai concorsi pubblici ivi disciplinati per il reclutamento del personale degli uffici giudiziari, anche in deroga alla disciplina prevista dal regolamento di cui al D.P.R. n. 487/1994.

Nell'amministrazione pubblica francese, la componente giuridica è molto forte, i laureati in diritto sono favoriti nell'accesso alla pubblica amministrazione. Nel Regno Unito vi è un ruolo limitato dell'elemento giuridico; scarso è il personale amministrativo di formazione giuridica. La burocrazia ha una formazione generalista (lettere classiche, filosofia, scienze politiche ecc.). Al ruolo secondario della formazione giuridica fa riscontro uno sviluppo limitato della stessa cultura giuridica amministrativa (34).

L'ordinamento giuridico italiano è sempre stato caratterizzato dalla prevalenza, alla luce dei compiti da svolgere, dell'elemento giuridico. Ciò anche nell'attuale momento storico in cui si tende ad una gestione economicistica della P.A. Vuol dirsi che vi è una accentuata formalizzazione dell'attività amministrativa. Quest'ultima deve svolgersi secondo schemi predeterminati e trasparenti, finalizzati a garantire la collettività contro il rischio di un uso distorto dei poteri sovraordinati e delle risorse pubbliche. La formalizzazione riguarda, tra l'altro, le modalità di svolgimento delle operazioni tecnico-economiche, la definizione dei tempi di svolgimento dell'attività, la concretizzazione delle decisioni a rilevanza esterna in un atto formale (ad esempio: una delibera del direttore generale), la definizione di alcuni elementi che devono essere necessariamente presenti nell'atto formale (ad esempio: la motivazione con i requisiti di cui all'art. 3 L. n. 241/1990) (35).

A termini dell'art. 37 i bandi di concorso per l'accesso alle PP.AA. prevedono l'accertamento della conoscenza dell'uso delle apparecchiature e delle applicazioni informatiche più diffuse e della lingua inglese, nonché, ove opportuno in relazione al profilo professionale richiesto, di altre lingue straniere.

In materia di formazione del personale - negli ultimi anni - si è ravvisata la necessità di rafforzare la capacità strategico-decisionale del management pubblico, in quanto risulta focale saper trovare soluzioni in modo rapido, mirato e al contempo trasparente, saper leggere la complessità ed agire in direzione di una maggiore integrazione tra ruolo e competenze, che sempre di più devono allinearsi in ragione di obiettivi da raggiungere, responsabilità, risorse disponibili ed impiegate.

5.3. Piano triennale dei fabbisogni di personale.

Strumento programmatico necessario - per ogni P.A. - al fine di selezionare le risorse umane è il piano triennale dei fabbisogni di personale (P.T.F.P.). Sul punto l'art. 6, commi 2 e 3, dispone: "2. *allo scopo di ottimizzare l'impiego delle risorse pubbliche disponibili e perseguire obiettivi di performance orga-*

(34) Su tali concetti: S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, 2010, pp. 59 e ss. e 84 e ss.

(35) M. CUCCINIELLO, G. FATTORE, F. LONGO, E. RICCIUTI, A. TURRINI, *Management pubblico*, cit., pp. 35-36.

nizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi ai cittadini, le amministrazioni pubbliche adottano il piano triennale dei fabbisogni di personale, in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e della performance, nonché con le linee di indirizzo emanate ai sensi dell'articolo 6-ter. Qualora siano individuate eccedenze di personale, si applica l'articolo 33. Nell'ambito del piano, le amministrazioni pubbliche curano l'ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale, anche con riferimento alle unità di cui all'articolo 35, comma 2. Il piano triennale indica le risorse finanziarie destinate all'attuazione del piano, nei limiti delle risorse quantificate sulla base della spesa per il personale in servizio e di quelle connesse alle facoltà assunzionali previste a legislazione vigente. 3. In sede di definizione del piano di cui al comma 2, ciascuna amministrazione indica la consistenza della dotazione organica e la sua eventuale rimodulazione in base ai fabbisogni programmati e secondo le linee di indirizzo di cui all'articolo 6-ter, nell'ambito del potenziale limite finanziario massimo della medesima e di quanto previsto dall'articolo 2, comma 10-bis, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, garantendo la neutralità finanziaria della rimodulazione. Resta fermo che la copertura dei posti vacanti avviene nei limiti delle assunzioni consentite a legislazione vigente” (36).

La definizione del Piano dei fabbisogni, deve tener conto dei contenuti delle linee di indirizzo per la pianificazione dei fabbisogni di personale di cui all'art. 6 ter (37).

La programmazione triennale del fabbisogno delle dotazioni organiche costituisce presupposto per effettuare nuove assunzioni di personale, giusta l'art. 6, comma 6, a tenore del quale: “Le amministrazioni pubbliche che non provvedono agli adempimenti di cui al presente articolo non possono assumere nuovo personale”.

5.4. *Presupposti delle assunzioni delle risorse umane (vincoli scaturenti dalla necessità della adozione di atti generali).*

Nella recente legislazione si è condizionata la possibilità di assunzione delle risorse umane alla previa adozione di atti, di solito di carattere generale.

(36) Giusta il comma 4 dell'art. 6: “Nelle amministrazioni statali, il piano di cui al comma 2, adottato annualmente dall'organo di vertice, è approvato, anche per le finalità di cui all'articolo 35, comma 4, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro delegato, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Per le altre amministrazioni pubbliche il piano triennale dei fabbisogni, adottato annualmente nel rispetto delle previsioni di cui ai commi 2 e 3, è approvato secondo le modalità previste dalla disciplina dei propri ordinamenti. Nell'adozione degli atti di cui al presente comma, è assicurata la preventiva informazione sindacale, ove prevista nei contratti collettivi nazionali”.

(37) Le linee di indirizzo sono state emanate in data 8 maggio 2018 dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione.

L'assenza di tali atti rende illegittime le assunzioni. Trattasi di un modo ruvido di "costringere" le amministrazioni ad adottare atti reputati necessari e strategici per la vita dell'ente.

All'uopo si richiamano, quali circostanze condizionanti le assunzioni - oltre al sopracitato Piano triennale dei fabbisogni di personale - i seguenti atti:

- gli adempimenti collegati alla approvazione dei bilanci di previsione, dei rendiconti e del bilancio consolidato (38);
- l'approvazione del Piano della *Performance* (39);
- l'approvazione del Piano triennale delle Azioni Positive (40).

5.5. *Atti prodromici al procedimento concorsuale (scorrimento della graduatoria; mobilità).*

Prima dell'espletamento delle procedure concorsuali, l'amministrazione è tenuta a determinati adempimenti, funzionali alla razionale riallocazione del personale nell'ambito del settore pubblico globalmente inteso. In tale evenienza la procedura concorsuale è subordinata, ad esempio, alla previa obbligatoria attivazione della procedura di mobilità, in attuazione dei fondamentali principi di imparzialità e buon andamento, predicati dall'articolo 97 Cost. Il detto obbligo è stato introdotto in coerenza con l'obiettivo di contenimento dei costi della spesa pubblica, in base al quale l'amministrazione è tenuta a

(38) Art. 9, commi 1-*quinquies*, 1-*sexies*, 1-*septies* D.l. 24 giugno 2016, n. 113, conv. l. 7 agosto 2016, n. 160 secondo cui: "*1-quinquies*. In caso di mancato rispetto dei termini previsti per l'approvazione dei bilanci di previsione, dei rendiconti e del bilancio consolidato, nonché di mancato invio, entro trenta giorni dal termine previsto per l'approvazione, dei relativi dati alla banca dati delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 13 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, compresi i dati aggregati per voce del piano dei conti integrato, gli enti territoriali, ferma restando per gli enti locali che non rispettano i termini per l'approvazione dei bilanci di previsione e dei rendiconti la procedura prevista dall'articolo 141 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, non possono procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo, con qualsivoglia tipologia contrattuale, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e di somministrazione, anche con riferimento ai processi di stabilizzazione in atto, fino a quando non abbiano adempiuto. È fatto altresì divieto di stipulare contratti di servizio con soggetti privati che si configurino come elusivi della disposizione del precedente periodo. 1-*sexies*. La misura di cui al comma 1-*quinquies* si applica alle regioni e alle province autonome di Trento e di Bolzano in caso di ritardo oltre il 30 aprile nell'approvazione preventiva del rendiconto da parte della Giunta, per consentire la parifica da parte delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, ai sensi dell'articolo 18, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118; essa non si applica in caso di ritardo nell'approvazione definitiva del rendiconto da parte del Consiglio. 1-*septies*. Per le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, la misura di cui al comma 1-*quinquies* si applica sia in caso di ritardo nella trasmissione dei dati relativi al rendiconto approvato dalla Giunta per consentire la parifica delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, sia in caso di ritardo nella trasmissione dei dati relativi al rendiconto definitivamente approvato dal Consiglio".

(39) Art. 10, comma 5, D.L.vo 27 ottobre 2009, n. 150: "*In caso di mancata adozione del Piano della performance [...] l'amministrazione non può procedere ad assunzioni di personale o al conferimento di incarichi di consulenza o di collaborazione comunemente denominati*".

(40) Art. 48 D.L.vo 11 aprile 2006, n. 198, richiamante l'art. 6, comma 6, T.U.P.I.

curare “l’ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale” (art. 6, comma 2).

Scorrimento della graduatoria.

Con la dizione “*scorrimento della graduatoria*” si fa riferimento alla fattispecie della vigenza di pregresse graduatorie in relazione alla categoria e profilo di cui necessita la P.A. giusta l’art. 35, comma 5 *ter*, “*Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di due anni dalla data di pubblicazione*”. In applicazione di tale regola, ove nel biennio si crea una vacanza in organico l’Amm.ne è tenuta ad attingere a graduatorie vigenti.

Mobilità.

La mobilità, ossia il passaggio del dipendente da una P.A. ad altra P.A. - consente di acquisire personale già formato e con esperienza nel ruolo, garantendo un evidente risparmio di tempi e di spesa. Essendo rivolta a personale già ritenuto idoneo allo svolgimento delle mansioni proprie del profilo professionale richiesto, il dipendente non può essere nuovamente sottoposto ad una prova selettiva al fine di valutarne l’idoneità: tale valutazione potrebbe essere considerata un semplice pretesto per eludere il contenimento della spesa pubblica e ricorrere comunque alla successiva procedura concorsuale. Vanno distinte due tipi di mobilità esterna: mobilità d’ufficio e mobilità volontaria.

Mobilità d’ufficio. L’art. 34 *bis*, comma 1, prescrive che le PP.AA., ad eccezione delle categorie escluse ex art. 3 “*prima di avviare le procedure di assunzione di personale, sono tenute a comunicare ai soggetti di cui all’articolo 34, commi 2 e 3, l’area, il livello e la sede di destinazione per i quali si intende bandire il concorso nonché, se necessario, le funzioni e le eventuali specifiche idoneità richieste*”.

La gestione delle eccedenze ex artt. 33, 34 e 34 *bis* va effettuata prima della mobilità volontaria, come risulta dalla sequenza degli adempimenti descritti nel comma 2 dell’art. 6 ed altresì dal disposto di cui all’art. 4, comma 3 *bis*, D.L. n. 101/2013 secondo cui al fine della copertura dei posti in organico, è comunque necessaria la previa attivazione della procedura prevista dall’art. 33, in materia di trasferimento unilaterale del personale eccedentario.

Le risorse umane interessate alla mobilità sono quelle c.d. eccedentarie, ossia risultanti esuberanti presso l’ente di appartenenza. In tale evenienza va osservata la disciplina contenuta nei citati artt. 33, 34 e 34 *bis*, prevedente un forte coordinamento del Dipartimento della funzione pubblica. Il procedimento è così riassumibile:

- accertamento di situazioni di soprannumero o di eccedenze di personale, in relazione alle esigenze funzionali o alla situazione finanziaria, anche in sede di aggiornamento annuale del Piano triennale dei fabbisogni del personale;
- in presenza di personale eccedentario, ove possibile, si applica l’art. 72,

comma 11, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, conv. L. 6 agosto 2008, n. 133, ed in subordine, si verifica la ricollocazione totale o parziale del detto personale nell'ambito della stessa amministrazione, anche mediante il ricorso a forme flessibili di gestione del tempo di lavoro o a contratti di solidarietà, ovvero presso altre amministrazioni, previo accordo con le stesse. Andate a vuoto le attività ora descritte l'amministrazione colloca in disponibilità il personale. Dalla data di collocamento in disponibilità restano sospese tutte le obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro e il lavoratore ha diritto ad un'indennità pari all'80 % dello stipendio e dell'indennità integrativa speciale, con esclusione di qualsiasi altro emolumento retributivo comunque denominato, per la durata massima di ventiquattro mesi. Il personale in disponibilità è iscritto in appositi elenchi secondo l'ordine cronologico di sospensione del relativo rapporto di lavoro;

- ove nei ventiquattro mesi dal collocamento in disponibilità non riescano le procedure di mobilità, al fine del ricollocamento del dipendente, il rapporto di lavoro si intende definitivamente risolto.

Le assunzioni effettuate in violazione delle regole sulla mobilità di ufficio sono nulle di diritto.

Mobilità volontaria. Dopo la mobilità d'ufficio va operata la mobilità volontaria ex art. 30. Giusta l'art. 30, comma 2 bis: "*Le amministrazioni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, [...]. Il trasferimento è disposto, nei limiti dei posti vacanti, con inquadramento nell'area funzionale e posizione economica corrispondente a quella posseduta presso le amministrazioni di provenienza; il trasferimento può essere disposto anche se la vacanza sia presente in area diversa da quella di inquadramento assicurando la necessaria neutralità finanziaria*". Il citato primo comma così dispone: "*1. Le amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante passaggio diretto di dipendenti di cui all'articolo 2, comma 2, appartenenti a una qualifica corrispondente e in servizio presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento. [...]*" (41).

L'obbligo per la P.A. di avviare le procedure di mobilità prima di procedere all'espletamento delle procedure concorsuali ben si coordina con le strategie volte a contemperare il prevalente interesse pubblico alla razionalità dell'organizzazione pubblica e alla funzionalità dei suoi uffici, con le esigenze di riduzione della spesa pubblica e le aspirazioni dei pubblici dipendenti di

(41) Si precisa in giurisprudenza che l'art. 30, comma 2 bis, è del tutto univoco nell'imporre alle amministrazioni di avviare le procedure di mobilità per ricoprire i posti vacanti in organico prima di espletare le procedure concorsuali. Tale obbligo consente di dare concreta attuazione ai principi di buon andamento ed efficienza, senza comprimere l'autonomia delle singole amministrazioni a bandire procedure concorsuali (così: Cons. Stato, 18 agosto 2010, n. 5830).

poter espletare la propria attività in uffici quanto più possibili vicino alle proprie abitazioni.

In talune circostanze si reputa che la mobilità intralci i tempi delle assunzioni, sicché con puntuale disposizione legislativa si interviene a derogare alla descritta fase preconcorsuale (42).

La mobilità volontaria può essere attivata su tutto il personale da assumere, come risultante dal Piano triennale dei Fabbisogni, o per una quota parte. Può condurre alla scelta di una mobilità per quota parte l'esigenza di una ossigenazione dell'amministrazione con un ricambio mediante forze nuove (cosa che riduce gli spazi della mobilità); il contemperamento tra mobilità volontaria e procedure selettive è collegato al principio della razionale gestione delle risorse umane, principio riconosciuto dall'art. 6, comma 2, per il quale, tra l'altro *“Nell'ambito del piano, le amministrazioni pubbliche curano l'ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale”* (43).

5.6. Procedimento concorsuale.

L'art. 36, comma 1, recita che *“Per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35”*, ossia il procedimento concorsuale.

La periodicità del procedimento concorsuale, in un'ottica di buona amministrazione, va agganciata alla periodicità del piano triennale dei fabbisogni di personale. Sicché i concorsi andrebbero banditi ogni triennio per la selezione di quei profili necessari alla luce di fabbisogni emergenti dal P.T.F.P. Ciò per creare un bacino pronto per le necessità di risorse umane programmate.

(42) Può citarsi quale esempio l'art. 1, ultimo periodo del comma 300, L. n. 145/2018 secondo cui: *“Le procedure concorsuali e le conseguenti assunzioni, finanziate con le risorse del fondo di cui all'articolo 1, comma 365, lettera b), della legge 11 dicembre 2016, n. 232, come rifinanziato ai sensi del comma 298 del presente articolo, sono effettuate senza il previo svolgimento delle procedure previste dall'articolo 30 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”*.

(43) Con sentenza n. 178 del 17 gennaio 2014 il Consiglio di Stato sostiene che *“in tema di mobilità volontaria, non v'è dubbio che la regione non possa declinare l'invito a fare uso della mobilità volontaria, né possa disciplinarne autonomamente gli effetti. Ciò nonostante [...] l'amministrazione regionale resta titolare di un potere di organizzazione che si estrinseca attraverso l'uso di un potere discrezionale nel determinare la quantità dei posti riservati alla mobilità volontaria rispetto a quelli riservati a pubblico concorso [...]. Nell'ipotesi di mobilità volontaria in assenza di un fine superiore, quale quello del mantenimento dei contratti lavorativi in essere, deve riconoscersi all'amministrazione regionale il potere di determinare quanti posti coprire mediante mobilità volontaria. Il suddetto potere discrezionale dovrà essere esercitato mercé un atto fornito di congrua motivazione, affinché si palesino chiaramente quali sono le ragioni per le quali si preferisce reperire sul mercato, piuttosto che tra i dipendenti già in servizio presso altre amministrazioni, le professionalità necessarie”*.

Personale non dirigenziale.

Il procedimento concorsuale per le assunzioni del personale, anche a tempo determinato (44) - sia esso per esami, per titoli (45), per titoli ed esami, per corso-concorso - si articola nelle seguenti fasi:

1) emanazione del bando di concorso - con provvedimento del competente organo amministrativo dell'amministrazione interessata - che individua il contratto di lavoro che la pubblica amministrazione intende concludere (in modo conforme alla delibera di indizione), nonché la durata del rapporto (a tempo determinato o a tempo indeterminato) e le modalità della procedura selettiva. Se il concorso è per esami, il bando di concorso indica le materie oggetto delle prove scritte e della prova orale e prevede l'accertamento della conoscenza dell'uso delle apparecchiature e delle applicazioni informatiche più diffuse e della lingua inglese, nonché, ove opportuno in relazione al profilo professionale richiesto, di altre lingue straniere.

Il bando di concorso ha una duplice natura giuridica (46):

- provvedimento amministrativo generale, nella parte in cui concreta un atto del procedimento di evidenza pubblica di cui regola il successivo svolgimento. Si dice che costituisce la *lex specialis* della procedura concorsuale;

- atto negoziale per gli aspetti sostanziali - in specie: offerta al pubblico, ai sensi dell'art. 1336 c.c. - in ragione della proposta di assunzione condizionata negli effetti all'espletamento della procedura concorsuale ed all'approvazione della graduatoria. L'espletamento della procedura concorsuale, con la compilazione della graduatoria finale e la sua approvazione, fa nascere nel candidato utilmente collocato il diritto soggettivo all'assunzione secondo le modalità fissate dal bando di concorso;

2) domanda di partecipazione degli aspiranti, previa registrazione nel Portale unico del reclutamento secondo la disciplina contenuta nell'art. 35 *ter*. In tal modo si ha la individuazione degli aspiranti forniti dei titoli di ammissione (ossia dei requisiti soggettivi generali e particolari richiesti per l'ammissione all'impiego). L'amministrazione interessata dispone in ogni momento, con atto motivato, la esclusione dal concorso per difetto dei requisiti prescritti;

3) eventuale preselezione con test aventi ad oggetto l'accertamento delle conoscenze o il possesso delle competenze indicate nel bando, al fine di sfol-

(44) A termini dell'art. 36, comma 2, "*Le amministrazioni pubbliche possono stipulare contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, contratti di formazione e lavoro e contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato, nonché avvalersi delle forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa, esclusivamente nei limiti e con le modalità in cui se ne preveda l'applicazione nelle amministrazioni pubbliche. Le amministrazioni pubbliche possono stipulare i contratti di cui al primo periodo del presente comma soltanto per comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale e nel rispetto delle condizioni e modalità di reclutamento stabilite dall'articolo 35*".

(45) Purché sussista una valutazione discrezionale dei titoli.

(46) Sulla quale *ex plurimis*: Cass., 4 novembre 2020, n. 24614.

tire la platea dei partecipanti da ammettere alle successive prove scritte. Tanto nel caso in cui il numero dei candidati sia superiore a tre volte il numero dei posti messi a concorso (tale è di solito il rapporto previsto dalla normativa). Il bando di concorso stabilisce i criteri di superamento della prova preselettiva. L'esito della prova preselettiva non concorre alla formazione del voto finale di merito;

4) nomina della commissione esaminatrice del concorso con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri nei casi di concorsi unici o con provvedimento del competente organo amministrativo negli altri casi. Giusta l'art. 35 *quater*, comma 3: la commissione esaminatrice può essere suddivisa in sottocommissioni, con l'integrazione di un numero di componenti pari a quello della commissione originaria e di un segretario aggiunto; per ciascuna sottocommissione è nominato un presidente; la commissione definisce in una seduta plenaria preparatoria procedure e criteri di valutazione omogenei e vincolanti per tutte le sottocommissioni.

5) fase di svolgimento delle prove al fine di acclarare le capacità dei concorrenti. È previsto *“l'espletamento di almeno una prova scritta, anche a contenuto teorico-pratico, e di una prova orale, comprendente l'accertamento della conoscenza di almeno una lingua straniera ai sensi dell'articolo 37. Le prove di esame sono finalizzate ad accertare il possesso delle competenze, intese come insieme delle conoscenze e delle capacità logico-tecniche, comportamentali nonché manageriali, per i profili che svolgono tali compiti, che devono essere specificate nel bando e definite in maniera coerente con la natura dell'impiego, ovvero delle abilità residue nel caso dei soggetti di cui all'articolo 1, comma 1, della legge 12 marzo 1999, n. 68. Per profili iniziali e non specializzati, le prove di esame danno particolare rilievo all'accertamento delle capacità comportamentali, incluse quelle relazionali, e delle attitudini. Il numero delle prove d'esame e le relative modalità di svolgimento e correzione devono contemperare l'ampiezza e la profondità della valutazione delle competenze definite nel bando con l'esigenza di assicurare tempi rapidi e certi di svolgimento del concorso”* (art. 35 *quater*, comma 1, lett. a); è previsto altresì che *“i titoli e l'eventuale esperienza professionale, inclusi i titoli di servizio, possano concorrere, in misura non superiore a un terzo, alla formazione del punteggio finale”* (art. 35 *quater*, comma 1, lett. f) (47). L'iter è strutturato

(47) L'art. 35 *quater*, introdotto dall'art. 3, comma 1, D.L. 30 aprile 2022, n. 36, conv.L. 29 giugno 2022, n. 79, ha abrogato, nella parte espressamente disciplinata, l'art. 7 D.P.R. n. 487/1994 il quale così dispone: *“1. I concorsi per esami consistono: a) per i profili professionali della settima qualifica o categoria superiore: in almeno due prove scritte, una delle quali può essere a contenuto teorico-pratico ed in una prova orale, comprendente l'accertamento della conoscenza di una lingua straniera, tra quelle indicate nel bando. I voti sono espressi, di norma, in trentesimi. Conseguono l'ammissione al colloquio i candidati che abbiano riportato in ciascuna prova scritta una votazione di almeno 21/30 o equivalente. Il colloquio verte sulle materie oggetto delle prove scritte e sulle altre indicate nel bando di concorso*

in modo da operare la selezione in modo obiettivo. Tale fase è dominata da discrezionalità tecnica nella valutazione dei candidati da effettuarsi in modo comparativo, sicché il giudizio espresso dalla commissione non è sindacabile da parte del giudice amministrativo se non sotto i profili della macroscopica illogicità, irragionevolezza, travisamento dei fatti e disparità di trattamento.

