

La dirigenza pubblica nell'elaborazione giurisprudenziale più recente

di A. Ripepi - 2 Dicembre 2024

1. Il polimorfismo della dirigenza tra Stato, Regioni ed Enti Locali

Come autorevolmente osservato in dottrina, «*l'ambito applicativo del nuovo assetto della dirigenza pubblica è delineato dal testo unico secondo diversi livelli, in relazione al riconoscimento, anche costituzionale, dell'autonomia organizzativa delle varie amministrazioni*» (Apicella, *Lineamenti del pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2012, p. 81).

Tale diversità di livelli e di piani si scorge nella molteplicità delle disposizioni dedicate alla regolamentazione del fenomeno: l'art. 13 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 predica l'applicabilità del relativo Capo (dedicato alla dirigenza) «alle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo»; l'art. 27 dello stesso decreto dispone che le Regioni a statuto ordinario e le «altre pubbliche amministrazioni» debbano adeguare i propri ordinamenti ai principi sanciti dall'art. 4 e dal citato Capo, ma «tenendo conto delle relative peculiarità»; medesimo limite, relativo alle «peculiarità dei rispettivi ordinamenti», è previsto dall'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 165/2001 in relazione alle Regioni a statuto speciale (Mari, *Le amministrazioni destinatarie delle norme sulla dirigenza. Margini di applicabilità delle norme nelle diverse amministrazioni*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario* a cura di Carinci e Zoppoli, Torino, 2004, 1004).

Un quadro variegato e complesso, dunque, che Legislatore, giurisprudenza e dottrina non sono ancora riusciti a ricondurre a unità, tanto da far affermare, in tempi recenti, che «un assetto interpretativo sul riparto di potestà normativa tra Stato ed enti territoriali in materia non è stato ancora raggiunto» (Cerbone, *La dirigenza degli enti locali tra legge, autonomia normativa e contrattazione collettiva*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2021, 1).

Fallito il tentativo, nel periodo 2015-2016, di ricondurre l'articolazione del sistema della dirigenza pubblica nei tre ruoli della dirigenza statale, regionale e locale, l'accesso ai quali sarebbe avvenuto tramite procedure di reclutamento e requisiti omogenei, occorre soffermare l'attenzione sulla più recente giurisprudenza in materia.

La Corte di cassazione, infatti, aveva già da tempo escluso una radicale divaricazione dello stato giuridico della dirigenza locale rispetto a quella statale, in quanto, secondo tale prospettazione, il legislatore si è limitato a demandare agli atti normativi degli enti locali il mero adeguamento ai loro ordinamenti ed alle loro peculiarità dei principi generali già operativi (Cass., 15 febbraio 2010, n. 3451).

Emblematica di tale orientamento, in tempi relativamente recenti, è Cass., 22 febbraio 2017, n. 4621, secondo cui alla qualifica dirigenziale corrisponde soltanto l'attitudine professionale all'assunzione di incarichi dirigenziali di qualunque tipo. Pertanto, anche in difetto della espressa previsione di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001, stabilita per le Amministrazioni statali, tale indirizzo ritiene non applicabile l'art. 2103 c.c. neanche alla dirigenza locale e regionale; pertanto, la regola del rispetto di determinate specifiche professionalità acquisite appare non compatibile con lo statuto (unitario, sembrerebbe) del dirigente pubblico.

D'altronde, con specifico riferimento agli Enti Locali, l'art. 109 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 prevede espressamente il principio del conferimento degli incarichi dirigenziali a tempo determinato.

Sintomatica di tale tendenza della dirigenza pubblica a “riunificarsi secondo il «modello» della disciplina statale” (Apicella, *op. cit.*, 84) è anche la giurisprudenza della Corte costituzionale.

In tempi recenti, C. cost. n. 84/2022 ha ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 3 L.R. Lombardia n. 7/2021, laddove disponeva la proroga di dodici mesi dei contratti di lavoro subordinato a tempo determinato in essere al momento della sua entrata in vigore, stipulati per il conferimento degli incarichi dirigenziali presso la Giunta regionale.

La Corte muove dalla premessa sistematica secondo cui gli interventi legislativi che incidono sui rapporti lavorativi pendenti sono ascrivibili alla materia «ordinamento civile»; evidenza, poi, che il legislatore regionale ha realizzato un'interferenza a valle del rapporto di lavoro, adottando una formulazione onnicomprensiva, che investe tutti i contratti ancora efficaci, prorogandoli di dodici mesi rispetto alla scadenza naturale, quale che essa sia e, quindi, a prescindere dalla durata complessiva. Tuttavia, in relazione a quest'ultima, l'art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/2001 prevede una durata massima di tre anni per gli incarichi apicali o di funzione dirigenziale di livello generale, nonché di cinque anni per quelli di direzione degli uffici di livello dirigenziale non generale. Ne consegue che la suddetta interferenza a valle, attuata dal legislatore regionale, non possa dirsi conforme a Costituzione.

Non si colloca in controtendenza rispetto a tale orientamento C. cost. n. 128/2020, ove è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento alla L.R. Toscana n. 22/2019, che prevedeva una proroga degli incarichi di posizione organizzativa, categoria concettuale tipica dell'impiego presso gli enti sub-statali e assimilabile, sotto numerosi profili, alla dirigenza tecnicamente intesa.

Infatti, in tale occasione, la Corte ha ricordato come, mentre i profili privatizzati del rapporto di lavoro regionale rifluiscono nella materia dell'«ordinamento civile», i profili *pubblicistico-organizzativi* ad esso afferenti rientrano, invece, nell'ordinamento e organizzazione amministrativa regionale, e quindi nella competenza legislativa residuale della Regione prevista dall'art. 117, quarto comma, Cost. (in tal senso anche C. cost. non. 149/2012, 241/2018 e 25/2020).

La proroga degli incarichi di posizione organizzativa già in essere, disposta