Vi è la regola dell'anonimato in sede di correzione delle prove scritte, al fine di garantire l'imparzialità. Nella valutazione delle prove scritte l'onere motivazione può essere adempiuto con l'attribuzione di un punteggio numerico - applicativo di uno specifico criterio di valutazione - costituendo esso l'espressione in forma sintetica della valutazione tecnica effettuata dalla commissione. Ove sia prevista la valutazione dei titoli, questa deve avere luogo dopo le prove scritte ma prima di procedere alla correzione dei relativi elaborati: ciò per l'esigenza di coniugare l'economia procedimentale (sarebbe infatti inutile valutare i titoli di quei candidati che non portino a termine le prove scritte) con l'imparzialità (potendo infatti la valutazione dei titoli effettuata dopo la correzione degli elaborati essere influenzata dai relativi risultati). L'esigenza dell'imparzialità unita a quella della trasparenza impone il sorteggio delle domande e la pubblicità delle prove orali.

La procedura concorsuale deve concludersi entro sei mesi dalla data di effettuazione delle prove scritte o, se trattasi di concorsi per titoli, dalla data della prima convocazione (48);

6) formazione e approvazione di una graduatoria di merito. La graduatoria di merito dei candidati è formata dalla commissione esaminatrice secondo l'ordine dei punti della votazione complessiva riportata da ciascun candidato; sono dichiarati vincitori, nei limiti dei posti complessivamente messi a concorso, i candidati utilmente collocati nelle graduatorie di merito. Giusta l'art. 15, comma 4, D.P.R. n. 487/1994, "*La graduatoria di merito*

si intende superato con una votazione di almeno 21/30 o equivalente; b) per i profili professionali della quinta e sesta qualifica o categoria: in due prove scritte, di cui una pratica o a contenuto teorico-pratico, e in una prova orale. Conseguono l'ammissione al colloquio i candidati che abbiano riportato in ciascuna prova scritta una votazione di almeno 21/30 o equivalente. Il colloquio verte sulle materie oggetto delle prove scritte e sulle altre indicate nel bando e si intende superato con una votazione di almeno 21/30 o equivalente. 2. I bandi di concorso possono stabilire che una delle prove scritte per l'accesso ai profili professionali della settima qualifica o categoria superiore consista in una serie di quesiti a risposta sintetica. Per i profili professionali delle qualifiche o categorie di livelli inferiori al settimo, il bando di concorso relativo può stabilire che le prove consistano in appositi tests bilanciati da risolvere in un tempo predeterminato, ovvero in prove pratiche attitudinali tendenti ad accertare la maturità e la professionalità dei candidati con riferimento alle attività che i medesimi sono chiamati a svolgere. 2-bis. Le prove di esame possono essere precedute da forme di preselezione predisposte anche da aziende specializzate in selezione di personale. I contenuti di ciascuna prova sono disciplinati dalle singole amministrazioni le quali possono prevedere che le prove stesse siano predisposte anche sulla base di programmi elaborati da esperti in selezione. 3. Il punteggio finale è dato dalla somma della media dei voti conseguiti nelle prove scritte o pratiche o teorico-pratiche e della votazione conseguita nel colloquio".

(48) Così l'art. 11, comma 5, D.P.R. n. 487/1994.

unitamente a quella dei vincitori del concorso, è approvata con decreto del Ministro per la funzione pubblica o dall'autorità competente nel caso in cui il concorso sia bandito da altre pubbliche amministrazioni ed è immediatamente efficace”.

L'atto di approvazione della graduatoria, come il bando di concorso, ha la duplice natura giuridica di provvedimento terminale del procedimento amministrativo concorsuale e di atto, negoziale, di individuazione del futuro contraente, da cui discende il diritto all'assunzione del partecipante collocato in posizione utile in graduatoria e il correlato obbligo dell'amministrazione, assoggettato al regime di cui all'art. 1218 c.c. (49). Difatti, con l'approvazione della graduatoria si esaurisce l'ambito riservato al procedimento amministrativo e all'attività autoritativa dell'amministrazione, subentrando una fase in cui i comportamenti dell'amministrazione vanno ricondotti all'ambito privatistico, espressione del potere negoziale della P.A. nella veste di datrice di lavoro, da valutarsi alla stregua dei principi civilistici in ordine all'inadempimento delle obbligazioni (art. 1218 c.c.), anche secondo i parametri della correttezza e della buona fede; con il corollario che la controversia sulla domanda di un pubblico dipendente, il quale, dopo l'espletamento di procedura pubblica concorsuale, chieda l'accertamento del suo diritto all'assunzione e alla stipulazione del relativo contratto di lavoro, con la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, esula dall'ambito di quelle inerenti la procedura del pubblico concorso e, perciò, ai sensi dell'art. 63, comma 1, la sua cognizione spetta alla giurisdizione del giudice ordinario (50). Analogamente, in caso di mancata assunzione, va riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni, salvo che l'ente pubblico dimostri che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa ad esso non imputabile, dovendosi escludere che l'onere di tale dimostrazione possa ritenersi assolto con la mera deduzione di difficoltà finanziarie (51).

In ordine alla efficacia della graduatoria nel tempo e il suo utilizzo si richiama la disposizione di cui all'art. 35, comma 5 *ter*, soprariportata;

7) eventuali atti di autotutela (annullamento o revoca del bando o del provvedimento di approvazione della graduatoria).

La revoca rientra nei poteri discrezionali della P.A. datrice di lavoro, che,

(49) Conf.: Cass. 14 giugno 2012, n. 9807.

(50) Conf.: Cass., S.U., 23 settembre 2013, n. 21671. Cass. S.U., 16 aprile 2007, n. 895 precisa che l'espletamento della procedura concorsuale, con la compilazione della graduatoria finale e la sua approvazione fa nascere nel candidato utilmente collocato il diritto soggettivo all'assunzione, a nulla rilevando l'apposizione al provvedimento di approvazione di una clausola con la quale l'amministrazione si riserva il potere di decidere se procedere o meno alle assunzioni, trattandosi di clausola nulla ai sensi dell'art. 1355 c.c. (condizione meramente potestativa) perché subordinante l'obbligo di assunzione alla mera volontà dell'amministrazione medesima.

(51) Conf.: Cass. n. 9807/2012 cit. e Cass., 20 gennaio 2009, n. 1399.

fino a quando non sia intervenuta la nomina dei vincitori, può provvedere in tal senso quando, per sopravvenute nuove esigenze organizzative o per il mutamento della situazione di fatto o di diritto, e quindi per sopravvenute ragioni di interesse pubblico, non si rende più necessaria la copertura del posto messo a concorso. Difatti il diritto ad assumere l'inquadramento previsto dal bando di concorso, espletato dalla PA per il reclutamento dei propri dipendenti, è subordinato alla permanenza, al momento dell'adozione del provvedimento di nomina, dell'assetto organizzativo degli uffici in forza del quale il bando era stato emesso (52).

(segue) *Peculiarità del corso-concorso.*

Va evidenziato - giusta l'art. 4 del D.P.R. n. 70/2013 - che l'accesso alle aree funzionali per le quali è richiesto il possesso del diploma di laurea, nelle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e negli enti pubblici non economici, nonché alla qualifica di funzionario di amministrazione negli enti pubblici di ricerca, avviene, in misura non superiore al cinquanta per cento dei posti, tramite corso-concorso selettivo bandito dalla Scuola nazionale dell'amministrazione (SNA) o dalle altre Scuole del Sistema unico del reclutamento e della formazione pubblica.

I concorsi di ammissione ai corsi-concorso selettivi si definiscono con l'approvazione delle graduatorie dei vincitori. Dopo l'ammissione al corso-concorso, vi è la fase formativa disciplinata dall'art. 5 D.P.R. n. 70/2013, il quale così statuisce: “1. *Le modalità di svolgimento del semestre di formazione iniziale del corso-concorso, della valutazione continua, dell'esame conclusivo della fase di formazione iniziale e dell'esame finale sono stabilite con delibera del Comitato per il coordinamento delle scuole pubbliche di formazione [...].* 3. *Accedono all'esame conclusivo della fase di formazione iniziale gli allievi che conseguono nella valutazione continua una media delle votazioni pari almeno a ottanta su cento ed abbiano frequentato almeno l'ottanta per cento del corso. Superano l'esame gli allievi che si collocano in graduatoria nel limite dei posti individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri [...].* 4. *Gli allievi che superano l'esame di cui al comma 3 vengono assegnati alle amministrazioni di destinazione, scelte sulla base delle preferenze espresse secondo l'ordine della graduatoria di merito, per svolgere un periodo di formazione specialistica di tre mesi. Le amministrazioni di destinazione determinano le modalità di svolgimento della formazione specialistica [...].* 5. *A conclusione del periodo di formazione specialistica gli allievi sostengono un esame finale, consistente in una prova scritta di carattere pratico e in una prova orale, basato sugli ambiti di competenza dell'amministrazione presso la quale sarà assegnato il candidato. Superano l'esame finale gli allievi che conseguono*

(52) Conf.: Cass. n. 24614/2020 cit.

una votazione di almeno ottanta su cento. 6. Le graduatorie dei vincitori per ciascuna amministrazione di assegnazione degli allievi sono approvate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e pubblicate sui siti istituzionali [...]. 7. La Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica provvede all'assegnazione dei vincitori alle amministrazioni di destinazione”.

Personale dirigenziale.

Per l'accesso alla qualifica di dirigente (della seconda fascia) nelle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, e negli enti pubblici non economici, in attuazione dell'articolo 28 sono previste due strade, modalizzate dal D.P.R. 24 settembre 2004, n. 272 (53).

La prima strada è il concorso pubblico per titoli ed esami, il quale è indetto dalle singole amministrazioni, nella percentuale massima del cinquanta per cento dei posti da ricoprire (54). Il concorso consiste nello svolgimento di due prove scritte e di una prova orale. Nel caso di concorsi per l'accesso alla dirigenza tecnica l'amministrazione può prevedere una terza prova scritta obbligatoria, da indicare nel bando di concorso, volta alla verifica dell'attitudine all'esercizio degli specifici compiti connessi al posto da ricoprire (55). I vincitori del concorso sono assunti dall'amministrazione e, anteriormente al con-

(53) Il T.U.P.I., con riguardo alla problematica della selezione della dirigenza, non impone agli enti territoriali - o diversi da quelli considerati nell'art. 1 D.P.R. n. 272/2004 - la disciplina statale, ma ne riconosce implicitamente l'autonomia statutaria e regolamentare, e ciò in sintonia con le disposizioni di cui all'art. 114 Cost., comma 2 (così Cons. Stato, 18 gennaio 2007, n. 83, con riguardo agli enti locali).

(54) Così l'art. 3 D.P.R. n. 272/2004 che precisa: “2. *La percentuale dei posti da riservare al personale dipendente dell'amministrazione che indice il concorso è pari al trenta per cento dei posti messi a concorso. 2-bis. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri sono stabiliti i titoli valutabili nell'ambito del concorso di cui al comma 1 ed il valore massimo assegnabile ad ognuno di essi nell'ambito della procedura concorsuale. Il valore complessivo dei titoli non può superare il quaranta per cento della votazione finale del candidato”.*

(55) Art. 5 D.P.R. n. 272/2004, il quale così dettaglia le modalità: La prima prova scritta, a contenuto teorico, verte sulle materie indicate nel bando di concorso, l'altra prova, a contenuto pratico, è diretta ad accertare l'attitudine dei candidati alla soluzione corretta, sotto il profilo della legittimità, della convenienza e della efficienza ed economicità organizzativa, di questioni connesse con l'attività istituzionale dell'amministrazione che ha indetto il concorso. La prova orale consiste in un colloquio sulle materie indicate nel bando di concorso e mira ad accertare la preparazione e la professionalità del candidato, nonché l'attitudine all'espletamento delle funzioni dirigenziali. Nell'ambito della prova orale, al fine di valutare la conoscenza, da parte del candidato, della lingua straniera ad un livello avanzato, è prevista la lettura, la traduzione di testi e la conversazione in una lingua straniera scelta dal candidato tra quelle indicate nel bando. Nel corso della prova orale è accertata la conoscenza a livello avanzato dell'utilizzo del personal computer e dei software applicativi più diffusi da realizzarsi anche mediante una verifica pratica, nonché la conoscenza da parte del candidato delle problematiche e delle potenzialità connesse all'uso degli strumenti informatici in relazione ai processi comunicativi in rete, all'organizzazione e gestione delle risorse e al miglioramento dell'efficienza degli uffici e dei servizi. Ciascuna prova è valutata in centesimi e si intende superata con un punteggio non inferiore a settanta centesimi. Il punteggio complessivo è determinato sommando i voti riportati in ciascuna prova scritta ed il voto riportato nella prova orale, nonché il punteggio conseguito all'esito della valutazione dei titoli.

ferimento del primo incarico dirigenziale, sono tenuti a frequentare un ciclo di attività formative, organizzato dalla Scuola nazionale dell'Amministrazione (SNA) (56).

La seconda strada è il corso-concorso selettivo di formazione bandito dalla SNA, per una percentuale non inferiore al cinquanta per cento dei posti da ricoprire (57). La SNA entro il 31 dicembre di ogni anno bandisce un concorso pubblico per esami per l'ammissione al corso-concorso selettivo di formazione dirigenziale per il reclutamento di dirigenti. Il bando di concorso contiene, tra l'altro, il numero dei posti destinati al corso-concorso, i criteri di svolgimento della eventuale prova preselettiva e delle prove di esame (art. 8 D.P.R. n. 272/2004). Gli esami per l'ammissione al corso-concorso di formazione dirigenziale consistono in tre prove scritte, di cui una sulla conoscenza della lingua straniera, ed in una prova orale. Ciascuna prova è valutata in centesimi e si intende superata con un punteggio non inferiore a settanta centesimi (art. 9 D.P.R. n. 272/2004) (58). Le graduatorie dei vincitori sono approvate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, che provvede, poi, all'assegnazione dei vincitori alle amministrazioni di destinazione (art. 15 D.P.R. n. 272/2004).

5.7. Procedure selettive non concorsuali.

Dal meccanismo concorsuale vanno distinte le procedure selettive non concorsuali, ossia le assunzioni dirette ovvero procedure di mera verifica della idoneità dei soggetti da assumere in quanto titolari di riserva o iscritti in apposita lista o in possesso di determinati requisiti. In tali ipotesi infatti il possesso dei requisiti richiesti e l'idoneità si valutano in termini assoluti, senza dare vita ad una graduatoria di merito.

Costituiscono procedure selettive non concorsuali: a) l'avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento e assunzione obbligatoria di categorie pro-

(56) Il ciclo di attività formative è descritto nell'art. 6 D.P.R. n. 272/2004.

(57) Così l'art. 7 D.P.R. n. 272/2004.

(58) Al corso-concorso di formazione dirigenziale sono ammessi i candidati utilmente inseriti nella graduatoria del concorso di ammissione entro il limite del numero dei posti disponibili maggiorato del venti per cento. La graduatoria di merito del concorso di ammissione al corso-concorso è predisposta dalla commissione esaminatrice in base al punteggio finale conseguito da ciascun candidato, costituito dalla somma dei voti di ciascuna delle prove scritte e dal voto della prova orale (art. 10 D.P.R. n. 272/2004). La fase di formazione generale del corso-concorso ha la durata di otto mesi, con valutazione continua, ed esame conclusivo della fase di formazione specialistica ed esame finale (art. 12 D.P.R. n. 272/2004). Gli allievi che conseguono nella valutazione continua una media delle votazioni pari almeno a ottanta su cento accedono all'esame conclusivo della fase di formazione generale. Superano l'esame gli allievi che si collocano in graduatoria nel limite dei posti di dirigente in concorso (art. 13 D.P.R. n. 272/2004). Gli allievi che superano l'esame conclusivo vengono assegnati alle amministrazioni di destinazione, scelte sulla base delle preferenze espresse secondo l'ordine della graduatoria di merito, per svolgere un periodo di formazione specialistica di quattro mesi. A conclusione del periodo di formazione specialistica gli allievi sostengono un esame finale. Superano l'esame finale gli allievi che conseguono una votazione di almeno ottanta su cento (art. 14 D.P.R. n. 272/2004).

tette (art. 39); b) l'utilizzo delle graduatorie permanenti, poi trasformate in graduatorie ad esaurimento, del personale docente ed ATA (ex D.L.vo 16 aprile 1994, n. 297) (59); c) l'inserimento nella prima fascia degli elenchi aggiuntivi delle Graduatorie Provinciali per le Supplenze per i vari anni scolastici (60); d) l'assunzione dei lavoratori socialmente utili - L.S.U. presso comuni e province; e) la stabilizzazione del personale precario (61).

In questi casi deve escludersi qualsiasi attività autoritativa sulla base di valutazioni discrezionali. L'assenza di un bando, di una procedura di valutazione e di approvazione finale di una graduatoria che individui i vincitori, preclude di configurare una procedura concorsuale attribuita, ai sensi dell'art. 63, alla cognizione del giudice amministrativo. Sicché le controversie relative alle procedure selettive non concorsuali rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario (62).

5.8. *Tecniche ulteriori di selezione dei fabbisogni.*

Nell'individuazione delle risorse umane per lo svolgimento dei compiti delle PP.AA. occorre tenere conto di tecniche ulteriori rispetto a quelle descritte sopra.

a) Contratti di consulenza.

Una prima tecnica è quella della stipulazione di contratti di collaborazione. Il T.U.P.I. (art. 7) consente alle PP.AA. - per specifiche esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio - di conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei determinati presupposti di legittimità (63).

(59) Conf. Cass., S.U. 26 giugno 2019, n. 17123; Cass. S.U. 15 dicembre 2016, n. 25836.

(60) Conf. Tar Sicilia, Palermo, 16 settembre 2021, n. 2575.

(61) Prevista in varie disposizioni, tra cui: art. 1, commi 519 e 520, l. 27 dicembre 2006, n. 296 e art. 20 D.l.vo 25 maggio 2017, n. 75.

(62) Su tali aspetti: M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Il processo nelle controversie di lavoro pubblico*, cit., pp. 92-94.

(63) “a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente; b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno; c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico; d) devono essere preventivamente determinati durata, oggetto e compenso della collaborazione. Si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti di collaborazione per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo, dei mestieri artigianali o dell'attività informatica nonché a supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, purché senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore” (art. 7, comma 6).

Al fine di evitare l'utilizzo dei contratti di consulenza per lo svolgimento di compiti ordinari ed al fine di evitare scelte opache l'art. 7 citato, statuisce che: a) è fatto divieto alle PP.AA. di stipulare contratti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro; b) le PP.AA. disciplinano e rendono pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione.

Va precisato che il conferimento, da parte di un soggetto pubblico, dell'incarico in esame ad un professionista non inserito nella struttura organica del soggetto medesimo costituisce espressione non già di una potestà amministrativa, bensì di semplice autonomia privata, ed è funzionale all'instaurazione di un rapporto di c.d. "*parasubordinazione*", da ricondurre pur sempre al lavoro autonomo e, quindi, all'ambito soggettivo ed oggettivo disciplinato dall'art. 409, n. 3, c.p.c. (64), con la conseguenza che le relative vicende soggiacciono alla giurisdizione del giudice ordinario (65).

b) Contratti di incarichi dirigenziali.

Gli incarichi di funzione dirigenziale possono - nella misura dell'8% della dotazione organica per i dirigenti di seconda fascia e nella misura del 10% della dotazione organica per i dirigenti di prima fascia - essere conferiti, da ciascuna amministrazione, fornendone esplicita motivazione, a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, non rinvenibile nei ruoli dell'Amministrazione, che abbiano svolto attività in organismi ed enti pubblici o privati ovvero aziende pubbliche o private con esperienza acquisita per almeno un quinquennio in funzioni dirigenziali, o che abbiano conseguito una particolare specializzazione professionale, culturale e scientifica desumibile dalla formazione universitaria e postuniversitaria, da pubblicazioni scientifiche e da concrete esperienze di lavoro maturate per almeno un quinquennio, anche presso amministrazioni statali, ivi comprese quelle che conferiscono gli incarichi, in posizioni funzionali previste per l'accesso alla dirigenza, o che provengano dai settori della ricerca, della docenza universitaria, delle magistrature e dei ruoli degli avvocati e procuratori dello Stato. La durata di tali incarichi, non può eccedere, a seconda dei casi il termine di tre anni o cinque anni. Per il periodo di durata dell'incarico, i dipendenti delle PP.AA. sono collocati in aspettativa senza assegni, con riconoscimento dell'anzianità di servizio (art. 19, comma 6).

Nella prassi i contratti in esame, sono, in sostanza, utilizzati per diversificate finalità: a) supplire a carenze di personale dirigenziale; b) avvalersi di persone di assoluta fiducia nello svolgimento di compiti politici, come nel

(64) Conf. Cass., S.U., 3 gennaio 2007, n. 4.

(65) *Ex multis*, TAR Campania, Napoli, 8 febbraio 2021, n. 811.

caso dei preposti agli uffici di diretta collaborazione del vertice politico ex art. 14, comma 2; c) come strumento clientelare.

c) Assistenza tecnica in virtù di contratti di servizio con operatori esterni o contratti di servizio con enti in house.

Fenomeno diffuso nelle dinamiche delle PP.AA. è la stipula di un peculiare contratto di servizio il cui oggetto è costituito dalla fornitura di assistenza tecnica. Con tale contratto l'ente pubblico mira a conseguire, ad esempio, le attività di: affiancamento, supporto per il monitoraggio e supporto specialistico per particolari progetti; di assistenza di marketing territoriale; di assistenza tecnica di attuazione della strategia di comunicazione di policy; di assistenza tecnica in materia di programmazione economica; di progettazione e gestione di procedure informatiche ancillari ad una attività produttiva; di supporto nella certificazione della spesa di programmi comunitari; di assistenza tecnica alle attività di coordinamento, attuazione, monitoraggio, controllo di programmi comunitari; ecc.

In conseguenza della stipula dei contratti di servizio sopradescritti determinate risorse umane, inglobate nel complessivo servizio erogato dall'appaltatore, contribuiscono allo svolgimento dei compiti degli enti pubblici committenti. Con tali contratti lo Stato e gli enti territoriali, utilizzano - indirettamente - risorse esterne per lo svolgimento di attività che richiedono una elevata specializzazione, sopperendo ad un deficit interno di idonee risorse umane. Questo è quanto accade per il ciclo della gestione dei fondi comunitari.

Di questo dato - in un discorso teso ad individuare l'efficacia dell'azione amministrativa - occorre necessariamente tenere conto.

5.9. Considerazioni conclusive e de iure condendo.

Il descritto quadro delinea il procedimento concorsuale come qualcosa di farraginoso, a partire dal quadro programmatico, per proseguire con gli adempimenti prodromici e concludere con l'iter concorsuale vero e proprio. È necessaria una profonda rivisitazione dei procedimenti al fine di pervenire, in modo consapevole, al reperimento sollecito delle idonee risorse umane per lo svolgimento dei compiti delle PP.AA.

a) Quadro programmatico.

Sarebbe auspicabile la fusione (per incorporazione) del Piano Triennale dei Fabbisogni del Personale nel Piano della *Performance*. Ambedue i piani hanno un orizzonte triennale. Le risorse umane, in fondo, costituiscono un aspetto del Piano della *Performance*: i mezzi umani per realizzare gli obiettivi strategici ed operativi. L'unificazione dei Piani comporterebbe altresì l'eliminazione della rincorsa reciproca tra i due Piani.

Per vero, l'*optimum* a livello programmatico è l'adozione di un unico Piano che inglobi: a) Piano della *Performance*; b) Piano Triennale dei Fabbisogni del Personale.

sogni del Personale (strumentale, sotto il profilo delle risorse umane, alla realizzazione degli obiettivi declinati nel piano della *performance*); c) Bilancio (strumentale, sotto il profilo delle risorse finanziarie, alla realizzazione degli obiettivi declinati nel piano della *performance*); d) Piano triennale delle Azioni Positive e Piano di Prevenzione della corruzione e della trasparenza (contenenti obiettivi reputati connotativi dell'ente). Ove ciò non fosse possibile, sarebbe opportuno almeno un allineamento temporale.

b) Adempimenti prodromici.

La procedura di mobilità - d'ufficio o volontaria - andrebbe ben modalizzata nel Piano Triennale dei Fabbisogni del Personale, con una attivazione anche parallela ed autonoma dal concorso. Vuol dirsi che ove l'ente decida motivatamente di ricorrere ad una mobilità parziale - ad esempio 20% del fabbisogno da ricoprire con mobilità ed 80% mediante concorso - le due procedure ben possono partire in modo parallelo, senza che una condizioni l'altra. Beninteso con dei correttivi procedurali nell'evenienza che la mobilità non vada a buon fine, ad esempio con la previsione *ex ante* della possibilità dell'aumento degli assunti mediante concorso.

c) Iter concorsuale.

Innanzitutto il quadro normativo dovrebbe essere unitario, onde evitare complicazioni. All'attualità intervengono a regolare le procedure, tra l'altro, gli artt. 35 e 35 *quater* T.U.P.I., il D.P.R. n. 487/1994, le linee guida di indirizzo amministrativo ex art. 35, comma 5.2, T.U.P.I., disposizioni prevedenti la semplificazione delle procedure (ad es.: art. 14, commi 10 *ter* e 10 *novies*, D.L. n. 4/2019).

È auspicabile, quindi, una riforma omogeneizzatrice delle fonti del diritto sulla materia. Ciò premesso, si rileva che l'iter procedimentale nei suoi momenti significati è ormai standardizzato: meccanismo della preselezione mediante test nel caso di numerosi partecipanti al concorso (triplo dei posti messi a concorso), prove scritte ed orali.

Tre sono le accortezze da tenere presente.

1) Il meccanismo concorsuale dovrebbe riguardare le esigenze assunzionali degli enti pubblici ricadenti in uno specifico - e gestibile - ambito territoriale. Difatti, per una parte, è antieconomica la procedura assunzionale espletata per ciascun ente che necessita di personale; occorrerebbe creare una sorta di centrali di committenza per la provvista delle risorse umane; per altra parte è ingestibile una procedura assunzionale a livello nazionale. Il giusto bacino potrebbe essere quello regionale (almeno per le regioni più grandi, come ad esempio la Lombardia) o sovraregionale (come ad esempio l'area comprendente le Marche e l'Umbria).

Un possibile modello potrebbe essere il seguente: a) coordinamento operato dal Dipartimento della Funzione Pubblica, al fine di omogeneizzare le procedure, specie con riguardo alla tipologia delle prove ed ai profili profes-

sionali da selezionare; b) unica procedura concorsuale gestita da una regione (ciò per le regioni più grandi) o da più regioni in consorzio (ciò per le regioni più piccole) con la quale selezionare i fabbisogni di personale necessari agli uffici delle amministrazioni pubbliche ubicati nella regione o area sovraregionale (uffici periferici delle amministrazioni statali e degli enti nazionali; uffici degli enti territoriali; uffici degli enti infraregionali). L'ente gestore, regione o più regioni in consorzio, funziona, in un certo senso, come una centrale di committenza, come un ente "neutro", al servizio delle necessità assunzionali degli enti pubblici. L'unica procedura concorsuale dovrà prevedere tanti bandi quanti sono i profili professionali da selezionare, come emergenti dal piano dei fabbisogni del personale. Ovviamente i bandi attiveranno procedimenti concorsuali paralleli, ciascuno con la propria commissione esaminatrice. L'unica procedura concorsuale dovrebbe svolgersi con cadenza triennale e puntare alla selezione delle risorse umane necessarie nel successivo triennio aumentate della metà. Ad esempio: nel 2022 si svolge il concorso che punta alla selezione di X idonei; il concorso andrebbe concluso entro l'anno; il numero degli idonei deve corrispondere al numero delle risorse umane di cui si prevede il collocamento in quiescenza nel triennio 2023-2024-2025, aumentato della metà per fare luogo alle sopravvenienze; in tal modo, a mano a mano che si verificano le vacanze in organico si attinge, senza soluzione di continuità, ad un bacino pronto alla bisogna. Nel 2025 si svolge il concorso per la selezione del fabbisogno nel triennio 2026-2027-2028 e così via. La graduatoria dovrebbe avere una efficacia triennale, con la cessazione del suo vigore alla data della approvazione della successiva graduatoria (66).

2) Nella selezione e formazione della risorsa umana imprescindibile è la preparazione giuridica, attesi i connotati organizzativi della P.A. italiana, che agisce per atti amministrativi necessitanti del requisito della motivazione, che deve rispettare piani e/o programmi - DEF, Piano della *Performance*, Piano triennale dei fabbisogni del Personale, Piano triennale delle Azioni Positive, Piano di Prevenzione della corruzione e della trasparenza, Programmazione comunitaria - fortemente caratterizzati dall'elemento giuridico.

Va registrato che nella prassi attuale l'elemento giuridico, non è valorizzato. Ad es. nella preselezione del concorso 2018 per dirigenti gestito dalla SNA su sessanta quesiti ventiquattro erano di logica, cinque di inglese, quindici di carattere economico e sedici di carattere giuridico. All'evidenza l'elemento giuridico è squilibrato.

(66) In tal senso si sta orientando il legislatore. In virtù dell'art. 247 D.L. 19 maggio 2020, n. 34, conv. L. 17 luglio 2020, n. 77 le procedure concorsuali per reclutamento del personale non dirigenziale nell'ambito dei c.d. concorsi unici per l'assunzione dei profili professionali comuni nelle amministrazioni statali possono essere svolte, presso sedi decentrate anche attraverso l'utilizzo di tecnologia digitale. Su tale disposizione B. CIMINO, *Procedimenti e organizzazione della pubblica amministrazione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 5, pp. 560 e ss.

3) Tra le varie modalità concorsuali - per esami, per titoli, per titoli ed esami, per corso-concorso - andrebbe privilegiata la modalità del concorso per titoli ed esami.

All'evidenza: a) il concorso per soli esami non valorizza l'esperienza pregressa; b) il concorso per soli titoli non valorizza le attitudini attuali dei candidati e le necessità contingenti dell'amministrazione; c) il corso-concorso, in teoria l'*optimum*, non si armonizza con le cadenze temporali della ragionevole tempistica di approvvigionamento delle risorse umane. La giusta esigenza della formazione mirata potrebbe essere soddisfatta con un periodo di prova in cui attuare la detta formazione.

6. *Ciclo della performance. Misurazione e la valutazione della performance. Merito e premi.*

L'organizzazione amministrativa contempla una serie di strumenti con i quali agganciare una quota del trattamento economico spettante alle risorse umane di ogni P.A. allo specifico contributo da queste arrecato alla qualità (dei servizi offerti e soddisfacimento dell'interesse del destinatario) e quantità (risultati) delle prestazioni rese. La materia è regolata dal D.L.vo 27 ottobre 2009, n. 150, c.d. decreto Brunetta, dal nome del Ministro della Funzione Pubblica che ne ha stimolato l'adozione.

Le amministrazioni dello Stato sono le dirette destinatarie delle disposizioni contenute nel D.L.vo citato. Per quanto riguarda le regioni, anche per quanto concerne i propri enti e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, e gli enti locali vi è la clausola estensiva di cui all'art. 16 D.L.vo n. 150/2009; è disposto che questi enti adeguano i propri ordinamenti ai principi contenuti negli articoli 3 (principi generali), 4 (fasi del ciclo di gestione della *performance*), 5, comma 2 (requisiti degli obiettivi, *rectius*: indicatori), 7 (SMIVAP), 9 (ambiti di misurazione e valutazione della *performance* individuale) e 15, comma 1 (responsabilità dell'organo di indirizzo politico-amministrativo); per l'attuazione delle restanti disposizioni di cui al citato D.L.vo, si procede tramite accordo da sottoscrivere ai sensi dell'art. 4 D.L.vo 28 agosto 1997, n. 281 in sede di Conferenza unificata.

Giusta l'art. 3 D.L.vo n. 150/2009

- il rispetto delle disposizioni sulla misurazione e la valutazione della *performance* è condizione necessaria per l'erogazione di premi e componenti del trattamento retributivo legati alla *performance* e rileva ai fini del riconoscimento delle progressioni economiche, dell'attribuzione di incarichi di responsabilità al personale, nonché del conferimento degli incarichi dirigenziali;

- la valutazione negativa rileva ai fini dell'accertamento della responsabilità dirigenziale e ai fini dell'irrogazione del licenziamento disciplinare ai sensi dell'articolo 55 *quater*, comma 1, lettera f *quinquies*), T.U.P.I.

Il ciclo di gestione della *performance*, come disposto dall'art. 4 D.L.vo

n. 150/2009, si articola nelle seguenti fasi: a) definizione e assegnazione degli obiettivi che si intendono raggiungere, dei valori attesi di risultato e dei rispettivi indicatori, tenendo conto anche dei risultati conseguiti nell'anno precedente, come documentati e validati nella relazione annuale sulla *performance*; b) collegamento tra gli obiettivi e l'allocazione delle risorse; c) monitoraggio in corso di esercizio e attivazione di eventuali interventi correttivi; d) misurazione e valutazione, annualmente, della *performance*, organizzativa e individuale; e) utilizzo dei sistemi premianti, secondo criteri di valorizzazione del merito; f) rendicontazione dei risultati agli organi di indirizzo politico-amministrativo, ai vertici delle amministrazioni, nonché ai competenti organi di controllo interni ed esterni, ai cittadini, ai soggetti interessati, agli utenti e ai destinatari dei servizi.

Obiettivi e indicatori (art. 5 D.L.vo n. 150/2009).

Gli obiettivi si articolano in:

a) obiettivi generali, che identificano, in coerenza con le priorità delle politiche pubbliche nazionali nel quadro del programma di Governo e con gli eventuali indirizzi adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 8 D.L.vo n. 286/1999, le priorità strategiche delle PP.AA. in relazione alle attività e ai servizi erogati, in relazione anche al livello e alla qualità dei servizi da garantire ai cittadini. Gli obiettivi sono determinati con apposite linee guida adottate su base triennale con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Per gli enti territoriali, il decreto è adottato previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'art. 8 L. 5 giugno 2003, n. 131;

b) obiettivi specifici di ogni P.A., individuati, in coerenza con la direttiva annuale adottata ai sensi dell'art. 8 D.L.vo n. 286/1999, nel Piano della *performance*. Gli obiettivi sono programmati, in coerenza con gli obiettivi generali, su base triennale e definiti, prima dell'inizio del rispettivo esercizio, dagli organi di indirizzo politico-amministrativo, sentiti i vertici dell'amministrazione che a loro volta consultano i dirigenti o i responsabili delle unità organizzative. Gli obiettivi sono definiti in coerenza con gli obiettivi di bilancio indicati nei documenti programmatici di cui alla L. n. 196/2009 e di cui alla normativa economica e finanziaria applicabile alle regioni e agli enti locali e il loro conseguimento costituisce condizione per l'erogazione degli incentivi previsti dalla contrattazione integrativa.

Gli obiettivi devono essere in grado di consentire la misurazione e la valutazione della *performance*, pertanto devono rispondere ai seguenti requisiti (indicatori): a) rilevanti e pertinenti rispetto ai bisogni della collettività, alla missione istituzionale, alle priorità politiche ed alle strategie dell'amministrazione; b) specifici e misurabili in termini concreti e chiari; c) tali da determinare un significativo miglioramento della qualità dei servizi erogati e degli interventi; d) riferibili ad un arco temporale determinato, di norma corrispon-

dente ad un anno; e) commisurati ai valori di riferimento derivanti da standard definiti a livello nazionale e internazionale, nonché da comparazioni con amministrazioni omologhe; f) confrontabili con le tendenze della produttività dell'amministrazione con riferimento, ove possibile, almeno al triennio precedente; g) correlati alla quantità e alla qualità delle risorse disponibili.

Sistema di misurazione e valutazione della performance, organizzativa e individuale - SMIVAP (artt. 7, 8 e 9 D.L.vo n. 150/2009).

Le PP.AA. adottano e aggiornano annualmente, previo parere vincolante dell'OIV, il Sistema di misurazione e valutazione della *performance*, in coerenza con gli indirizzi impartiti dal Dipartimento della funzione pubblica. Nello SMIVAP sono previste, altresì, le procedure di conciliazione, a garanzia dei valutati, relative all'applicazione del sistema di misurazione e valutazione della *performance* e le modalità di raccordo e integrazione con i documenti di programmazione finanziaria e di bilancio.

La funzione di misurazione e valutazione delle *performance* è svolta: a) dagli OIV della *performance*, cui compete la misurazione e valutazione della *performance* di ciascuna struttura amministrativa nel suo complesso, nonché la proposta di valutazione annuale dei dirigenti di vertice; b) dai dirigenti di ciascuna amministrazione; c) dai cittadini o dagli altri utenti finali in rapporto alla qualità dei servizi resi dall'amministrazione, partecipando alla valutazione della *performance* organizzativa dell'amministrazione.

Il Sistema di misurazione e valutazione della *performance* organizzativa concerne: l'attuazione di politiche e il conseguimento di obiettivi collegati ai bisogni e alle esigenze della collettività; l'attuazione di piani e programmi, ovvero la misurazione dell'effettivo grado di attuazione dei medesimi, nel rispetto delle fasi e dei tempi previsti, degli standard qualitativi e quantitativi definiti, del livello previsto di assorbimento delle risorse; la rilevazione del grado di soddisfazione dei destinatari delle attività e dei servizi anche attraverso modalità interattive; la modernizzazione e il miglioramento qualitativo dell'organizzazione e delle competenze professionali e la capacità di attuazione di piani e programmi; lo sviluppo qualitativo e quantitativo delle relazioni con i cittadini, i soggetti interessati, gli utenti e i destinatari dei servizi, anche attraverso lo sviluppo di forme di partecipazione e collaborazione; l'efficienza nell'impiego delle risorse, con particolare riferimento al contenimento ed alla riduzione dei costi, nonché all'ottimizzazione dei tempi dei procedimenti amministrativi; la qualità e la quantità delle prestazioni e dei servizi erogati; il raggiungimento degli obiettivi di promozione delle pari opportunità.

Il Sistema di misurazione e valutazione della *performance* individuale dei dirigenti e del personale responsabile di una unità organizzativa in posizione di autonomia e responsabilità, secondo le modalità indicate nello SMIVAP, è collegata: agli indicatori di *performance* relativi all'ambito organizzativo di diretta responsabilità, ai quali è attribuito un peso prevalente

nella valutazione complessiva; al raggiungimento di specifici obiettivi individuali; alla qualità del contributo assicurato alla performance generale della struttura, alle competenze professionali e manageriali dimostrate, nonché ai comportamenti organizzativi richiesti per il più efficace svolgimento delle funzioni assegnate; alla capacità di valutazione dei propri collaboratori, dimostrata tramite una significativa differenziazione dei giudizi.

La misurazione e valutazione della *performance* individuale dei dirigenti titolari degli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale e/o superiori è collegata altresì al raggiungimento degli obiettivi individuati nella direttiva generale per l'azione amministrativa e la gestione e nel Piano della *performance*, nonché di quelli specifici definiti nel contratto individuale.

La misurazione e la valutazione svolte dai dirigenti sulla *performance* individuale del personale sono effettuate sulla base dello SMIVAP e collegate: al raggiungimento di specifici obiettivi di gruppo o individuali; alla qualità del contributo assicurato alla *performance* dell'unità organizzativa di appartenenza, alle competenze dimostrate ed ai comportamenti professionali e organizzativi.

Nella valutazione di *performance* individuale non sono considerati i periodi di congedo di maternità, di paternità e parentale.

Piano della performance e Relazione sulla performance (art. 10 D.L.vo n. 150/2009).

Le PP.AA. redigono - e pubblicano sul sito istituzionale - ogni anno:

a) entro il 31 gennaio, il Piano della *performance*, documento programmatico triennale, che è definito dall'organo di indirizzo politico-amministrativo in collaborazione con i vertici dell'amministrazione e secondo gli indirizzi impartiti dal Dipartimento della funzione pubblica. Il Piano individua gli indirizzi e gli obiettivi strategici ed operativi e definisce, con riferimento agli obiettivi finali ed intermedi ed alle risorse, gli indicatori per la misurazione e la valutazione della *performance* dell'amministrazione, nonché gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori (67).

In caso di mancata adozione del Piano della *performance* è fatto divieto di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti che risultano avere concorso alla mancata adozione del Piano, per omissione o inerzia nell'adempimento dei propri compiti, e l'amministrazione non può procedere ad assunzioni di personale o al conferimento di incarichi di consulenza o di collaborazione comunque denominati. Nei casi in cui la mancata adozione del Piano o della Relazione sulla *performance* dipenda da omissione o inerzia dell'organo di indirizzo politico-amministrativo dell'Amm.ne, l'erogazione dei

(67) Per l'Amm.ne Statale il Piano è adottato in coerenza con le note integrative al bilancio di previsione di cui all'articolo 21 L. 31 dicembre 2009, n. 196, o con il piano degli indicatori e dei risultati attesi di bilancio, di cui all'articolo 19 D.L.vo 31 maggio 2011, n. 91.

trattamenti e delle premialità di cui al Titolo III del D.L.vo n. 150/2009 è fonte di responsabilità amministrativa del titolare dell'organo che ne ha dato disposizione e che ha concorso alla mancata adozione del Piano, ai sensi del periodo precedente;

b) entro il 30 giugno, la Relazione annuale sulla *performance*, approvata dall'organo di indirizzo politico-amministrativo e validata dall'OIV, che evidenzia, a consuntivo, con riferimento all'anno precedente, i risultati organizzativi e individuali raggiunti rispetto ai singoli obiettivi programmati ed alle risorse, con rilevazione degli eventuali scostamenti, e il bilancio di genere realizzato. Per gli enti locali la Relazione sulla *performance* può essere unificata al rendiconto della gestione di cui all'art. 227 D.L.vo 18 agosto 2000, n. 267.

Nella validazione della Relazione l'OIV tiene conto anche delle risultanze delle valutazioni realizzate con il coinvolgimento dei cittadini o degli altri utenti finali per le attività e i servizi rivolti, nonché, ove presenti, dei risultati prodotti dalle indagini svolte dalle agenzie esterne di valutazione e dalle analisi condotte dai soggetti appartenenti alla rete nazionale per la valutazione delle amministrazioni pubbliche, di cui al decreto emanato in attuazione dell'art. 19 D.L. 24 giugno 2014, n. 90, conv. L. 11 agosto 2014, n. 114, e dei dati e delle elaborazioni forniti dall'amministrazione, secondo le modalità indicate nello SMIVAP; la validazione della Relazione sulla *performance*, è condizione inderogabile per l'accesso agli strumenti per premiare il merito di cui al Titolo III del D.L.vo n. 150/2009 (art. 14, commi 4 *bis* e 6, D.L.vo n. 150/2009).

Monitoraggio della performance (art. 6 D.L.vo n. 150/2009).

Gli OIV, anche accedendo alle risultanze dei sistemi di controllo strategico e di gestione presenti nell'amministrazione, verificano l'andamento delle *performance* rispetto agli obiettivi programmati durante il periodo di riferimento e segnalano la necessità o l'opportunità di interventi correttivi in corso di esercizio all'organo di indirizzo politico-amministrativo, anche in relazione al verificarsi di eventi imprevedibili tali da alterare l'assetto dell'organizzazione e delle risorse a disposizione dell'amministrazione. Le variazioni, verificatesi durante l'esercizio, degli obiettivi e degli indicatori della *performance* organizzativa e individuale sono inserite nella relazione sulla *performance* e vengono valutate dall'OIV ai fini della validazione.

Merito e premi.

È vietata la distribuzione in maniera indifferenziata o sulla base di automatismi di incentivi e premi collegati alla *performance* in assenza delle verifiche e attestazioni sui sistemi di misurazione e valutazione adottati ai sensi del D.L.vo n. 150/2009 (art. 18, comma 2, D.L.vo n. 150/2009).

Il contratto collettivo nazionale, nell'ambito delle risorse destinate al trattamento economico accessorio collegato alla *performance* ai sensi dell'art. 40, comma 3 *bis*, T.U.P.I., stabilisce la quota delle risorse destinate a remunerare, rispettivamente, la *performance* organizzativa e quella individuale e fissa cri-

teri idonei a garantire che alla significativa differenziazione dei giudizi corrisponda un'effettiva diversificazione dei trattamenti economici correlati; per i dirigenti, il criterio di attribuzione dei premi di cui al comma 1 è applicato con riferimento alla retribuzione di risultato (art. 19 D.L.vo n. 150/2009).

Giusta l'art. 20 D.L.vo n. 150/2009, gli strumenti per premiare il merito e le professionalità sono: a) il bonus annuale delle eccellenze, di cui all'art. 21, al quale concorre il personale, dirigenziale e non, cui è attribuita una valutazione di eccellenza; b) il premio annuale per l'innovazione, di cui all'art. 22. Il premio viene assegnato al miglior progetto realizzato nell'anno, in grado di produrre un significativo cambiamento dei servizi offerti o dei processi interni di lavoro, con un elevato impatto sulla *performance* dell'organizzazione; c) le progressioni economiche, di cui all'art. 23, attribuite - sulla base di quanto previsto dai contratti collettivi nazionali e integrativi di lavoro - in modo selettivo, ad una quota limitata di dipendenti, in relazione allo sviluppo delle competenze professionali ed ai risultati individuali e collettivi rilevati dal sistema di valutazione; d) le progressioni di carriera, di cui all'art. 24; e) l'attribuzione di incarichi e responsabilità, di cui all'art. 25. La professionalità sviluppata e attestata dal sistema di misurazione e valutazione costituisce criterio per l'assegnazione di incarichi e responsabilità secondo criteri oggettivi e pubblici; f) l'accesso a percorsi di alta formazione e di crescita professionale, in ambito nazionale e internazionale, di cui all'art. 26.

7. RAPPORTO DI LAVORO INDIVIDUALE. ASPETTI GENERALI.

La materia è regolata dal titolo IV del TUPI (artt. 51-57). L'art. 51 dispone “1. Il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è disciplinato secondo le disposizioni degli articoli 2, commi 2 e 3, e 3, comma 1. 2. La legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti”.

Ossia: la fonte del rapporto è il contratto di lavoro individuale integrato, ex art. 1374 c.c.: a) dalla normazione civilistica (codice civile e leggi speciali) sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa; b) le disposizioni - diverse nel contenuto dalla sopraevidenziata normazione civilistica - contenute nel T.U.P.I., che costituiscono disposizioni a carattere imperativo; c) dai contratti collettivi, con portata sostitutiva *in melius* ove il contratto individuale contenga una regolazione deteriore.

7.1. Requisiti soggettivi del lavoratore.

Per la costituzione del rapporto di lavoro occorre, in capo al dipendente, il possesso di requisiti di ordine generale e di ordine speciale. I requisiti per l'accesso ai posti messi a concorso devono essere posseduti dai candidati al momento della scadenza del termine per la presentazione delle domande e per tutta la durata procedurale fino alla stipula del contratto individuale di lavoro.

Requisiti di ordine generale (68).

a) cittadinanza italiana. Idonea è altresì la cittadinanza degli Stati membri dell'Unione europea (o essere loro familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro), con la titolarità del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente, sempre che non vengano in rilievo posti di lavoro che implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero che attengono alla tutela dell'interesse nazionale (69); idonea è inoltre la cittadinanza di Paesi terzi, con la titolarità del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo o dello status di rifugiato ovvero dello status di protezione sussidiaria (art. 38 T.U.P.I.);

b) maggiore età (70);

c) idoneità fisica allo svolgimento delle funzioni cui il concorso si riferisce. *Illo tempore*, per un rapido controllo di tale requisito, vi era l'obbligo, in capo all'interessato, di produrre certificazione sanitaria di idoneità all'impiego; tale obbligo è stato abolito;

d) godimento dei diritti civili e politici (tra cui: non essere stati esclusi dall'elettorato politico attivo). Giusta l'art. 2 del D.P.R. n. 487/1994, "*non possono accedere agli impieghi coloro che siano esclusi dall'elettorato politico attivo*", ossia: coloro che sono sottoposti, in forza di provvedimenti definitivi, alle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (abrogata e sostituita con D.L.vo 6 settembre 2011, n. 159), finché durano gli effetti dei provvedimenti stessi; coloro che sono sottoposti, in forza di provvedimenti definitivi, a misure di sicurezza detentive o alla libertà vigilata o al divieto di soggiorno in uno o più comuni o in una o più province, a norma dell'art. 215 c.p., finché durano gli effetti dei provvedimenti stessi; i condannati a pena che importa la interdizione perpetua dai pubblici uffici; coloro che sono sottoposti all'interdizione temporanea dai pubblici uffici, per tutto il tempo della sua durata (art. 2 D.P.R. 20 marzo 1967, n. 223);

e) non essere stati destituiti o dispensati dall'impiego presso una P.A. per

(68) Art. 2 D.P.R. n. 487/1994 per l'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni ed art. 2 D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3.

(69) Giusta il comma 2 dell'art. 38 T.U.P.I. "*Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni ed integrazioni, sono individuati i posti e le funzioni per i quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana, nonché i requisiti indispensabili all'accesso dei cittadini di cui al comma 1*".

(70) Il n. 2 dell'art. 2 D.P.R. n. 3/1957 richiedeva: "*età non inferiore agli anni 18 e non superiore ai 40. Per i candidati appartenenti a categorie per le quali leggi speciali prevedono deroghe, il limite massimo non può superare, anche in caso di cumulo di benefici, i quarantacinque anni di età*". La partecipazione ai concorsi indetti da pubbliche amministrazioni non è più soggetta a limiti di età, salvo deroghe dettate dai regolamenti delle singole amministrazioni dovute alla natura del servizio o ad oggettive necessità dell'amministrazione in base a quanto disposto dall'art. 3, comma 6, L. 15 maggio 1997, n. 127. L'età, intuitivamente, non può essere superiore all'età prevista dalle norme vigenti in materia di collocamento a riposo.

persistente insufficiente rendimento, ovvero non essere stati dichiarati decaduti da un impiego statale, ai sensi dell'articolo 127, comma 1, lettera d), D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 e ai sensi delle corrispondenti disposizioni di legge e dei contratti collettivi nazionali di lavoro relativi al personale dei vari comparti. Costituiscono ipotesi ricorrenti, a quest'ultimo riguardo, il non essere stati destituiti dall'impiego presso una P.A. a seguito di procedimento disciplinare o dispensati dall'impiego per persistente insufficiente rendimento ovvero dichiarati decaduti dall'impiego o licenziati per le medesime cause.

Requisiti di ordine speciale.

a) Titolo di studio (laurea o diploma di laurea o titoli equiparati ed equipollenti secondo la normativa vigente oppure diploma di istruzione secondaria di secondo grado che consenta l'iscrizione ad una facoltà universitaria);

b) Condotta e qualità morali. Tale requisito è richiesto per le assunzioni nella magistratura, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e le amministrazioni che esercitano competenze istituzionali in materia di difesa e sicurezza dello Stato, di polizia e di giustizia (71).

La stipula del contratto di lavoro in assenza dei detti requisiti determina la nullità dell'assunzione e produce un effetto estintivo sul rapporto di lavoro. Il contratto di lavoro stipulato dalla P.A. in violazione delle norme che regolano le procedure di evidenza pubblica è affetto da nullità, per inosservanza dell'art. 35 T.U.P.I. e dell'art. 3, comma 6, D.P.R. n. 3/1957 (disposizione, quest'ultima, prevedente testualmente la nullità dell'assunzione), che riflettono l'art. 97, comma 4, della Costituzione ed è, dunque, inderogabile.

Come già osservato, gli atti di gara sono caratterizzati da una natura duplice: il bando e la graduatoria finale, pur inserendosi nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, hanno anche la natura sostanziale,

(71) L'art. 35, comma 6, T.U.P.I. dispone: "*Ai fini delle assunzioni di personale presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e le amministrazioni che esercitano competenze istituzionali in materia di difesa e sicurezza dello Stato, di polizia, di giustizia ordinaria, amministrativa, contabile e di difesa in giudizio dello Stato, si applica il disposto di cui all'articolo 26 della legge 1 febbraio 1989, n. 53, e successive modificazioni ed integrazioni*", disposizione, quest'ultima, che dispone: "*Per l'accesso ai ruoli del personale della polizia di Stato e delle altre forze di polizia indicate dall'articolo 16 della legge 1° aprile 1981, n. 121, è richiesto il possesso delle qualità morali e di condotta stabilite per l'ammissione ai concorsi della magistratura ordinaria*". Con sentenza 31 marzo 1994, n. 108, la Corte costituzionale ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità dell'art. 26, nella parte in cui, rinviando per l'accesso ai ruoli del personale della polizia di Stato al possesso delle qualità morali e di condotta stabilite per l'ammissione ai concorsi della magistratura ordinaria, prevede che siano esclusi coloro che, per le informazioni raccolte, non risultano, secondo l'apprezzamento insindacabile del Ministro competente, appartenenti a famiglia di estimazione morale indiscussa. La stessa Corte, con sentenza 28 luglio 2000, n. 391, ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità del presente articolo, nella parte in cui, rinviando per l'accesso ai ruoli del personale del Corpo di polizia penitenziaria al possesso delle qualità morali e di condotta stabilite per l'ammissione ai concorsi della magistratura ordinaria, prevede che siano esclusi coloro i cui parenti, in linea retta entro il primo grado ed in linea collaterale entro il secondo, hanno riportato condanne per taluno dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lettera a) c.p.p.

rispettivamente, di proposta al pubblico e di atto di individuazione del futuro contraente.

Pertanto, la procedura concorsuale costituisce un presupposto di validità del contratto di lavoro individuale stipulato dall'amministrazione. Non a caso, l'art. 36 T.U.P.I. ha sempre previsto, nelle diverse versioni succedutesi nel tempo, che *“in ogni caso la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni”* (comma 5); la norma, per come formulata, ha una portata generale che va oltre il più ristretto ambito di applicazione indicato dalla rubrica dell'articolo (*“Personale a tempo determinato o assunto con forme di lavoro flessibile”*) ed è idonea ad attrarre nella sfera della nullità - ex art. 1418, comma 1, c.c. per violazione delle norme imperative - anche il mancato rispetto delle procedure imposte per le assunzioni a tempo indeterminato dall'art. 35 del medesimo decreto legislativo (72). Peraltro, come già evidenziato, già l'art. 3, comma 6, D.P.R. n. 3/1957 prevedeva che *“l'assunzione agli impieghi senza il concorso prescritto per le singole carriere è nulla di diritto e non produce alcun effetto a carico dell'Amministrazione, ferma restando la responsabilità dell'impiegato che vi ha provveduto”* (73).

7.2. Tipologia di rapporto.

Il rapporto di lavoro può avere tipologie diverse. L'ipotesi ordinaria è

(72) Per questo motivo, Cass. 7 maggio 2019, n. 11951, ha asserito che *“la regola che impone l'individuazione del contraente sulla base di una graduatoria formulata all'esito della procedura concorsuale nel rispetto dei criteri imposti dalla legge e dal bando, seppure non direttamente attinente al contenuto delle obbligazioni contrattuali, si riflette necessariamente, per quanto sopra detto, sulla validità del negozio, perché individua un requisito che deve imprescindibilmente sussistere in capo al contraente, di tal che, ove si consentisse lo svolgimento del rapporto con soggetto privo del requisito in parola, si finirebbe per porre nel nulla la norma inderogabile, posta a tutela di interessi pubblici alla cui realizzazione, secondo il Costituente, deve essere costantemente orientata l'azione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici”*. Del resto, la stessa Cass. 27 dicembre 2019, n. 34557, ha ribadito *“il principio di diritto, ormai consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, secondo cui l'atto con il quale l'amministrazione revoca un'assunzione o un incarico a seguito dell'annullamento della procedura concorsuale o dell'inosservanza dell'ordine di graduatoria «equivale alla condotta del contraente che non osservi il contratto stipulato ritenendolo inefficace perché affetto da nullità, trattandosi di un comportamento con cui si fa valere l'assenza di un vincolo contrattuale»”* (Cass. nn. 8328/2010, 19626/2015, 13800/2017, 7054/2018, 194/2019, 17002/2019 e Cass. S.U. n. 2396/2014). Analogamente si enuncia che l'annullamento in autotutela ai sensi dell'art. 21 *novies*, L. n. 241/1990 di un concorso pubblico, per vizi di legittimità riscontrati dalla P.A. rispetto agli atti della selezione, determina la nullità originaria, sebbene accertata successivamente, del contratto di lavoro stipulato in esito alla conclusione del concorso stesso e che nel giudizio instaurato dal lavoratore per la tutela del diritto soggettivo alla prosecuzione del rapporto di lavoro conseguente a tale contratto (dichiarato nullo dalla P.A.), il giudice ordinario ha il potere di disapplicare il provvedimento amministrativo di annullamento solo se e in quanto ravvisi in esso i vizi di legittimità propri degli atti amministrativi (così: Cass., 17 gennaio 2022, n. 1307).

(73) Conf. Cass., 4 maggio 2021, n. 11633.

quella del rapporto titolato volontario di lavoro subordinato professionale a tempo indeterminato, come confermato dall'art. 36, comma 1. Esistono anche altre speciali ipotesi:

a) rapporto di fatto.

Si ha nel caso in cui manchi l'atto di investitura oppure (ove anche sussista l'atto di investitura) manchi un valido atto di assunzione in servizio.

Ove manchi l'atto di investitura ricorre la figura del funzionario di fatto. In questa ipotesi il sorgere di un rapporto organico di fatto porta come necessaria conseguenza il sorgere di un rapporto di servizio di fatto. Il funzionario di fatto non ha diritto verso la P.A. alla retribuzione, ma unicamente a ripetere quanto eventualmente abbia utilmente speso nell'operare al servizio di essa, secondo i principi dell'*actio de in rem verso* (74).

Manca un valido atto di assunzione in servizio nel caso di violazione delle disposizioni riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle PP.AA. In questa ipotesi, giusta l'art. 36, commi 5 e 5 *quater*

- non vi è la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime PP.AA., ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni *de quo* sono responsabili, anche ai sensi dell'art. 21 sulla responsabilità dirigenziale. Di tali violazioni si tiene conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 D.L.vo n. 286/1999. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato;

- i contratti di lavoro posti in essere in violazione dell'art. 36 T.U.P.I. sono nulli e determinano responsabilità erariale;

b) rapporto obbligatorio.

Nel rapporto obbligatorio, coattivo, si prescinde dal consenso del lavoratore. Tanto è possibile solo in base alla legge (art. 23 Cost.). Una tale ipotesi si ha nella fattispecie di requisizione di servizi in caso di disastri pubblici onde sopperire alle esigenze della popolazione ed altresì con riguardo all'attività dei giudici popolari nelle Corti d'Assise, estratti a sorte per un periodo di tempo determinato. L'ipotesi più importante, il servizio militare obbligatorio, è venuta meno con la legge 6 marzo 2001, n. 64. Sicché ora il servizio militare è su base volontaria;

c) rapporto di lavoro autonomo (ad esempio con professionisti intellettuali);

(74) Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, XV edizione, Jovene, 1989, p. 247.

d) rapporto di lavoro onorario, nel quale chi entra in rapporto di servizio con la P.A. non lo fa a titolo professionale (es. rapporto di servizio: dei commissari *ad acta*; dei componenti dei consigli comunali, provinciali e regionali; dei componenti della commissione aggiudicatrice di appalto; dei giudici onorari; degli organi politici e/o di indirizzo degli enti pubblici). Vi è lo svolgimento di una pubblica funzione per effetto dell'atto di investitura alla carica e può essere prestato gratuitamente oppure con la corresponsione di un compenso (di natura indennitaria e di ristoro delle spese, generalmente commisurato al sacrificio, di tempo e di denaro, sopportato per lo svolgimento della funzione), senza tuttavia, in questo secondo caso che sia configurabile una relazione sinallagmatica tra funzioni e compenso per il loro esercizio. La posizione del funzionario onorario si configura ogni qualvolta esista un rapporto per lo svolgimento di funzioni pubbliche, ma manchino gli elementi caratterizzanti dell'impiego pubblico, quali la scelta del dipendente di carattere prettamente tecnico-amministrativo effettuata mediante procedure concorsuali (che si contrappone, nel caso del funzionario onorario, ad una scelta politico-discrezionale), l'inserimento strutturale del dipendente nell'apparato organizzativo della P.A. (rispetto all'inserimento meramente funzionale del funzionario onorario), lo svolgimento del rapporto secondo un apposito statuto per il pubblico impiego (che si contrappone ad una disciplina del rapporto onorario derivante pressoché esclusivamente dall'atto di conferimento dell'incarico e dalla natura dello stesso), il carattere retributivo - perché inserito in un rapporto sinallagmatico - del compenso percepito dal pubblico dipendente (rispetto al carattere indennitario rivestito dal compenso percepito dal funzionario onorario), la durata tendenzialmente indeterminata del rapporto di pubblico impiego (a fronte della normale temporaneità dell'incarico onorario) (75). In assenza della espressa attribuzione normativa di una indennità il servizio onorario è gratuito, salvo il rimborso delle spese che l'investito dell'ufficio sia obbligato a sostenere per l'esercizio dello stesso (76);

e) rapporto di lavoro a tempo determinato o con forme di lavoro flessibile.

Secondo la disciplina ex art. 36, commi 2 e ss. (77), le PP.AA. possono

(75) Sul servizio onorario: M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Il processo nelle controversie di lavoro pubblico*, cit., pp. 49-51.

(76) Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, cit., p. 250.

(77) Le disposizioni non si applicano - salva quella del comma 5 sul divieto la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato - al reclutamento del personale docente, educativo e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA), a tempo determinato presso le istituzioni scolastiche ed educative statali e degli enti locali, le istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica. Per gli enti di ricerca pubblici di cui agli articoli 1, comma 1, e 19, comma 4, del decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 218, rimane fermo quanto stabilito dal medesimo decreto.

stipulare contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, contratti di formazione e lavoro e contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato, nonché avvalersi delle forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa, esclusivamente nei limiti e con le modalità in cui se ne preveda l'applicazione nelle amministrazioni pubbliche. Le amministrazioni pubbliche possono stipulare i detti contratti soltanto per comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale e nel rispetto delle condizioni e modalità di reclutamento stabilite dall'art. 35. I contratti di lavoro subordinato a tempo determinato possono essere stipulati nel rispetto degli artt. 19 e ss. D.L.vo 15 giugno 2015, n. 81 (Disciplina organica dei contratti di lavoro), escluso il diritto di precedenza che si applica al solo personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b). I contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato sono disciplinati dagli artt. 30 e ss. D.L.vo n. 81/2015, fatta salva la disciplina ulteriore eventualmente prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro; non è possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali. Per prevenire fenomeni di precariato, le amministrazioni pubbliche sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato.

7.3. Modalità dello svolgimento della prestazione (anche agile, c.d. smart working).

L'ipotesi ordinaria del rapporto volontario di lavoro subordinato professionale a tempo indeterminato è riconducibile al paradigma dell'art. 2094 c.c. a mente del quale il lavoratore si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'organizzazione amministrativa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione della P.A.

In funzione dell'organizzazione del lavoro e dell'erogazione dei servizi ed altresì della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle PP.AA. l'orario di lavoro deve essere flessibile, con modalità di lavoro anche agile (c.d. *smart working*), ossia senza la necessità della presenza del dipendente nell'ufficio, con modulabilità spaziale e temporale della prestazione del lavoratore. Con la modalità agile la prestazione lavorativa viene eseguita, in tutto o in parte, all'esterno di locali aziendali senza una postazione fissa, entro i limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva. Ciò sulla base di accordo tra le parti, senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. Viene in rilievo una modalità di lavoro idonea ad incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

Le modalità attuative del lavoro agile sono individuate nel Piano orga-

nizzativo del lavoro agile (POLA) - costituente sezione del Piano della *performance* - da redigere con cadenza annuale (art. 14, comma 1, L. n. 124/2015).

Il lavoro agile, al quale la pandemia del 2020 per la diffusione del COVID-19 ha dato una necessitata accelerazione, razionalmente organizzato, andrebbe messo a regime per i molteplici benefici allo stesso collegati ed altresì per evitare gli aspetti negativi di un improprio utilizzo, quali l'assenza di separazione tra il tempo del lavoro e quello privato e il rischio di assorbimento totalizzante del primo sul secondo. Circa i punti di forza del lavoro agile si rileva quanto segue.

Dal punto di vista del dipendente, il lavoro agile determina un miglioramento delle competenze digitali. Tale modalità di lavoro è, intuitivamente, appetibile, atteso che elimina i tempi morti per raggiungere il posto di lavoro, con risparmio di tempo e denaro, potendo svolgersi l'attività lavorativa da qualsiasi luogo. Il lavoratore vede migliorata la qualità della vita, con una maggiore conciliazione tra lavoro e vita privata. Ove gestita in modo razionale, tale modalità di lavoro aumenta l'empatia tra dipendente e datore di lavoro, fidelizza il lavoratore con inevitabili ricadute sulla produttività e sulla efficienza degli uffici.

Dal punto di vista del datore di lavoro, vi è una riduzione dei costi fissi dell'apparato organizzativo. Riducendo, quale effetto complessivo dello svolgimento del lavoro in modalità agile, la presenza dei dipendenti negli uffici e turnando la loro presenza nelle postazioni di lavoro si riducono gli ambienti nei quali si svolge la prestazione, occorrono meno uffici, si riduce la logistica, si riducono i costi delle utenze del servizio elettrico, del servizio idrico, di gas naturale, degli appalti dei servizi di pulizia.

Dal punto di vista della vivibilità delle città e della salvaguardia dell'ambiente, vi è un netto miglioramento di tutti gli standard collegati alla qualità dei servizi pubblici. La riduzione delle persone che si recano fisicamente nei posti di lavoro determina, per l'effetto, il decongestionamento dei servizi di trasporto pubblico locale, una maggiore fluidità della viabilità, un minore inquinamento atmosferico ed acustico.

Dal punto di vista dell'urbanistica, il lavoro agile può determinare una riduzione della pressione antropica sulle città ed una redistribuzione della popolazione sul territorio, specie nelle periferie delle città, in paesi e borghi. Il lavoratore, potendo svolgere il lavoro, in tutto o in parte, da qualsivoglia postazione, sarà incentivato a delocalizzare la propria abitazione in centri minori, dato il minor costo delle abitazioni e la migliore qualità della vita (78).

(78) Su tali aspetti: M. GERARDO, *Un diritto per il "dopoguerra". Aspetti della legislazione emergenziale anti COVID-19 da rendere stabili ed ordinari*, in *Rass. Avv. Stato*, 2021, 1, p. 208.

7.4. *Situazioni giuridiche soggettive inter partes.*

Venendo in rilievo un contratto a prestazioni corrispettive all'obbligo di una parte corrisponde il diritto dell'altro e viceversa.

Doveri del lavoratore.

a) prestare l'attività lavorativa nell'orario di lavoro (art. 2107 c.c.). Le modalità dell'attività lavorativa sono fissate dalle opportune norme organizzative, specificate dalla dirigenza. Il lavoratore deve prestare obbedienza agli ordini impartiti dai superiori, salvo che i detti ordini siano illegittimi;

b) riconoscibilità al pubblico. I dipendenti che svolgono attività a contatto con il pubblico sono tenuti a rendere conoscibile il proprio nominativo mediante l'uso di cartellini identificativi o di targhe da apporre presso la postazione di lavoro (art. 55 *novies*, il quale al comma 2 prevede altresì la possibilità di categorie escluse);

c) obbedienza e diligenza. Giusta l'art. 2104 c.c., il lavoratore deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta e dall'interesse della P.A. datore di lavoro; deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dalla P.A. datore di lavoro a mezzo dei suoi organi, rispettando l'orario di ufficio e non assentandosi dal lavoro senza giustificazione;

e) imparzialità e rispetto del principio di buon andamento (art. 97, comma 2, Cost.);

f) tenere una condotta (in ufficio e nella vita privata) conforme alla dignità della posizione rivestita. Questo dovere è particolarmente rilevante per talune categorie di dipendenti, come i magistrati e le forze dell'ordine: una vita sregolata o la frequentazione di delinquenti potrebbero ragionevolmente far sorgere dubbi sulla loro stessa correttezza;

g) lealtà o fedeltà. Oltre al dovere generale di fedeltà alla Repubblica (art. 51 Cost.), il lavoratore non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, con pregiudizio per la P.A. datore di lavoro, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'organizzazione, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio (art. 2105 c.c.).

Funzionale a tale obbligo è la disciplina, contenuta negli artt. 54 e 53, relativi - rispettivamente - al codice di comportamento e alle incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi.

Codice di comportamento.

All'uopo vi è una disciplina trasversale - valevole per tutti i pubblici dipendenti - contenuta in un atto adottato dal Governo; vi è poi una disciplina di dettaglio contenuta in un atto adottato da ciascuna P.A.

Il codice di comportamento adottato dal Governo è un atto amministrativo generale (79) avente la finalità di assicurare la qualità dei servizi, la preven-

(79) Approvato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio

zione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico. Il codice contiene una specifica sezione dedicata ai doveri dei dirigenti, articolati in relazione alle funzioni attribuite, e comunque prevede per tutti i dipendenti pubblici il divieto di chiedere o di accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali o altre utilità, in connessione con l'espletamento delle proprie funzioni o dei compiti affidati, fatti salvi i regali d'uso, purché di modico valore e nei limiti delle normali relazioni di cortesia; contiene, altresì, una sezione dedicata al corretto utilizzo delle tecnologie informatiche e dei mezzi di informazione e *social media* da parte dei dipendenti pubblici, anche al fine di tutelare l'immagine della P.A.

La violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare. La violazione dei doveri è altresì rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniqualvolta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti.

Il codice di comportamento adottato da ciascuna pubblica amministrazione (80), integra e specifica il codice di comportamento adottato dal Governo. La violazione dei doveri di questo codice produce gli stessi effetti della violazione dei doveri del codice adottato dal Governo;

Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi.

A tal fine viene richiamata la disciplina sulle incompatibilità dettata specialmente dagli artt. 60 e ss. D.P.R. n. 3/1957, secondo cui l'impiegato non può esercitare il commercio, l'industria, né alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro, tranne che si tratti di cariche in società o enti per le quali la nomina è riservata allo Stato e sia all'uopo intervenuta specifica autorizzazione.

Le PP.AA non possono conferire ai dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o altre fonti normative, o che non siano espressamente autorizzati. A tal fine, con appositi regolamenti sono individuati, secondo criteri differenziati in rapporto alle diverse qualifiche e ruoli professionali, gli incarichi vietati ai dipendenti delle PP.AA. Il conferimento operato direttamente dall'amministrazione, nonché l'autorizzazione all'esercizio di incarichi che provengano da P.A.

dei Ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, previa intesa in sede di Conferenza unificata, è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale e consegnato al dipendente, che lo sottoscrive all'atto dell'assunzione. L'attuale codice di comportamento è stato emanato con D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 e si applica al personale statale, a quello delle regioni, degli enti locali e degli enti autonomi.

(80) Adottato con procedura aperta alla partecipazione e previo parere obbligatorio del proprio organismo indipendente di valutazione.

diversa da quella di appartenenza, ovvero da società o persone fisiche, che svolgano attività d'impresa o commerciale, sono disposti dai rispettivi organi competenti secondo criteri oggettivi e predeterminati, che tengano conto della specifica professionalità, tali da escludere casi di incompatibilità, sia di diritto che di fatto, nell'interesse del buon andamento della pubblica amministrazione o situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi, che pregiudichino l'esercizio imparziale delle funzioni attribuite al dipendente.

I dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti - ossia incarichi, anche occasionali, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, per i quali è previsto, sotto qualsiasi forma, un compenso - che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza (81). In caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti.

Inoltre le PP.AA., gli enti pubblici economici e i soggetti privati non possono conferire incarichi retribuiti a dipendenti di altre amministrazioni pubbliche senza la previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza dei dipendenti stessi, con la previsione di gravi sanzioni.

L'autorizzazione allo svolgimento dell'incarico deve essere richiesta all'amministrazione di appartenenza del dipendente dai soggetti pubblici o privati, che intendono conferire l'incarico; può, altresì, essere richiesta dal dipendente interessato. L'amministrazione di appartenenza deve pronunciarsi sulla richiesta di autorizzazione entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta stessa. Decorso il termine per provvedere, l'autorizzazione, se richiesta per incarichi da conferirsi da amministrazioni pubbliche, si intende accordata; in ogni altro caso, si intende definitivamente negata (82).

(81) Sono esclusi i compensi e le prestazioni derivanti: a) dalla collaborazione a giornali, riviste, enciclopedie e simili; b) dalla utilizzazione economica da parte dell'autore o inventore di opere dell'ingegno e di invenzioni industriali; c) dalla partecipazione a convegni e seminari; d) da incarichi per i quali è corrisposto solo il rimborso delle spese documentate; e) da incarichi per lo svolgimento dei quali il dipendente è posto in posizione di aspettativa, di comando o di fuori ruolo; f) da incarichi conferiti dalle organizzazioni sindacali a dipendenti presso le stesse distaccati o in aspettativa non retribuita; f *bis*) da attività di formazione diretta ai dipendenti della P.A. nonché di docenza e di ricerca scientifica.

(82) È prescritto altresì che: entro quindici giorni dall'erogazione del compenso i soggetti pubblici o privati comunicano all'amministrazione di appartenenza l'ammontare dei compensi erogati ai dipendenti pubblici; le PP.AA. pubbliche che conferiscono o autorizzano incarichi, anche a titolo gratuito, ai propri dipendenti comunicano al Dipartimento della funzione pubblica gli incarichi conferiti o autorizzati ai dipendenti stessi, con l'indicazione dell'oggetto dell'incarico e del compenso lordo, ove previsto; le amministrazioni di appartenenza sono tenute a comunicare tempestivamente al Dipartimento della funzione pubblica, in via telematica, per ciascuno dei propri dipendenti e distintamente per ogni incarico conferito o autorizzato, i compensi da esse erogati o della cui erogazione abbiano avuto comunicazione.

Diritti del lavoratore.

Va preliminarmente precisato che la fonte della disciplina del trattamento economico, oltretutto di quello giuridico, è unicamente la legge dello Stato o il CCNL, come confermato dagli artt. 2, comma 3, e 45, comma 1, T.U.P.I. In materia non può intervenire una fonte secondaria oppure una fonte regionale ancorché primaria, atteso che viene in rilievo la materia dell'ordinamento civile spettante in via esclusiva ex art. 117, comma 2, Cost. alla potestà legislativa statale (83).

a) diritto alla parità di trattamento ed al divieto di discriminazioni, secondo la previsione costituzionale specificata dal primo comma dell'art. 7 precisante che *“Le pubbliche amministrazioni garantiscono parità e pari opportunità tra uomini e donne e l'assenza di ogni forma di discriminazione, diretta e indiretta, relativa al genere, all'età, all'orientamento sessuale, alla razza, all'origine etnica, alla disabilità, alla religione o alla lingua, nell'accesso al lavoro, nel trattamento e nelle condizioni di lavoro, nella formazione professionale, nelle promozioni e nella sicurezza sul lavoro. Le pubbliche amministrazioni garantiscono altresì un ambiente di lavoro improntato al benessere organizzativo e si impegnano a rilevare, contrastare ed eliminare ogni forma di violenza morale o psichica al proprio interno”*. Strumentale alla parità di trattamento tra uomini e donne è l'eguaglianza dei punti di partenza e, quindi, le pari opportunità. A tal fine, ex art. 57, comma 1, le PP.AA., tra l'altro: a) riservano alle donne, salva motivata impossibilità, almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso; b) adottano propri atti regolamentari per assicurare pari opportunità fra uomini e donne sul lavoro, conformemente alle direttive impartite dalla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica; c) garantiscono la partecipazione delle proprie dipendenti ai corsi di formazione e di aggiornamento professionale in rapporto proporzionale alla loro presenza nelle amministrazioni interessate ai corsi medesimi, adottando modalità organizzative atte a favorirne la partecipazione, consentendo la conciliazione fra vita professionale e vita familiare.

b) diritti patrimoniali. Ossia:

(83) Il principio è assolutamente pacifico nella giurisprudenza costituzionale. Si richiama, *ex plurimis*, la sentenza n. 16 del 13 febbraio 2020 della Corte Costituzionale, ove viene ribadito che la disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici - ivi inclusi i profili del trattamento economico (inteso nel suo complesso, senza alcuna limitazione a quello fondamentale) e della relativa classificazione (sentenza della Corte Costituzionale 30 luglio 2012 n. 213) - rientra nella materia *“ordinamento civile”*, che spetta in via esclusiva al legislatore nazionale. Nel caso di specie si statuisce che compete unicamente al legislatore statale anche la disciplina del trattamento giuridico ed economico dei dipendenti regionali (sentenze della Corte Costituzionale 5 dicembre 2016, n. 257, 11 luglio 2017, n. 160, 13 luglio 2017, n. 175), ai sensi dell'art. 1, comma 2, D.L.vo n. 165/2001. La Corte ha, pertanto, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 22, commi 14, primo periodo, e 15, della legge reg. Siciliana n. 8 dell'8 maggio 2018, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost.

- retribuzione (art. 2093 c.c.), consistente nella prestazione mensile di danaro da parte della P.A. quale corrispettivo per l'opera prestata. Tanto in attuazione dell'art. 36, comma 1, Cost.: “*Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*”. La misura dovuta è determinata in base alla categoria di appartenenza del dipendente e non può essere inferiore al *quantum* indicato nel C.C.N.L. del comparto (c.d. trattamento economico fondamentale). La retribuzione non è sequestrabile, non pignorabile e non cedibile nel minimo legale; il diritto allo stipendio si prescrive in cinque anni ex art. 2948 n. 5 c.c.;

- trattamenti economici accessori, individuati nel C.C.N.L., collegati a specifiche funzioni o modalità dell'attività lavorativa, quali l'indennità di lavoro straordinario, notturno, di trasferta, compenso incentivante per la produttività, ecc. (c.d. trattamento economico accessorio).

Il trattamento economico fondamentale, compensando la produttività media del lavoratore, risponde alla esigenza di assicurare al dipendente “*un'esistenza libera e dignitosa*”, mentre il trattamento accessorio è più strettamente connesso con la “*quantità e qualità del suo lavoro*” (84);

- trattamento di quiescenza (pensione) se ha maturato i requisiti di età e contributivi *ex lege* richiesti;

- trattamento di fine rapporto (buonuscita), al termine del rapporto di lavoro, consistente nell'erogazione di una somma di danaro *una tantum*;

c) diritti non patrimoniali. Ossia (oltre al diritto alla parità di trattamento innanzi esposto), diritto

- all'ufficio (o al posto), consistente nella pretesa attribuita ai dipendenti a tempo indeterminato di mantenere il posto di lavoro corrispondente a quello per cui sono stati assunti. Questo diritto può essere limitato o escluso nei soli casi previsti dalla legge o dai C.C.N.L.;

- alla funzione, consistente nella pretesa del dipendente ad esercitare le funzioni inerenti la propria qualifica, salvo lo *ius variandi* del datore di lavoro ex art. 2103 c.c.;

- alla sede, salve esigenze di servizio. Solo particolari categorie di dipendenti (magistrati e professori universitari) godono di inamovibilità assoluta, onde assicurarne l'indipendenza,

- al trasferimento ad altra sede di servizio, compatibilmente con le esigenze della P.A.

Le quattro situazioni delineate hanno consistenza di diritto soggettivo. È vero che il datore di lavoro pubblico gode di margini di discrezionalità nel disporre, ad es. il trasferimento di sede, ma questa non è “vera” discrezionalità

(84) Così L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., p. 496.

in quanto si è al di fuori dell'attività autoritativa, atteso che la P.A. agisce con i poteri dell'ordinario datore di lavoro di diritto privato. La P.A. deve agire con correttezza, buona fede e proporzionalità nell'applicare istituti a maglie elastiche, proprio come un ordinario datore di lavoro di diritto privato (85);

- al riposo settimanale (di regola coincidente con la domenica) ed annuale (congedo ordinario, con le ferie retribuite): art. 2109 c.c. Per previsione costituzionale “*Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi*” (art. 36, comma 3, Cost.);

- al congedo per malattia, maternità, matrimonio, paternità e parentale, partecipazione a esami o concorsi pubblici (congedo straordinario);

- a permessi retribuiti;

- alla qualifica, al titolo conferito al momento dell'assunzione o al momento dell'ultima promozione, che può essere utilizzato anche nella vita privata;

- ai diritti sindacali.

7.5. Modificazioni del rapporto di lavoro.

Durante lo svolgimento il rapporto di lavoro può subire evoluzioni e modificazioni.

I) Le modificazioni possono inerire al rapporto con la P.A. datore di lavoro.

a) *Una prima ipotesi è la sospensione del rapporto di lavoro nel caso di infortunio, malattia, gravidanza e puerperio* (art. 2110 c.c.).

b) *Ius variandi*.

L'impiegato, come qualsivoglia lavoratore, deve svolgere i compiti per i quali è stato assunto, riconoscendosi al datore di lavoro un potere di adattamento al caso concreto e alle sopravvenienze (86). La materia è regolata in via generale dall'art. 2103 c.c. Nel lavoro pubblico la regolazione generale di diritto comune presenta significative deroghe - specie con riguardo al mancato riconoscimento del diritto all'inquadramento superiore nel caso di svolgimento di mansioni superiori decorso un determinato periodo ostandovi la regola dell'espletamento del concorso pubblico - contenute nell'art. 52, a tenore del quale:

- i dipendenti pubblici, con esclusione dei dirigenti e del personale docente della scuola, delle accademie, conservatori e istituti assimilati, sono inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali. La contrattazione collettiva individua un'ulteriore area per l'inquadramento del personale di elevata qua-

(85) Diversamente L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., pp. 499-500 per i quali queste posizioni - come anche la pretesa alla progressione in carriera - non sono riconducibili al *genus* dei diritti soggettivi non patrimoniali, ma hanno consistenza di interessi legittimi.

(86) Sulla problematica: L. RAINERI, *Mansioni nel pubblico impiego: assegnazione, svolgimento di mansioni di fatto superiori e demansionamento*, in *Rass. Avv. Stato*, 2014, 4, pp. 211-245.

lificazione. Le progressioni all'interno della stessa area avvengono, con modalità stabilite dalla contrattazione collettiva, in funzione delle capacità culturali e professionali e dell'esperienza maturata e secondo principi di selettività, in funzione della qualità dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito. Fatta salva una riserva di almeno il 50 per cento delle posizioni disponibili destinata all'accesso dall'esterno, le progressioni fra le aree e, negli enti locali, anche fra qualifiche diverse, avvengono tramite procedura comparativa basata sulla valutazione positiva conseguita dal dipendente negli ultimi tre anni in servizio, sull'assenza di provvedimenti disciplinari, sul possesso di titoli o competenze professionali ovvero di studio ulteriori rispetto a quelli previsti per l'accesso all'area dall'esterno, nonché sul numero e sulla tipologia degli incarichi rivestiti;

- il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto di procedure selettive. L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione;

- per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore: a) nel caso di vacanza di posto in organico, per non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti; b) nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, con esclusione dell'assenza per ferie, per la durata dell'assenza. A questi fini si considera svolgimento di mansioni superiori soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni. Per il periodo di effettiva prestazione, il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore. Qualora l'utilizzazione del dipendente sia disposta per sopperire a vacanze dei posti in organico, immediatamente, e comunque nel termine massimo di novanta giorni dalla data in cui il dipendente è assegnato alle predette mansioni, devono essere avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti. Al di fuori delle ipotesi a) e b) innanzi indicate è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore (87).

(87) Conf. Cass. 2 febbraio 2021, n. 2276, secondo cui *“Il diritto al compenso per lo svolgimento di fatto di mansioni superiori, [...], non è condizionato alla sussistenza dei presupposti di legittimità di assegnazione delle mansioni, posto che una diversa interpretazione sarebbe contraria all'intento del legislatore di assicurare comunque al lavoratore una retribuzione proporzionata alla qualità del lavoro prestato, in ossequio al principio di cui all'art. 36 Cost.[...], sicché il diritto va escluso solo qualora l'espletamento sia avvenuto all'insaputa o contro la volontà dell'ente, oppure quando sia il frutto di una*

Il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggior onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave;

- i medesimi contratti collettivi possono regolare diversamente gli effetti innanzi descritti.

Nell'art. 52 non vi è la disciplina delle mansioni inferiori assegnate al dipendente. In questa evenienza deve ritenersi che si applicano le regole contenute nell'art. 2103 c.c. (88).

c) Trasferimento dalla sede di lavoro, tra cui il trasferimento per incompatibilità ambientale.

Il trasferimento dalla sede di lavoro si ha quando vi è uno spostamento apprezzabile del luogo di prestazione del lavoro, senza mutamento della qualifica posseduta e con carattere di tendenziale stabilità. Sicché non sono veri e propri trasferimenti i meri spostamenti di ufficio nell'ambito della stessa sede (di stanza, di piano, di edificio) o quelli che non comportano un apprezzabile spostamento topografico del luogo di prestazione del lavoro, né quelli di natura meramente temporanea (distacchi, comandi, trasferte o missioni) (89).

Il trasferimento della sede di lavoro può essere volontario o d'ufficio. La materia viene regolata dalla legge ed altresì dalla contrattazione collettiva nazionale. Nel caso di trasferimento volontario non vi è un diritto soggettivo assoluto al trasferimento da una unità organizzativa ad altra unità organizzativa dello stesso ente, tranne che nei casi previsti dalla legge (ad esempio: coniuge di militari, secondo la disciplina di cui all'art. 17 L. 28 luglio 1999 n. 266; art. 21, comma 2, L. 5 febbraio 1992, n. 104; art. 42 *bis* D.L.vo 26 marzo 2001, n.

fraudolenta collusione tra dipendente e dirigente, o in ogni ipotesi in cui si riscontri una situazione di illiceità per contrasto con norme fondamentali o generali o con principi basilari pubblicistici dell'ordinamento”.

(88) Ossia, commi 2-6: *“In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale. Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni. Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi. Nelle ipotesi di cui al secondo e al quarto comma, il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa. Nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita. Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro”.*

(89) Così, A. TALLARIDA, *I trasferimenti individuali nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, in *Rass. Adv. Stato*, 2018, 4, p. 192.

151) (90) oppure in conseguenza di atto di autovincolo (l'Amm.ne prevede dei criteri per i trasferimenti volontari, che non potrà non rispettare). Nel caso di trasferimento d'ufficio la regola generale è contenuta nel penultimo comma dell'art. 2103 c.c. secondo cui *“Il lavoratore non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive”*, con la specificazione modificativa di cui all'art. 30, comma 2, T.U.P.I. secondo cui i dipendenti possono essere trasferiti all'interno della stessa amministrazione o, previo accordo tra le amministrazioni interessate, in altra amministrazione, in sedi collocate nel territorio dello stesso comune ovvero a distanza non superiore a cinquanta chilometri dalla sede cui sono adibiti.

Una ipotesi di trasferimento d'ufficio è il trasferimento per incompatibilità ambientale, il quale trova la sua ragione nello stato di disorganizzazione e disfunzione dell'unità Amministrazione. Questa ipotesi va ricondotta alle esigenze tecniche, organizzative e produttive di cui all'art. 2103 c.c., piuttosto che a ragioni punitive e disciplinari, con la conseguenza che la legittimità del provvedimento datoriale di trasferimento prescinde dalla colpa (in senso lato) dei lavoratori trasferiti, come dall'osservanza di qualsiasi altra garanzia sostanziale o procedimentale che sia stabilita per le sanzioni disciplinari. Il trasferimento, peraltro, è subordinato ad una valutazione discrezionale dei fatti che fanno ritenere nociva, per il prestigio ed il buon andamento dell'ufficio, l'ulteriore permanenza dell'impiegato in una determinata sede (91).

Disposizioni legislative speciali tutelano particolari categorie di lavoratori in ragione della situazione in cui versano o delle funzioni che espletano, richiedendo il loro consenso o altre condizioni (92).

(90) il quale prevede che il genitore di figli minori di 3 anni, dipendente di amministrazione pubblica, può essere assegnato a richiesta, per un periodo, anche frazionato, complessivamente non superiore a 3 anni ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa, subordinatamente alla sussistenza di un posto vacante e disponibile, salvo motivato dissenso per casi o esigenze eccezionali, da esprimersi entro 30 giorni dalla domanda.

(91) Cass., 24 ottobre 2019, n. 27345.

(92) Il dipendente che assiste con continuità un parente o affine entro il terzo grado con handicap grave, anche non convivente, in mancanza di altri soggetti idonei a prendersene cura, *“non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”* (art. 33, comma 5, L. n. 104/1992), come pure il dipendente con handicap grave *“non può essere trasferita in altra sede, senza il suo consenso”* (art. 33, comma 6); tuttavia *“la L. n. 104 del 1992, art. 33, comma 5, non configura in generale, in capo ai soggetti ivi individuati, un diritto assoluto e illimitato, poichè esso può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento fra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisce per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive ed organizzative del datore di lavoro e per tradursi - soprattutto nei casi relativi a rapporti di lavoro pubblico - in un danno per l'interesse della collettività”*: così Cass. S.U., 9 luglio 2009, n. 16102. Anche l'art. 30, comma 2, T.U.P.I. subordina, in alcuni casi, il trasferimento al consenso del pubblico dipendente interessato disponendo che *“le disposizioni di cui al presente comma si applicano ai dipendenti con figli di età inferiore a tre anni, che hanno diritto al congedo parentale, e ai soggetti di cui all'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni, con il consenso degli stessi alla presta-*

d) Distacchi, comandi, trasferte o missioni.

Come evidenziato, non rientrano nel concetto di trasferimento i distacchi e comandi (questi istituti involgono, invero, il passaggio del lavoratore presso altri datori di lavoro e saranno esaminati al successivo punto II), trasferte o missioni. Si tratta di istituti caratterizzati dalla temporaneità dello spostamento del luogo della prestazione di lavoro e come tali non soggetti alla disciplina del trasferimento. Essi non danno luogo alla modifica dello *status* del dipendente né ad una novazione soggettiva del rapporto di lavoro ma solo alla modifica temporanea di questo nella fase dell'esecuzione (93).

La trasferta o missione consiste nell'invio del lavoratore a svolgere il proprio lavoro sempre alle dipendenze del suo datore di lavoro, per un breve lasso di tempo, in un luogo diverso da quello ordinario. Tale istituto trova generalmente regolamentazione nella contrattazione collettiva, in particolare per quanto riguarda la indennità di trasferta o di missione (che può essere commisurata a km o calcolata a diaria giornaliera). La trasferta differisce dal comando per il fatto che si svolge "*per un brevissimo arco di tempo*" (94) e non necessita del consenso o disponibilità del dipendente (95).

II) Le modificazioni possono inerire poi al passaggio, temporaneo o definitivo, del lavoratore presso altri datori di lavoro oppure il passaggio da altri datori di lavoro presso una P.A.

a) Mobilità tra pubblico e privato (art. 23 bis).

I dipendenti delle PP.AA. possono essere collocati, salvo motivato diniego dell'amministrazione di appartenenza in ordine alle proprie preminenti esigenze organizzative, in aspettativa senza assegni per lo svolgimento di attività presso soggetti e organismi, pubblici o privati, anche operanti in sede internazionale, i quali provvedono al relativo trattamento previdenziale. Il periodo di aspettativa comporta il mantenimento della qualifica posseduta. Nel caso di svolgimento di attività presso soggetti diversi dalle PP.AA. il periodo di collocamento in aspettativa non può superare i cinque anni, è rinnovabile per una sola volta e non è computabile ai fini del trattamento di quiescenza e previdenza;

zione della propria attività lavorativa in un'altra sede". L'art. 22 dello Statuto dei Lavoratori condiziona il trasferimento del dirigente di RSA al preventivo nulla osta del sindacato di appartenenza. Disposizione analoga tutela il militare eletto negli organi di rappresentanza istituiti nell'amministrazione militare (D.Lvo 15 marzo 2010 n. 66, codice dell'ordinamento militare, artt. 1476, 1480). Al fine di evitare trasferimenti ritorsivi, l'art. 54 bis T.U.P.I., vieta il trasferimento del pubblico dipendente che abbia segnalato illeciti al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza o all'Anac o all'A.G. o contabile.

(93) Per tali aspetti, A. TALLARIDA, *I trasferimenti individuali nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, cit., p. 197.

(94) T.A.R. Campania Salerno, 31 gennaio 2008 n. 95.

(95) Cass. 27 novembre 2002, n. 16812; Cass. 5 luglio 2002, n. 9744.

b) Comando o assegnazione temporanea.

In questa evenienza, il dipendente - persistendo il rapporto presso la propria Amm.ne - per un dato tempo presta l'attività presso una Amm.ne diversa. Il mutamento della sede di lavoro avviene nell'interesse dell'amministrazione di destinazione. Il potere direttivo e quello disciplinare sono attribuiti al soggetto utilizzatore. È necessario il consenso espresso del lavoratore e la sua revoca ne determina la cessazione. L'art. 56 T.U. n. 3/1957 ne definisce le condizioni di legittimità (temporaneità, eccezionalità, assenso del dipendente, decreto formale, riconosciute esigenze di servizio o necessità di una specifica competenza). Il comando può essere disposto presso altra amministrazione statale o presso enti pubblici; è vietato per i professori universitari di ruolo presso altra università o altro Istituto di istruzione superiore (art. 11 L. 18 marzo 1958 n. 311). Il trattamento economico resta a carico dell'amministrazione di provenienza se il comando è disposto verso altra amministrazione statale e va invece a carico dell'ente pubblico presso cui il dipendente va a prestare servizio (art. 57 T.U. cit.).

Oltre al T.U. n. 3/1957, vi è la disciplina contenuta nell'art. 30, comma 2 *sexies*, T.U.P.I. disponente che le PP.AA., per motivate esigenze organizzative, risultanti dai documenti di programmazione previsti all'art. 6, possono utilizzare in assegnazione temporanea, con le modalità previste dai rispettivi ordinamenti, personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a tre anni.

c) Distacco.

Il mutamento della sede di lavoro avviene nell'interesse del datore di lavoro o dell'amministrazione di appartenenza. Il potere direttivo e quello disciplinare sono attribuiti, come nel comando, al soggetto utilizzatore. Una forma particolare di distacco è quella prevista dal T.U.E.L., nell'ambito delle convenzioni tra Enti locali per lo svolgimento in modo coordinato di funzioni e servizi determinati (art. 30, comma 4). Altra forma particolare è il distacco dei dipendenti presso le istituzioni internazionali, dell'Unione europea e di altri Stati disciplinata dall'art. 32 T.U.P.I. È previsto che le PP.AA. favoriscono e incentivano le esperienze del proprio personale presso le istituzioni europee, le organizzazioni internazionali nonché gli Stati membri dell'Unione europea, gli Stati candidati all'adesione all'Unione e gli altri Stati con i quali l'Italia intrattiene rapporti di collaborazione al fine di favorire lo scambio internazionale di esperienze amministrative e di rafforzare il collegamento tra le amministrazioni di provenienza e quelle di destinazione. A tal fine i dipendenti delle PP.AA. possono essere destinati a prestare temporaneamente servizio presso i soggetti innanzi detti. Il trattamento economico degli esperti nazionali distaccati può essere a carico delle amministrazioni di provenienza, di quelle di destinazione o essere suddiviso tra esse, ovvero essere rimborsato in tutto o in parte allo Stato italiano dall'Unione europea o da un'organizzazione o ente

internazionale. Il personale che presta servizio temporaneo all'estero resta a tutti gli effetti dipendente dell'amministrazione di appartenenza.

d) *Mobilità d'ufficio* (art. 34 bis T.U.P.I.) e *mobilità volontaria* (art. 30 T.U.P.I.), già esaminate innanzi.

Trattasi di continuazione del rapporto presso altra P.A., con cessazione definitiva del rapporto presso l'Amm.ne originaria. Al dipendente trasferito per mobilità si applica esclusivamente il trattamento giuridico ed economico, compreso quello accessorio, previsto nei contratti collettivi vigenti nel comparto della amministrazione di destinazione. Questa regola è prevista in via espressa per la mobilità volontaria (art. 30, comma 2 *quinquies*), ma deve ritenersi applicabile anche a quella d'ufficio.

Una peculiare ipotesi di mobilità d'ufficio si ha nel caso di passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività regolato dall'art. 31, secondo cui nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da PP.AA., enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applicano l'art. 2112 c.c. e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all'art. 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428.

7.6. Estinzione del rapporto di lavoro. *Spoil system*.

Il rapporto di lavoro è per sua natura temporaneo.

Nel caso che *inter partes* vi sia un contratto a termine, il rapporto si estingue con la scadenza del termine. Nel caso che *inter partes* vi sia un contratto a tempo indeterminato, il rapporto si estingue al raggiungimento dell'età pensionabile oppure alla maturazione di una data anzianità di servizio.

Per tutti i rapporti di lavoro, poi, sia a tempo determinato che a tempo indeterminato, vi sono ulteriori evenienze estintive. Ossia: a) morte del dipendente o estinzione dell'ente pubblico (salvi, in quest'ultima ipotesi i casi di ricollocamento *ex lege*); b) permanente inidoneità psicofisica del dipendente, secondo la disciplina di cui all'art. 55 *octies*; c) recesso, senza preavviso, per giusta causa, ossia per una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto (dimissioni adottate dal dipendente; licenziamento adottato dal datore di lavoro). La disciplina è contenuta nell'art. 2119 c.c.; d) recesso, con preavviso, per giustificato motivo soggettivo od oggettivo adottato dal datore di lavoro (96); e) licenziamento disciplinare adottato dal datore di lavoro; f) recesso *ad nutum*, con preavviso, adottato dal dipendente nel caso di rapporto di lavoro a tempo indeterminato (art. 2118 c.c.).

(96) A termini dell'art. 3 L. 15 luglio 1966, n. 604 "Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa".

Infine va evidenziato che gli incarichi dirigenziali apicali, ossia quegli incarichi il cui titolare costituisce lo snodo tra l'organo di governo e l'amministrazione (97), cessano allorché venga meno il rapporto fiduciario con l'organo di governo (c.d. *spoil system*). Questa modalità di estinzione, alla luce dei principi della imparzialità della P.A. e della separazione tra la sfera politica e quella amministrativa, non può operare per tutti i restanti rapporti di lavoro, compresi quelli di direttore generale. Questi ultimi, infatti, ancorché si collochino al vertice dell'apparato amministrativo, restano però all'interno dello stesso, sicché possono essere rimossi prima della scadenza del termine del contratto solo per accertata responsabilità dirigenziale (98).

7.7. Riammissione in servizio.

L'istituto della riammissione in servizio del dipendente pubblico già dimissionario (regolato dall'art. 132 D.P.R. n. 3/1957, con una specificazione nell'art. 516 D.L.vo 16 aprile 1994, n. 297), presuppone la decisione discrezionale dell'Amm.ne che dovrà verificare se corrisponde all'interesse pubblico la copertura del posto vacante mediante riammissione (piuttosto che con nuovo

(97) Nello Stato hanno tale carattere gli incarichi di Segretario Generale dei Ministeri, di Capo Dipartimento ed equiparati e degli addetti agli uffici di diretta collaborazione degli organi di governo (per questi ultimi l'art. 14, comma 2, prevede che all'atto del giuramento del Ministro, tutte le assegnazioni di personale conferiti nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, decadono automaticamente ove non confermati entro trenta giorni dal giuramento del nuovo Ministro).

Negli enti, società e agenzie hanno tale carattere gli incarichi apicali conferiti dal Governo; viene all'uopo prescritto che *“Le nomine degli organi di vertice e dei componenti dei consigli di amministrazione o degli organi equiparati degli enti pubblici, delle società controllate o partecipate dallo Stato, delle agenzie o di altri organismi comunque denominati, conferite dal Governo o dai Ministri nei sei mesi antecedenti la scadenza naturale della legislatura, computata con decorrenza dalla data della prima riunione delle Camere, o nel mese antecedente lo scioglimento anticipato di entrambe le Camere, possono essere confermate, revocate, modificate o rinnovate entro sei mesi dal voto sulla fiducia al Governo. Decorso tale termine gli incarichi per i quali non si sia provveduto si intendono confermati fino alla loro naturale scadenza. Le stesse disposizioni si applicano ai rappresentanti del Governo e dei Ministri in ogni organismo e a qualsiasi livello, nonché ai componenti di comitati, commissioni e organismi ministeriali e interministeriali, nominati dal Governo o dai Ministri”* (art. 6, comma 1, L. 15 luglio 2002, n. 145).

Negli enti locali hanno tale carattere gli incarichi di segretario comunale e provinciale, come confermato dall'art. 99, comma 2, T.U.E.L. per il quale la nomina del segretario *“ha durata corrispondente a quella del mandato del sindaco o del presidente della provincia che lo ha nominato. Il segretario cessa automaticamente dall'incarico con la cessazione del mandato del sindaco e del presidente della provincia, continuando ad esercitare le funzioni sino alla nomina del nuovo segretario”*.

(98) Conf. Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103, precisante che la revoca delle funzioni legittimamente conferite ai dirigenti può essere conseguenza soltanto di un'accertata responsabilità, all'esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato ed è necessario che sia comunque garantita la presenza di un momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti, nell'ambito del quale, da un lato, l'amministrazione esterni le ragioni per cui ritiene di non consentire la prosecuzione sino alla scadenza contrattualmente prevista e, dall'altro, sia assicurata al dirigente la possibilità di far valere il diritto di difesa, nel rispetto dei principi del giusto procedimento, finalizzati a garantire scelte trasparenti e verificabili, in ossequio al precetto dell'imparzialità dell'azione amministrativa.

concorso). È pertanto esclusa la configurabilità di un diritto soggettivo all'accettazione della richiesta di riammissione. A seguito della privatizzazione del rapporto di lavoro l'istanza di riammissione è, infatti da qualificare in termini di proposta contrattuale; il potere dell'Amm.ne di disporre la riammissione in servizio del dipendente già dimissionario, si è, infatti, trasformato da potere amministrativo a potere privato, che si esercita mediante atti di natura negoziale, con conseguente devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario.

Nel procedimentalizzato esercizio del potere di riammissione la P.A. ha, tuttavia, da un lato, l'obbligo di valutare l'interesse pubblico alla riammissione in servizio e, dall'altro, l'obbligo dell'esame tempestivo (secondo correttezza e buona fede) della domanda nonché di motivare la decisione di riammissione (ancorché negativa) (99). In dati casi la riammissione in servizio è un diritto soggettivo dell'interessato. È il caso della reimmissione in servizio a seguito di assoluzione in procedimenti giudiziari ex art. 3, comma 57, L. 24 dicembre 2003, n. 350 (100).

8. LE RESPONSABILITÀ DEL LAVORATORE DIPENDENTE PUBBLICO. ASPETTI GENERALI.

L'inosservanza delle obbligazioni assunte con la stipulazione del contratto di lavoro comporta le conseguenze, *rectius*: le responsabilità normativamente stabilite.

A seconda della natura degli interessi saranno configurabili varie specie di responsabilità: penale, civile, amministrativa, contabile, disciplinare (101), manageriale.

8.1. La responsabilità penale.

I dipendenti e i dirigenti delle pubbliche amministrazioni possono essere soggetti ad una speciale responsabilità penale. La trasgressione dei doveri in-

(99) Cass., 14 agosto 2008, n. 21660.

(100) Secondo cui il pubblico dipendente che sia stato sospeso dal servizio o dalla funzione e, comunque, dall'impiego o abbia chiesto di essere collocato anticipatamente in quiescenza a seguito di un procedimento penale conclusosi con sentenza definitiva di proscioglimento perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso o se il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero con decreto di archiviazione per infondatezza della notizia di reato, anche se pronunciati dopo la cessazione dal servizio, ha il diritto di ottenere, su propria richiesta, dall'amministrazione di appartenenza il prolungamento o il ripristino del rapporto di impiego, anche oltre i limiti di età previsti dalla legge, comprese eventuali proroghe, per un periodo pari a quello della durata complessiva della sospensione ingiustamente subita e del periodo di servizio non espletato per l'anticipato collocamento in quiescenza, cumulati tra loro, anche in deroga ad eventuali divieti di riassunzione previsti dal proprio ordinamento, con il medesimo trattamento giuridico ed economico a cui avrebbe avuto diritto in assenza della sospensione.

(101) Quest'ultima non è applicabile ove non sussista un rapporto di pubblico impiego, di lavoro dipendente (ad esempio nei rapporti onorari).

renti ai compiti da svolgere potrà determinare l'incriminazione per delitti dei pubblici ufficiali (102) contro la pubblica amministrazione (artt. 314 - 335 c.p.), tra i quali il peculato (artt. 314 e 316 c.p.), la concussione (artt. 317 e 319 *quater* c.p.), la corruzione (artt. 318, 319, 319 *ter*, 322 c.p.), l'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), il rifiuto di atti d'ufficio e l'omissione (art. 328 c.p.).

Nella legislazione speciale in materia penale di particolare rilevanza è la tutela della sicurezza e della salute sui luoghi di lavoro. In materia, il principale destinatario dei precetti penali, nell'ambito degli enti pubblici, è l'organo titolare dell'indirizzo politico, fatta salva la delega - nel rispetto dei requisiti in tema di delega di funzione - ai responsabili dei singoli servizi. Analogo discorso va fatto in ordine alla materia della gestione dei rifiuti. L'organo titolare dell'indirizzo politico - nella qualità di datore di lavoro, ai fini della sicurezza - formula direttive ai dirigenti, i quali sono tenuti ad organizzare l'attività lavorativa e vigilare su di essa (art. 2, comma 1, lettera d, D.L.vo 9 aprile 2008, n. 81). L'art. 18 D.L.vo n. 81/2008 contiene sia obblighi che gravano sul dirigente *iure proprio*, in maniera del tutto naturale sulla base delle funzioni esercitate, sia obblighi che sarebbero originari del datore di lavoro e che gravano su un dirigente nel momento in cui vengono in qualche modo trasferiti (103).

L'organo titolare dell'indirizzo politico, essendo collocato al vertice amministrativo e gestionale dell'ente pubblico, è tenuto all'osservanza delle norme di prevenzione e di sicurezza che rientrano nella più ampia nozione di gestione dell'ente.

Per "datore di lavoro" negli enti pubblici deve intendersi chi in concreto abbia il potere gestionale sui luoghi di lavoro. L'art. 2, lett. b), D.L.vo n. 81/2008, infatti, prevede espressamente che nelle P.A. di cui al T.U.P.I. per "datore di lavoro" si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione e che in caso di omessa individuazione del dirigente, o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo.

Le funzioni, tranne le ipotesi espressamente escluse, sono delegabili da parte del datore di lavoro, fermo restando, tuttavia, l'obbligo di vigilanza sull'operato del delegato, nonché il rispetto dei seguenti limiti e condizioni: a) forma scritta e data certa della delega; b) possesso, da parte del delegato, di tutti i requisiti di professionalità e di esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate, c) attribuzione al delegato dell'autonomia di spesa ne-

(102) Pubblico ufficiale, secondo la nozione di cui all'art. 357 c.p. è il soggetto che esercita una pubblica funzione amministrativa, "caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione delle volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi" (Su tali aspetti: G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale*, Parte speciale, vol. 1, Zanichelli, III edizione, 2002, pp. 170 e ss.).

(103) In difetto di delega i compiti, e le conseguenti responsabilità, restano in capo all'organo titolare dell'indirizzo politico.

cessaria allo svolgimento delle citate funzioni; d) accettazione per iscritto della delega ad opera del delegato; e) adeguata e tempestiva pubblicità della delega.

8.2. *La responsabilità civile verso terzi.*

In conformità ai principi generali il dipendente pubblico risponde ex art. 2043 cc. dei danni ingiusti conseguenza di qualunque fatto doloso o colposo nell'esercizio delle incombenze connesse ai compiti svolti, arrecati a terzi, ossia a soggetti diversi dall'ente di appartenenza in relazione al quale vi è la speciale responsabilità amministrativa di seguito trattata.

Il danneggiato può agire, oltretutto nei confronti del dipendente pubblico, anche nei confronti dell'ente di appartenenza alla luce della relazione di immedesimazione organica tra il primo ed il secondo (art. 28 Costituzione; art. 2049 cc.). Perché risponda l'ente di appartenenza è necessario che fra l'esercizio delle incombenze del dipendente pubblico ed il fatto dannoso sussista un nesso di occasionalità necessaria; nesso di occasionalità necessaria che viene spezzato ove il fatto dannoso integri la fattispecie del reato doloso.

Venendo in rilievo un rapporto di lavoro subordinato, alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, si applicano le disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato in materia di responsabilità verso i terzi di cui agli artt. 22-23 D.P.R. n. 3/1957, in forza delle quali *“È danno ingiusto, agli effetti previsti dall'art. 22, quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave; restano salve le responsabilità più gravi previste dalle leggi vigenti”* (art. 23, comma 1, D.P.R. n. 3/1957). Di conseguenza il dipendente pubblico è responsabile civilmente verso terzi solo a titolo di dolo o colpa grave. La colpa grave consiste nella violazione della diligenza minima (mentre integra la colpa lieve la violazione della ordinaria diligenza) (104). La diligenza consiste nell'impiego normalmente adeguato di energie e dei mezzi utili al soddisfacimento dell'interesse del creditore (105). La colpa grave esclude la volontarietà, ma non si esaurisce solo - come la colpa c.d. lieve - nella negligenza, imprudenza o imperizia, dovendo le stesse esser elevate, macroscopiche. Si deve trattare, insomma, di violazioni grossolane del dovere di diligenza, di prudenza e perizia (*non intelligere quod omnes intelligunt*).

La cognizione della lite in materia di responsabilità civile verso terzi spetta all'Autorità Giudiziaria ordinaria.

8.3. *La responsabilità amministrativa (o per danno erariale).*

Nell'evenienza che il danno sia stato arrecato direttamente o indirettamente all'Amministrazione di appartenenza o ad altra Amministrazione, la re-

(104) C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. V, II edizione, Giuffrè, 2012, p. 582.

(105) C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. V, cit., p. 8.

sponsabilità civile assume connotati particolari e speciali, ricorrendo la fattispecie della responsabilità amministrativa, attribuita alla giurisdizione della Corte dei Conti (106). Trattasi - venendo in rilievo una responsabilità inerente ad uno specifico rapporto giuridico preesistente *inter partes* - di responsabilità contrattuale, seppure con significative deroghe.

I funzionari, gli impiegati, gli agenti, anche militari, che nell'esercizio delle loro funzioni, per errore ed omissione imputabili anche solo a colpa o negligenza cagionino danno allo Stato e ad altra P.A. dalla quale dipendono sono, infatti, sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti nei casi e modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi speciali (in tal senso art. 52 R.D. 12 luglio 1934 n. 1214). La Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico del responsabile tutto o parte del danno arrecato o del valore perduto. Regole analoghe sono sparse in varie disposizioni (es. art. 83 R.D. 18 novembre 1923 n. 2440; art. 18 D.P.R. n. 3/1957; art. 61 L. 11 luglio 1980, n. 312) (107).

Gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa possono così sinteticamente individuarsi:

a) *rapporto di servizio*. Il primo elemento che deve sussistere perché sia configurabile la responsabilità amministrativa è l'esistenza di un rapporto di servizio, che leghi a vario titolo il soggetto ritenuto responsabile alla pubblica amministrazione, costituendo in capo al primo l'esistenza di specifici doveri correlati allo svolgimento da parte dell'Amministrazione dei compiti ad essa attribuiti. Dalla ricognizione delle disposizioni in materia emerge un'ampia latitudine dell'ambito soggettivo, atteso che tale rapporto concerne sia i lavoratori dipendenti con rapporto di lavoro privatistico che quelli in regime di diritto pubblico (art. 3), sia i dipendenti con rapporto di pubblico impiego volontario che quelli con rapporto coattivo (es. militari), sia i lavoratori professionali con rapporto a tempo determinato indeterminato che quelli onorari,

(106) Sulla responsabilità amministrativa: M. SCIASCIA, *Diritto delle gestioni pubbliche*, II edizione, Giuffrè, 2013, pp. 796-822; P. SANTORO, *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, V edizione, Maggioli, 2012, pp. 687-714; M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Il processo nelle controversie di lavoro pubblico*, cit. pp. 100-105; C.E. GALLO, M. GIUSTI, G. LADU, M.V. LUPÒ AVAGLIANO, L. SAMBUCCI, M.L. SEGUITI, *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, V edizione, Giappichelli, 2011, pp. 145-189; S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, IV edizione, Giuffrè, 2005, pp. 294-309; C. ANELLI, F. IZZO, C. TALICE, *Contabilità pubblica*, Milano, Giuffrè, 1996, II edizione, pp. 955-1034; A. BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, Napoli, Jovene, 1990, XII edizione, pp. 753-901.

(107) "La responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente, educativo e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato e delle istituzioni educative statali per danni arrecati direttamente all'Amministrazione in connessione a comportamenti degli alunni è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni stessi. La limitazione di cui al comma precedente si applica anche alla responsabilità del predetto personale verso l'Amministrazione che risarcisca il terzo dei danni subiti per comportamenti degli alunni sottoposti alla vigilanza. Salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, l'Amministrazione si surroga al personale medesimo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi".

sia infine, i lavoratori autonomi. Vi è responsabilità anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza (art. 1, comma 4, L. 14 gennaio 1994 n. 20); viene in rilievo il c.d. danno obliquo che può emergere nel caso di un dipendente distaccato o comandato presso un'altra P.A. oppure nel caso del componente di un consiglio di amministrazione di un ente pubblico nominato da un Ministero.

Dal punto di vista del datore di lavoro, la responsabilità amministrativa viene in rilievo non solo allorché è esistente un rapporto di servizio con gli enti pubblici non economici, ma anche con gli enti pubblici economici (108) e finanche (giusta art. 16 *bis* D.L. 31 dicembre 2007, n. 248, conv. L. 28 febbraio 2008, n. 31) con società aventi azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, superiore al 50 %, nonché per le loro controllate.

b) comportamento dannoso. Il danno, per poter comportare responsabilità amministrativa deve essere conseguenza di un comportamento - azione (provvedimentale o materiale) od omissione - posto in essere nell'esercizio di un'attività non discrezionale, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, sempreché rispettose dei limiti posti dall'ordinamento (pertanto la discrezionalità è sindacabile sotto il profilo dell'eccesso di potere). Tale comportamento deve essere imputabile all'agente, a titolo di responsabilità personale (art. 1, comma 1, L. n. 20/1994).

Va precisato che la responsabilità amministrativa scaturisce da condotte illecite di dipendenti e dirigenti pubblici e non necessariamente da atti illegittimi posti in essere dagli stessi. Ciò che assume rilevanza è la violazione dei doveri di ufficio e l'inadempimento di obblighi di gestione, da cui deriva un pregiudizio patrimoniale a carico della pubblica amministrazione. La mera illegittimità dell'atto, per i danni correlati ad attività provvedimentale, non rileva in quanto tale, ma è soltanto un sintomo della illiceità di un comportamento alla cui produzione concorrono i requisiti della dannosità della condotta e dell'atteggiamento gravemente colposo del suo autore. L'illegittimità dell'atto amministrativo, nel giudizio per danno erariale, può rappresentare, semplicemente, uno degli elementi della più complessa fattispecie di responsabilità contabile (109);

c) elemento psicologico. La responsabilità è circoscritta ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave.

Il dolo, argomentando dall'art. 43 c.p. (110), consiste nella coscienza e

(108) Cass., 22 dicembre 2003, n. 19667.

(109) Conf. Corte dei conti, Sez. giur. Toscana, 29 marzo 2016, n. 89 e Corte dei conti, Sez. giur. Lazio, 4 ottobre 2018, n. 504.

(110) Per il quale la fattispecie presenta l'elemento psicologico del dolo "*quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione*".

volontà degli elementi costitutivi della fattispecie oggettiva. Giusta l'art. 1, comma 1, l. n. 20/1994 “*La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso*”. Il dolo, in ragione della diversa intensità, può assumere diverse qualificazioni. In specie: dolo intenzionale, allorché l'autore miri proprio alla realizzazione del fatto illecito, venendo così ad assumere un ruolo predominante il momento volitivo; dolo diretto, allorché l'autore si rappresenti con certezza gli elementi costitutivi della fattispecie dannosa e si renda conto perfettamente che la sua condotta sicuramente la realizzerà o almeno concorrerà a realizzarla; in tale figura un ruolo predominante viene giocato dal momento della coscienza; dolo eventuale, allorché l'autore almeno preveda la concreta possibilità del verificarsi di un evento dannoso che non vuole ed accetti il rischio del suo verificarsi. Esso si differenzia dalla colpa cosciente, in cui l'autore confida con certezza nella circostanza che non si verifichi l'evento lesivo (111). La colpa grave implica una condotta che sia posta in essere senza l'osservanza di un livello di diligenza, prudenza e perizia in relazione al tipo di attività concretamente richiesta all'agente ed alla sua particolare preparazione professionale nel settore della attività amministrativa al quale è preposto. Tale attività si caratterizza, quindi, per un atteggiamento di estremo disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni, di negligenza massima, di deviazione dal modello di condotta connesso ai propri compiti, senza il rispetto delle comuni regole di comportamento (112). In ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo (art. 1, comma 1, l. n. 20/1994). La semplice violazione di norme legislative o di disposizioni di servizio non è sufficiente a configurare la colpa grave. Quest'ultima viene ad emersione in presenza di un'erronea interpretazione di dati normativi chiari ed inequivoci, che - attraverso un giudizio *ex ante* ed in concreto, che eviti fuorvianti apriorismi dogmatici, ma che, invece, abbia come riferimento la specifica fattispecie - permetta di affermare che il responsabile non ha inteso ciò che tutti (quelli con qualifica e professionalità simile) intendono. Non sussiste, inoltre, colpa grave se la condotta dei dirigenti pubblici è giustificata da motivi di interesse pubblico ed è rispondente ai canoni di ragionevolezza e di buon andamento dell'azione amministrativa, come nel caso di un dipendente incaricato di svolgere mansioni superiori per fare fronte alla carenza di personale.

L'illustrato regime normativo esonera da responsabilità il dipendente che

(111) Su tali categorie *ex plurimis*: M. SCIASCIA, *Diritto delle gestioni pubbliche*, cit., pp. 697-698.

(112) *Ex plurimis*: Corte Conti, Sez. giur. Abruzzo, 27 marzo 2007, n. 372.

versa in colpa lieve nell'evidente obiettivo di non gravare il dipendente di preoccupazioni eccessive in ordine alle conseguenze patrimoniali della propria condotta. Preoccupazioni che (in particolare in una fase storica legislativamente dinamica in cui la P.A. si trova a operare in una realtà normativa estremamente complessa e talvolta disarticolata) condurrebbero fatalmente all'inerzia e alla paralisi amministrativa.

L'art. 21, comma 2, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, conv. l. 11 settembre 2020, n. 120 ha previsto "*Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2023, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente*" (113);

d) nesso causale. È ovviamente richiesta la sussistenza di un rapporto di causalità tra comportamento osservato dal dipendente (e ritenuto fonte del danno) ed il danno lamentato dall'amministrazione. Il nesso eziologico deve essere valutato secondo il criterio della causalità adeguata, verificando, cioè, con una valutazione *ex ante*, se il comportamento del dipendente sia stato idoneo a produrre l'evento. In tale valutazione non si dovrà tenere conto degli eventuali e imprevedibili effetti straordinari o atipici della condotta tenuta. Nell'ipotesi di concorso di più persone nel comportamento causativo del danno, la Corte dei Conti, valutate le singole responsabilità, è tenuta a condannare ciascuno in relazione al proprio contributo causale. È altresì prevista la responsabilità solidale dei soli concorrenti che abbiano conseguito un illecito arricchimento o abbiano agito con dolo (art. 1, commi *quater* e *quinquies* l. n. 20/1994);

e) danno. Il danno - consistente nell'impoverimento del patrimonio ovvero della finanza dell'amministrazione pubblica o della comunità da essa tutelata - deve essere suscettibile di valutazione economica in modo da consentire la commisurazione del risarcimento (*arg. ex artt.* 1218 e 1174 c.c.). Deve essere effettivo ed attuale e il risarcimento deve coprire sia il danno emergente (diminuzione patrimoniale, come la perdita, distruzione, sottrazione di beni o valori della pubblica amministrazione), che il lucro cessante (mancato guadagno). Il danno deve essere conseguenza diretta e immediata (art. 1223

(113) Nella Relazione illustrativa al D.L. Semplificazioni relativamente all'art. 21 si enuncia che "*la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità viene limitata al solo profilo del dolo per le azioni e non anche per le omissioni, in modo che i pubblici dipendenti abbiano maggiori rischi di incorrere in responsabilità in caso di non fare (omissioni e inerzie) rispetto al fare, dove la responsabilità viene limitata al dolo*".

c.c.) di una condotta dolosa o gravemente colposa posta in essere dal danneggiante.

Il danno erariale comprende, oltretutto la componente patrimoniale, anche il danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.) (114) *sub specie* di pregiudizio all'immagine della pubblica amministrazione. Danno non patrimoniale risarcibile, secondo le Sezioni Unite (115), si ha non solo nei casi in cui vi sia una previsione specifica (come, ad esempio, l'art. 185 c.p.; artt. 88 e 96 c.p.c.), ma anche nei casi in cui vi è un pregiudizio ad un bene della vita essenziale protetto costituzionalmente, ossia ad un diritto inviolabile della persona direttamente tutelato dalla Costituzione; inoltre - sempre per le SS.UU. - l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali.

Tra le ipotesi più rilevanti di fattispecie dannose vi è il danno all'immagine. La tutela del pregiudizio all'immagine della P.A., in coerenza con il diritto vivente innanzi descritto, consegue al fatto che gli enti pubblici hanno il dovere di organizzarsi e di agire in modo efficace, efficiente, imparziale e trasparente, ai sensi dell'art. 97 Cost. Quando l'azione di un pubblico amministratore o dipendente viola doveri di servizio, ciò si traduce anche in una *deminutio* della immagine della pubblica amministrazione, che rischia di apparire come organizzazione strutturata confusamente e gestita in maniera non efficiente. Il danno all'immagine, di conseguenza, incide sul rapporto di fiducia e di affidamento che lega l'amministrazione e i cittadini, arrecando una lesione del decoro e del prestigio della pubblica amministrazione, determinando una perdita di credibilità e affidabilità della stessa e pregiudicando valori di rilievo costituzionale, quali la legalità dell'azione amministrativa, il buon andamento e l'imparzialità della amministrazione.

L'azione per il risarcimento del danno all'immagine può essere esercitata solo nei casi di responsabilità collegate a delitti contro la pubblica amministrazione (artt. 314-335 *bis* c.p.) ed altresì a reati previsti in fonti diverse dal Capo I del Titolo II del Libro II del Codice penale, purché in pregiudizio della pubblica amministrazione (116).

(114) "Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge".

(115) Ossia a termini del diritto vivente - inaugurato dalle SS.UU. della Corte di Cassazione del 2008 (Cass., SS.UU., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975) e reiteratamente confermato - secondo cui i casi determinati dalla legge nei quali risarcire il danno non patrimoniale riguardano non solo previsioni specifiche (come, ad esempio, l'art. 185 c.p.; artt. 88 e 96 c.p.c.), ma i casi in cui vi è un pregiudizio ad un bene della vita essenziale protetto costituzionalmente, ossia ad un diritto inviolabile della persona direttamente tutelato dalla Costituzione (come la salute e l'ambiente).

(116) Difatti a termini dell'art. 17, comma 30 *ter*, D.L. 1 luglio 2009, n. 78, conv. L. 3 agosto 2009, n. 102, le Procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97 (recante norme sul rapporto tra procedimento penale e disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti delle ammi-

L'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione si presume, salvo prova contraria, pari al doppio della somma di danaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente (art. 1, comma 1 *sexies*, L. n. 20/1994). In tali casi è concesso anche il sequestro conservativo, qualora vi sia il fondato timore di attenuazione della garanzia del credito (art. 1, comma 1 *septies*, L. n. 20/1994). La quantificazione del danno all'immagine - alla luce della prassi giurisprudenziale - deve tenere conto della natura della particolare posizione rivestita dai presunti responsabili all'interno dell'organizzazione dell'ente ed altresì della risonanza sociale e l'impatto nell'opinione pubblica che ha avuto la condotta illecita, il c.d. *clamor fori*, che rappresenta il modo attraverso il quale viene realizzato il nocimento alla reputazione dell'ente pubblico per effetto del comportamento del proprio dipendente (117).

Nell'ambito del danno erariale la giurisprudenza ha fatto rientrare anche il "danno da disservizio", che si verifica qualora un pubblico servizio non venga erogato in maniera efficiente ed efficace. Il danno è cagionato dalla mancata soddisfazione delle aspettative degli utenti e, al contempo, dallo spreco di risorse pubbliche. In particolare, per la sussistenza del danno da disservizio non è sufficiente l'addebito di semplici comportamenti illeciti, ma è anche necessaria la dimostrazione di un *quid pluris*, che consiste negli effetti patrimonialmente negativi in termini di inefficacia o inefficienza dell'attività dell'amministrazione che sono derivati dagli stessi (118). Il danno da disservizio è da intendersi sia in termini di inadempimento contrattuale, quindi di lesione del rapporto sinallagmatico che lega il dipendente alla P.A., sia in termini di alterazione dell'organizzazione burocratica al cui buon andamento il dipendente stesso deve concorrere con il suo apporto lavorativo, obiettivo che di certo non può dirsi validamente conseguito in presenza di comportamenti contrari agli obblighi di servizio e alla legge penale.

La Corte dei Conti nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione deve tenere conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'ammi-

nistrazioni pubbliche), ossia nei casi - come evidenziato - di sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti per delitti contro la pubblica amministrazione. Il Codice di giustizia contabile (D.L.vo 26 agosto 2016, n. 174), inoltre, con l'art. 4, lett. g) delle norme transitorie, ha abrogato l'art. 7 della L. n. 97/2001 che, in combinato disposto con l'art. 17, comma 30 *ter* del D.L. n. 78/2009 limitava la configurabilità del danno all'immagine ai soli delitti del pubblico ufficiale contro la pubblica amministrazione, con la conseguenza della possibilità di perseguire il danno all'immagine anche per reati previsti in fonti diverse dal Capo I del Titolo II del Libro II del Codice penale, purché in pregiudizio della pubblica amministrazione.

Il decorso del termine di prescrizione di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è sospeso fino alla conclusione del procedimento penale (così dispone sempre l'art. 17, comma 30 *ter*, cit.).

(117) Così: Corte dei conti, Sez. giur. Lazio, 13 febbraio 2018, n. 81.

(118) Così, Corte dei conti, Sez. I App., 27 maggio 2019, n. 113.

nistrazione di appartenenza, da altra amministrazione o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità (art. 1, comma 1 *bis*, l. n. 20/1994). Ad esempio, nel caso di realizzazione di lavori non previsti in capitolato, ma comunque utili per la P.A., occorre tenere conto di questo beneficio. Vi è una sorta di *compensatio lucri cum damno*.

Il giudizio di responsabilità viene instaurato da un attore pubblico (il Procuratore Regionale presso la Sezione Giurisdizionale della Corte dei Conti) il quale agisce nell'interesse della comunità intera, assorbendo, perciò nella sua funzione anche la difesa della P.A. danneggiata.

Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in ogni caso nel termine di cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso (comprensivo dell'effetto lesivo dell'*eventus damni*), ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta (art. 1, comma 2, l. n. 20/1994).

L'art. 3, comma 59, L. 24 dicembre 2007, n. 244 vieta, sotto comminatoria della nullità testuale, la stipulazione del contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile; con la previsione altresì che in caso di violazione della disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo.

8.4. *La responsabilità contabile.*

I dirigenti e i dipendenti pubblici che per contratto o per compiti di servizio sono addetti allo svolgimento e alla cura delle operazioni contabili di una pubblica amministrazione sono esposti anche alla responsabilità contabile. Affinché sussista tale responsabilità, occorre che il dirigente o il dipendente rivesta la qualifica di agente contabile. Sotto la denominazione di agenti contabili dell'amministrazione, giusta l'art. 178, R.D. 23 maggio 1924, n. 827, si comprendono: a) gli agenti che con qualsiasi titolo sono incaricati, a norma delle disposizioni organiche di ciascuna amministrazione di riscuotere le varie entrate dello Stato e di versarne le somme nelle casse del tesoro; b) i tesoriери che ricevono nelle loro casse le somme dovute allo Stato, o le altre delle quali questo diventa debitore, eseguono i pagamenti delle spese per conto dello Stato, e disimpegnano tutti quegli altri servizi speciali che sono loro affidati dal ministro delle finanze o dal direttore generale del tesoro; c) tutti coloro che, individualmente ovvero collegialmente, come facenti parte di consigli di amministrazione per i servizi

della guerra e della marina e simili, hanno maneggio qualsiasi di pubblico danaro, o sono consegnatari di generi, oggetti e materie appartenenti allo Stato; d) gli impiegati di qualsiasi amministrazione dello Stato cui sia dato speciale incarico di fare esazioni di entrate di qualunque natura e provenienza; e) tutti coloro che, anche senza legale autorizzazione, prendono ingerenza negli incarichi attribuiti agli agenti anzidetti e riscuotono somme di spettanza dello Stato.

La responsabilità contabile, dunque, si fonda sulla gestione, di diritto o di fatto, del danaro o, in genere, dei valori degli enti pubblici, e si distingue dalla responsabilità amministrativa, che, al contrario, trova il proprio fondamento in un danno patrimoniale (doloso o colposo) cagionato alla P.A. Mentre la responsabilità amministrativa si basa sulla diligenza nell'adempimento dei doveri nascenti dal rapporto di servizio, la responsabilità contabile attiene all'obbligo di restituire cose già appartenenti alla P.A. Infine, mentre la responsabilità amministrativa presuppone in ogni caso un rapporto di servizio, la responsabilità contabile grava anche sui contabili di fatto, derivando dall'obiettiva esistenza di una gestione.

Ciò nonostante, al di là di tali differenze, la Corte dei conti ha stabilito che la responsabilità contabile costituisce una *species* rispetto al più ampio *genus* della responsabilità amministrativa, con la quale ha peraltro in comune tutti gli elementi costitutivi (condotta antigiuridica; danno; nesso eziologico; elemento soggettivo). È stato infatti chiarito che la responsabilità contabile si struttura sullo stesso paradigma di quella amministrativa, caratterizzandosi solo per la specificità delle obbligazioni su coloro che hanno maneggio di beni e valori di pubblica pertinenza (119). Peraltro, l'illecito amministrativo e contabile tendono a convergere verso una categoria unitaria, il cui fattore comune è rappresentato dalla realizzazione di un danno erariale da parte di un soggetto che abbia un rapporto di servizio con l'amministrazione; in ogni caso, ai fini dell'affermazione della responsabilità contabile, non è necessaria l'assunzione di una particolare qualifica nell'ambito della pubblica amministrazione, essendo sufficiente che l'agente abbia avuto un effettivo maneggio di danaro o beni pubblici (120).

8.5. La responsabilità disciplinare.

L'art. 2106 c.c. - peraltro richiamato dall'art. 55, comma 2, T.U.P.I. - dispone che "*L'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti [l'art. 2014 c.c. sulla diligenza del prestatore di lavoro e l'art. 2105 c.c. sull'obbligo di fedeltà] può dar luogo alla applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione*" (121).

(119) Corte dei conti, Sez. I App., 20 novembre 2009, n. 646.

(120) Corte dei conti, Sez. II App., 8 luglio 2019, n. 243.

Viene in rilievo una ipotesi di responsabilità contrattuale (ex art. 1218 c.c.), conseguente alla violazione del dovere di diligenza o dell'obbligo di fedeltà di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c., nella quale il dipendente risponde per il comportamento colpevole, ossia con dolo o colpa, con regole peculiari nell'ipotesi di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, ove l'onere della prova della sussistenza delle indicate ragioni viene sopportato dal datore di lavoro (art. 5 L. n. 604/1966).

Fonti della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni.

La fonte della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è costituita, giusta l'art. 55, comma 2, dai contratti collettivi e dalle disposizioni di cui agli artt. 55-55 *octies* (122). Fonte di responsabilità disciplinare, inoltre, è rappresentata dalla violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 54.

La disciplina regolatrice della materia delle sanzioni e dell'iter procedurale applicabile è contenuta nello Statuto dei lavoratori (art. 7 L. n. 300/1970) e negli artt. 55 e ss. In ipotesi di contrasto tra le disposizioni dei predetti complessi normativi prevale la disciplina propria del pubblico impiego privatizzato in quanto speciale e successiva rispetto alla normativa statutaria.

Se è vero che la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi, tuttavia essa deve essere integrata in ragione della necessità di rispettare le norme contenute nel T.U. del pubblico impiego (artt. 55 e ss.) che prevedono numerose ipotesi di illeciti e sanzioni. Disposizioni peraltro dichiarate, come evidenziato innanzi, norme imperative ai sensi e per gli effetti degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. Sono, ad es., tipizzate le ipotesi in cui irrogare la sanzione del licenziamento disciplinare (art. 55 *quater*), o, in presenza di condotte pregiudizievoli per l'amministrazione (art. 55 *sexies*) la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino a un massimo di tre mesi. Tale disciplina costituisce deroga allo statuto dei lavoratori (art. 7, comma 4, L. n. 300/1970) secondo cui "*Fermo restando quanto disposto dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, non possono essere disposte sanzioni disciplinari che comportano mutamenti definitivi del rapporto di lavoro; inoltre la multa non può essere disposta per un importo superiore a quattro ore della retribuzione base e la sospensione dal servizio e dalla retribuzione per più di dieci giorni*".

Tipologia di sanzioni.

È tradizionale nella contrattazione collettiva la articolazione delle san-

(121) Sulle sanzioni disciplinari: M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Il processo nelle controversie di lavoro pubblico*, cit., pp. 29-38.

(122) Il comma 1 dell'art. 55 statuisce che le disposizioni dell'articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55 *octies*, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, c.c. e che la violazione dolosa o colposa delle suddette disposizioni costituisce illecito disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione.

zioni in ragione della loro gravità nel modo che segue: rimprovero verbale; rimprovero verbale (censura); multa di importo variabile fino a un massimo di quattro ore di retribuzione; sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a un massimo di dieci giorni; sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da undici giorni fino a un massimo di sei mesi; licenziamento con preavviso (recesso per giustificato motivo soggettivo); licenziamento senza preavviso (recesso per giusta causa).

Alla materia *de qua* si applica il criterio di proporzionalità tra illecito e sanzione (art. 2106 c.c.).

Procedimento disciplinare.

Le sanzioni disciplinari sono state suddivise dal T.U.P.I. in due categorie in ragione della loro gravità. Il procedimento per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari è diversificato, per competenza, modalità e tempi di chiusura del procedimento, a seconda se trattasi di sanzioni di minore (c.d. procedimento semplificato) o maggiore gravità (c.d. procedimento ordinario).

La disciplina del procedimento scandisce i tempi e le modalità del contraddittorio (contestazione degli addebiti, giustificazioni, provvedimento definitivo del procedimento), con la previsione di termini il cui mancato rispetto comporta per l'amministrazione procedente la decadenza dall'azione disciplinare.

È importante delineare quindi le forme e i termini del procedimento disciplinare.

La disciplina statutaria (art. 7, comma 1, L. n. 300/1970) prevede che le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti. In sintonia con la obiettiva esigenza di conoscibilità delle sanzioni cui è informata la ricordata previsione statutaria l'ordinamento del lavoro alle dipendenze della P.P.A.A. prevede espressamente (art. 55, comma 2) che la pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione del codice disciplinare, recante l'indicazione delle predette infrazioni e relative sanzioni, equivale a tutti gli effetti alla sua affissione all'ingresso della sede di lavoro.

Al riguardo l'art. 55 *bis* dispone quanto segue.

a) Alle infrazioni per le quali è previsto il rimprovero verbale si applica la disciplina stabilita dal contratto collettivo, la quale solitamente prevede che la sanzione venga comminata dal responsabile della struttura presso cui presta servizio il dipendente entro il termine di venti giorni da quando è venuto a conoscenza del fatto, senza necessità di contestazione degli addebiti.

b) Per le infrazioni per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale il procedimento disciplinare viene attivato dal responsabile con qualifica dirigenziale della struttura in cui il dipendente lavora (anche in posizione di comando o fuori luogo), il quale quando ha notizia di comportamenti punibili con sanzione disciplinare segnala immediatamente, e

comunque entro dieci giorni, all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari i fatti ritenuti di rilevanza disciplinare di cui abbia avuto conoscenza. L'Ufficio competente per i procedimenti disciplinari, con immediatezza e comunque non oltre trenta giorni decorrenti dal ricevimento della predetta segnalazione, ovvero dal momento in cui abbia altrimenti avuto piena conoscenza dei fatti ritenuti di rilevanza disciplinare, provvede alla contestazione scritta dell'addebito e convoca l'interessato, con un preavviso di almeno venti giorni, per l'audizione in contraddittorio a sua difesa. Il dipendente può farsi assistere da un procuratore ovvero da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato (123).

La forma scritta della contestazione dell'addebito è richiesta *ad substantiam* anche in funzione del principio di immutabilità della contestazione. La contestazione degli addebiti ha natura recettizia e determina l'avvio della procedura disciplinare (124). Il termine per la contestazione dell'addebito viene espressamente qualificato (al comma 9 *ter*) come perentorio, sicché il suo inutile decorso estingue la potestà sanzionatoria della P.A.

La giurisprudenza ha escluso per il dipendente la facoltà di farsi assistere da un legale, non essendovi nella legge alcun riferimento all'assistenza cosiddetta tecnica, che è normalmente prevista nel nostro ordinamento solo in giudizio (art. 24, comma 2, Cost.) e che può essere riconosciuta o meno al di fuori di tale ipotesi in base a valutazione discrezionale del legislatore. Anche se di fatto non potrà negarsi al lavoratore di farsi assistere da un legale che parteciperà alla convocazione nella diversa veste di procuratore, deve riconoscersi alla predetta giurisprudenza il merito di aver posto l'accento sulla ontologica diversità che sussiste tra procedimento disciplinare e quello giurisdizionale (125).

Entro il termine fissato, il dipendente convocato, se non intende presentarsi, può inviare una memoria scritta nel rispetto del termine di convocazione (126) o, in caso di grave ed oggettivo impedimento può richiedere che l'audizione a sua difesa sia differita, per una sola volta, con proroga del termine per la conclusione del procedimento in misura corrispondente.

Deve avvertirsi che dalla natura dilatoria del termine di convocazione previsto in favore del dipendente consegue che esso non ha carattere proces-

(123) Con tali previsioni viene assorbita, o modificata in senso migliorativo per il dipendente, la normativa contenuta nell'art. 7, commi 2, 3 e 5 dello Statuto dei lavoratori a tenore della quale *“Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa. Il lavoratore potrà farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato. In ogni caso, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa”*.

(124) Conf. Cass. 21 luglio 2008, n. 20074.

(125) Cass., 17 marzo 2008, n. 7153.

(126) Cass., 25 gennaio 2001, n. 1661.

suale ma meramente negoziale, con conseguente compatibilità con i giorni festivi e insuscettibilità di proroga del termine ove cada in giorno non lavorativo.

Salvo quanto previsto dall'articolo 54 *bis*, comma 4, con riguardo alla segnalazione di illeciti da parte del dipendente pubblico, il lavoratore destinatario della contestazione degli addebiti ha diritto di accesso agli atti istruttori del procedimento.

Nel corso dell'istruttoria, l'Ufficio per i procedimenti disciplinari può acquisire da altre amministrazioni pubbliche informazioni o documenti rilevanti per la definizione del procedimento. La predetta attività istruttoria non determina la sospensione del procedimento, né il differimento dei relativi termini. Dopo l'espletamento dell'eventuale ulteriore attività istruttoria (127), l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari conclude il procedimento, con l'atto di archiviazione o di irrogazione della sanzione, entro centoventi giorni dalla contestazione dell'addebito. Il termine per la conclusione del procedimento - come quello per la contestazione dell'addebito - viene espressamente qualificato (al comma 9 *ter*) come perentorio, sicché il suo inutile decorso estingue la potestà sanzionatoria della P.A.

L'adozione della sanzione, come anche l'atto di archiviazione, costituisce il momento conclusivo del procedimento con cui la parte datoriale esprime la propria definitiva valutazione ed esaurisce il proprio potere disciplinare, nel mentre la comunicazione all'interessato dell'atto sanzionatorio, per sua natura recettizio, inerisce all'efficacia dell'atto stesso (art. 1334 c.c.) e si colloca al di fuori del procedimento disciplinare ormai concluso. Bisogna, in sostanza, distinguere tra conclusione del procedimento (individuabile, come detto, nell'adozione della sanzione) e momento di acquisizione di efficacia della sanzione stessa, ricollegabile alla conoscenza della medesima da parte del destinatario (128). La *ratio* è individuabile nell'esigenza che la determinazione della sanzione da parte del datore di lavoro avvenga entro un circoscritto ambito temporale, onde evitare che il lavoratore resti assoggettato all'iniziativa disciplinare oltre un periodo ritenuto congruo, cosicché risulta coerente con la suddetta *ratio* che, entro il termine prefissato, la parte datoriale esaurisca il

(127) "Il dipendente o il dirigente, appartenente alla stessa o a una diversa amministrazione pubblica dell'incolpato, che, essendo a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare in corso, rifiuta, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta dall'Ufficio disciplinare procedente ovvero rende dichiarazioni false o reticenti, è soggetto all'applicazione, da parte dell'amministrazione di appartenenza, della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente, fino ad un massimo di quindici giorni" (art. 55 *bis*, comma 7).

(128) Va precisato che il licenziamento intimato all'esito del procedimento disciplinare di cui all'art. 7 L. n. 300/1970, oppure all'esito del procedimento di cui all'art. 7 L. 15 luglio 1966, n. 604, produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato (così art. 1, comma 41, L. 28 giugno 2012, n. 92).

proprio potere disciplinare attraverso l'adozione della sanzione, nel mentre la successiva comunicazione della determinazione datoriale è destinata unicamente a renderla produttiva di effetti nei confronti dell'interessato (129).

La cessazione del rapporto di lavoro estingue il procedimento disciplinare salvo che per l'infrazione commessa sia prevista la sanzione del licenziamento o comunque sia stata disposta la sospensione cautelare dal servizio. In tal caso le determinazioni conclusive sono assunte ai fini degli effetti giuridici ed economici non preclusi dalla cessazione del rapporto di lavoro.

Viene comminata la nullità delle disposizioni di regolamento, delle clausole contrattuali o delle disposizioni interne, comunque qualificate, che prevedano per l'irrogazione di sanzioni disciplinari requisiti formali o procedurali ulteriori rispetto a quelli indicati nell'art. 55 *bis* o che comunque aggravino il procedimento disciplinare.

La violazione dei termini e delle disposizioni sul procedimento disciplinare previste dagli articoli da 55 a 55 *quater*, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile, non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità degli atti e della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente, e le modalità di esercizio dell'azione disciplinare, anche in ragione della natura degli accertamenti svolti nel caso concreto, risultino comunque compatibili con il principio di tempestività. Tuttavia, come innanzi evidenziato, sono da considerarsi perentori il termine per la contestazione dell'addebito e il termine per la conclusione del procedimento.

Rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale.

I rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale sono improntati alla massima autonomia. Si prevede, infatti (art. 55 *ter*) che il procedimento disciplinare, che abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, è proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale. Per le infrazioni di minore gravità (per le quali è applicabile una sanzione non superiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a dieci giorni) la sospensione del procedimento disciplinare per la pendenza del procedimento penale non è ammissibile, mentre è facoltativa per i procedimenti disciplinari più gravi. Ed infatti per le infrazioni per le quali è applicabile una sanzione superiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a dieci giorni, l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente e quando all'esito dell'istruttoria non dispone di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione, può sospendere il procedimento disciplinare fino al termine di quello

(129) Cass., 9 marzo 2009, n. 5637. In tal senso anche la giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato, 10 agosto 2007, n. 4392.

penale (salva la possibilità di adottare la sospensione o altri provvedimenti cautelari nei confronti del dipendente); il procedimento disciplinare sospeso può essere riattivato qualora l'amministrazione giunga in possesso di elementi nuovi, sufficienti per concludere il procedimento, ivi incluso un provvedimento giurisdizionale non definitivo.

Lo svolgimento autonomo del procedimento disciplinare e di quello penale potrebbe (evidentemente) condurre ad esiti contrastanti. In relazione a tale evenienza si prevede che se il procedimento disciplinare si conclude con l'irrogazione di una sanzione e, successivamente, il procedimento penale viene definito con una sentenza irrevocabile di assoluzione che riconosce che il fatto addebitato al dipendente non sussiste o non costituisce illecito penale o che il dipendente medesimo non lo ha commesso, l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, ad istanza di parte (da proporsi entro il termine di decadenza di sei mesi dall'irrevocabilità della pronuncia penale) riapre il procedimento disciplinare per modificarne o confermarne l'atto conclusivo in relazione all'esito del giudizio penale. Se il procedimento disciplinare si conclude, viceversa, con l'archiviazione ed il processo penale con una sentenza irrevocabile di condanna, l'ufficio competente riapre il procedimento disciplinare per adeguare le determinazioni conclusive all'esito del giudizio penale. Il procedimento disciplinare è riaperto, altresì, se dalla sentenza irrevocabile di condanna risulta che il fatto addebitabile al dipendente in sede disciplinare comporta la sanzione del licenziamento, mentre ne è stata applicata una diversa.

Il procedimento disciplinare è ripreso (ove sospeso in attesa di quello penale) o riaperto (nel caso di procedimento disciplinare e penale con esito contrastanti) entro sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza, da parte della cancelleria del giudice, all'amministrazione di appartenenza del dipendente (ovvero dal ricevimento dell'istanza di riapertura) ed è concluso entro centoventi giorni dalla ripresa o dalla riapertura. La ripresa (o la riapertura) avviene mediante il rinnovo della contestazione dell'addebito da parte dell'autorità disciplinare competente e il procedimento prosegue nel rispetto dell'ordinaria disciplina (art. 55 bis).

Ai fini delle determinazioni conclusive, l'ufficio procedente, nel procedimento disciplinare ripreso (o riaperto) dovrà tenere conto (art. 55 ter, comma 4, ultimo periodo) che *“La sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o non costituisce illecito penale ovvero che l'imputato non lo ha commesso. La sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso”* (653, commi 1 e 1 bis, c.p.p.).

Con tali previsioni è stata quindi radicalmente modificata (o meglio ri-

baltata) la disciplina originaria relativa al procedimento disciplinare nel pubblico impiego che prevedeva l'obbligatorietà della sospensione del procedimento disciplinare per pendenza di procedimento penale (130) e ciò in sintonia con un principio di coerenza dell'ordinamento giuridico; all'evidenza il sistema non è più informato al principio di pregiudizialità penale.

Le statuizioni dell'art. 55 *ter* hanno un presupposto implicito: l'assenza di un precedente giudicato sul punto. Vuol dirsi che ove irrogata, in via autonoma, la sanzione disciplinare e svoltosi un giudizio civile avverso la stessa (es.: impugnativa di un licenziamento) con giudicato di conferma o di annullamento della sanzione il successivo pronunciamento irrevocabile del giudice penale è ininfluenza sulla vicenda. Quando vi è il giudicato questo è intangibile, salvo il caso limite dell'ipotesi dell'art. 395 n. 5 c.p.c. (ove applicabile, e salvi gli adattamenti, anche nel rapporto tra giudice civile e giudice penale) che - nel caso di specie - richiederebbe che l'Amm.ne sia stata parte del processo penale (come responsabile civile o parte civile); in questa eccezionale evenienza l'ultimo giudicato toglie di mezzo il precedente (sul modello del principio *lex posterior derogat priori* di cui all'art. 15 preleggi, o dell'art. 682 c.c., ecc.).

Contestazioni delle sanzioni disciplinari dinanzi al collegio di conciliazione ed arbitrato.

Per contestare la legittimità delle sanzioni disciplinari è possibile attivare un collegio arbitrale o, in via alternativa, agire in giudizio.

Per la disciplina statutaria (art. 7, comma 6, L. n. 300/1970) nel caso in cui sia stata applicata una sanzione disciplinare il lavoratore - "*Salvo analoghe procedure previste dai contratti collettivi di lavoro e ferma restando la facoltà di adire l'autorità giudiziaria*" - può promuovere la costituzione di un collegio di conciliazione ed arbitrato, con effetto sospensivo della sanzione disciplinare fino alla pronuncia da parte del collegio. Al lavoro pubblico privatizzato è inapplicabile la prima parte della ricordata disposizione nella parte in cui consente al lavoratore di poter attivare, in alternativa al collegio di conciliazione ed arbitrato ora descritto, l'impugnazione dei provvedimenti giudiziari, a mezzo di analoghe procedure previste dai contratti collettivi di lavoro. A ciò osta infatti la normativa speciale dell'ordinamento del pubblico impiego privatizzato per la quale "*La contrattazione collettiva non può istituire procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari*" (art. 55, comma 3).

Il lavoratore sanzionato - in virtù del rinvio operato dall'art. 51, comma 2 alla L. n. 300/1970 - ha la possibilità di impugnare, alla luce della previsione statutaria (art. 7 L. n. 300/1970), la sanzione disciplinare entro venti giorni

(130) Come si ricorderà in proposito era previsto che "*Qualora per il fatto addebitato all'impiegato sia stata iniziata azione penale il procedimento disciplinare non può essere promosso fino al termine di quello penale e, se già iniziato, deve essere sospeso*" (art. 117, D.P.R. n. 3/1957).

dalla sua irrogazione dinanzi al collegio di conciliazione ed arbitrato (composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro scelto di comune accordo o, in difetto di accordo, nominato dal direttore dell'ufficio del lavoro) costituito tramite l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione. Una volta attivato il collegio di conciliazione, viene previsto che la sanzione disciplinare resta sospesa fino alla pronuncia da parte del Collegio e qualora il datore di lavoro non provveda, entro dieci giorni dall'invito rivoltagli dall'ufficio del lavoro, a nominare il proprio rappresentante in seno al collegio di cui al comma precedente, la sanzione disciplinare non ha effetto. Se il datore di lavoro adisce l'autorità giudiziaria, la sanzione disciplinare resta sospesa fino alla definizione del giudizio (art. 7, commi 6 e 7). Il collegio di conciliazione instaura un arbitrato irrituale speciale, con il conferimento agli arbitri del potere di decidere la controversia in via transattiva attraverso una manifestazione di volontà negoziale, con la possibilità non solo di annullare la sanzione, ma anche soltanto di ridurla. Il lodo adottato all'esito del giudizio arbitrale è impugnabile dinanzi al Tribunale - con censure riconducibili all'art. 808 *ter* c.p.c. - che ne conosce come giudice di primo grado secondo il rito del lavoro (131).

Contestazioni delle sanzioni disciplinari dinanzi all'autorità giudiziaria.

In alternativa al collegio di conciliazione ed arbitrato è possibile reagire in via giudiziaria per qualsivoglia sanzione disciplinare. Avverso l'irrogazione di sanzioni disciplinari diverse dal licenziamento il lavoratore può agire senza limiti di tempo dinanzi all'autorità giudiziaria per chiederne l'annullamento (art. 7, comma 6, L. n. 300/1970) (132). Per il licenziamento disciplinare, invece, sono imposti oneri di reazioni in capo al lavoratore, la cui mancata osservanza determina la decadenza dalla possibilità di contestazione dello stesso. La disciplina prevede in proposito che (ai sensi dell'art. 6, commi 1 e 2, L. 15 luglio 1966, n. 604) il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch'essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso. La norma citata dispone, altresì, che l'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di centottanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria

(131) Su tali aspetti: M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Il processo nelle controversie di lavoro pubblico*, cit., p.125.

(132) Costituisce giurisprudenza consolidata quella secondo cui l'impugnazione di una sanzione disciplinare è consentita finché non si consuma il termine di prescrizione, in quanto la disciplina inderogabile dettata dall'art. 7 L. n. 300/1970 non contempla termini di decadenza per impugnare le sanzioni disciplinari, a meno che il lavoratore stesso non abbia posto in essere un comportamento positivo volto a dimostrare acquiescenza (Cass. 30 marzo 2006, n. 7546).

del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato, ferma restando la possibilità di produrre nuovi documenti formati dopo il deposito del ricorso. Infine, nell'ipotesi che la conciliazione o l'arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo. Osservati i predetti termini previsti per la contestazione del licenziamento in giudizio, l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento verrà sopportato dal datore di lavoro (art. 5 L. n. 604/1966).

8.6. *La responsabilità manageriale.*

I dirigenti della P.A. in aggiunta alla responsabilità penale, civile, amministrativa, contabile e disciplinare rispondono anche a titolo di responsabilità dirigenziale.

Quest'ultima - disciplinata nell'art. 21 (133) - è collegata al mancato raggiungimento degli obiettivi o all'inosservanza di direttive o alla violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi e non richiede la colpa.

L'amministrazione, oltre alla osservanza di norme giuridiche, in ossequio al principio di legalità, ha anche l'obbligo di garantire che l'attività procedimentale sia la più efficace ed efficiente possibile e tale da soddisfare in concreto i bisogni di cittadini e utenti. La responsabilità dirigenziale, dunque, può essere intesa come una responsabilità per risultati negativi nell'attività amministrativa e di gestione.

Il primo comma del citato art. 21 stabilisce due fattispecie di responsabi-

(133) “1. Il mancato raggiungimento degli obiettivi accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione di cui al Titolo II del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente comportano, previa contestazione e ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo, l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. In relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione può inoltre, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'articolo 23 ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo. 1-bis. Al di fuori dei casi di cui al comma 1, al dirigente nei confronti del quale sia stata accertata, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio secondo le procedure previste dalla legge e dai contratti collettivi nazionali, la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, conformemente agli indirizzi deliberati dalla Commissione di cui all'articolo 13 del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, la retribuzione di risultato è decurtata, sentito il Comitato dei garanti, in relazione alla gravità della violazione di una quota fino all'ottanta per cento. [...]”.

lità dirigenziale, distinguendo tra il “*mancato raggiungimento degli obiettivi*” e “*l’inosservanza delle direttive imputabile al dirigente*”. Tali fattispecie possono comportare, a seconda della gravità della condotta del dirigente, il mancato rinnovo dell’incarico, la sua revoca o il recesso del rapporto di lavoro.

La responsabilità dirigenziale per il mancato raggiungimento degli obiettivi è uno strumento di garanzia per un’amministrazione che deve rispondere ai canoni di efficienza ed efficacia e quindi tendere verso un’azione amministrativa di qualità.

L’inosservanza delle direttive concerne la possibilità che il dirigente non rispetti l’indirizzo tracciato dall’organo politico o si discosti dagli obiettivi e dalle direttive da questo impartitegli. Una volta assunto l’incarico dirigenziale, il dirigente è onerato dalle obbligazioni di mezzi e di risultato in esso contenute. Il loro adempimento viene commisurato agli obiettivi, agli indirizzi e alle direttive degli organi di governo a cui i dirigenti sono tenuti a rispondere. Il dirigente, infatti, pur essendo titolare di ampi poteri pubblici di gestione e pur potendo avvalersi di ampia discrezionalità organizzativa, deve comunque rispettare le direttive dettate dall’organo politico. In base all’art. 4, infatti, spetta agli organi di governo definire gli obiettivi e i programmi da attuare e verificare la rispondenza dei risultati della gestione e dell’attività agli indirizzi impartiti. Ai dirigenti, invece, è attribuita la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Sempre ai dirigenti spetta l’adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l’amministrazione verso l’esterno. Poiché all’organo di direzione politica sono sottratti i poteri tipici del rapporto di gerarchia, non potendo esso revocare, riformare, riservare o avocare a sé provvedimenti o atti di competenze dei dirigenti, questi ultimi diventano responsabili in via esclusiva dell’attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati (art. 4, comma 2).

Terza fattispecie di responsabilità dirigenziale è quella prevista nel comma 1 *bis* dell’art. 21 nel caso in cui il dirigente violi il dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall’amministrazione, conformemente agli indirizzi deliberati in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni. La sanzione consiste nella decurtazione della retribuzione di risultato in maniera proporzionale alla gravità della violazione, fino a una quota massima dell’ottanta per cento.

Altre disposizioni stabiliscono ulteriori fattispecie di responsabilità dirigenziale in capo al dirigente pubblico.

In particolare, l’art. 2, L. n. 241/1990, stabilisce che la mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della *per-*

formance individuale e, nel caso in cui il dirigente sia inadempiente, questi è penalizzato nel trattamento economico accessorio in caso di gravi e ripetute violazioni. Tale fattispecie ripropone lo schema della responsabilità definita nell'art. 21, comma 1 *bis*, ma, in questo caso, si pone una responsabilità del dirigente al rispetto dei termini procedurali e la violazione di tale obbligo comporta una diminuzione patrimoniale della retribuzione di risultato fissata nell'art. 19, D.L.vo n. 150/2009. La volontà del legislatore è quindi di stimolare ulteriormente il dirigente a svolgere il proprio ruolo in modo preciso e puntuale, favorendo in questo modo i cittadini, i quali si vedono riconosciuto un termine certo per la conclusione di una pratica con la pubblica amministrazione.

L'art. 55 *sexies*, comma 3 prospetta un'ulteriore ipotesi di responsabilità dirigenziale. Tale disposizione disciplina in generale la materia della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico. La norma, in particolare, specifica che il dirigente che non eserciti o lasci decadere l'azione disciplinare, per ingiustificati ritardi od omissioni ovvero per una errata e irragionevole valutazione di insussistenza della responsabilità disciplinare in capo al dipendente, può essere sospeso dal servizio e la condotta può essere valutata anche ai fini della responsabilità di cui all'art. 21. Nel caso in cui il comportamento del dirigente nelle determinazioni concernenti lo svolgimento del procedimento disciplinare possa configurare anche una responsabilità civile, questa è limitata alle sole ipotesi di dolo e colpa grave.

Ulteriori profili di responsabilità dirigenziale riguardano la figura del responsabile della prevenzione e della corruzione. L'art. 1, comma 12, L. n. 190/2012, prevede che il dirigente che abbia la qualifica di responsabile della prevenzione e della corruzione si espone a responsabilità dirigenziale, oltre che a responsabilità per danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, nel caso in cui sia commesso un reato di corruzione nell'amministrazione di propria competenza, accertato con sentenza passata in giudicato. Il dirigente, tuttavia, è esente da responsabilità se provi di avere predisposto il piano di prevenzione della corruzione, di avere osservato tutte le prescrizioni indicate dalla legge e di avere vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano.

La responsabilità dirigenziale è fattispecie diversa da quella disciplinare. Per i principi, vi può essere un concorso di fattispecie, ossia uno stesso comportamento del dirigente può integrare entrambe le ipotesi responsabilità, con la conseguenza che la medesima condotta può essere fonte di responsabilità disciplinare e di responsabilità dirigenziale. Entrambe integrano ipotesi di responsabilità contrattuale (ex art. 1218 c.c.): l'una legata al mancato raggiungimento dei risultati e alla inosservanza delle direttive, l'altra connessa alla violazione del dovere di diligenza o dell'obbligo di fedeltà di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c.

Il concorso di fattispecie viene integrato allorché al dirigente siano contestati fatti contemporaneamente sussumibili nell'una e nell'altra forma di re-

sponsabilità, il che si verifica quando vi sia una pluralità di addebiti relativi alla medesima condotta di cui alcuni riconducibili alla responsabilità disciplinare, altri a quella dirigenziale (134).

(134) Cass., 20 febbraio 2007, n. 3929, che precisa: “Circa la natura della responsabilità dirigenziale rispetto a quella disciplinare del dirigente, in dottrina sono state prospettate almeno tre tesi. Si è affermato che la responsabilità dirigenziale è cosa nettamente diversa e distinta dalla responsabilità disciplinare; si è al contrario sostenuto che la responsabilità dirigenziale è una sottospecie della responsabilità disciplinare; infine si è osservato che i due tipi di responsabilità possono in parte coincidere, in parte essere divergenti. Tale ultima tesi appare preferibile a questa Corte di Cassazione: infatti la responsabilità dirigenziale può prescindere da ogni rilevanza dell'elemento soggettivo (dolo o negligenza del lavoratore) per quanto riguarda il mancato raggiungimento degli obiettivi (ad esempio per difficoltà oggettive o economiche, per scarsa collaborazione del personale) talché può configurarsi piuttosto come una sorta di responsabilità oggettiva: in tal caso la responsabilità dirigenziale è cosa del tutto distinta da una responsabilità disciplinare o per mancanze, che presuppone sempre, quanto meno, la negligenza colpevole del lavoratore. Ma quante volte il mancato raggiungimento degli obiettivi dipenda da negligenza o inerzia del dirigente, la responsabilità dirigenziale sarà tutt'uno con quella disciplinare o per mancanze. E se è vero che il dirigente sorpreso, ad esempio, a rubare nelle casse del comune o a ricevere una tangente può essere licenziato senza parere del comitato dei garanti (perché in questo caso l'infedeltà è cosa diversa dall'inosservanza di direttive), nondimeno se il dirigente assume posizioni in contrasto con le direttive dell'assessore o del sindaco, ovvero se conduce il servizio in modo da disorganizzarlo, la responsabilità dirigenziale sarà coincidente con quella disciplinare”.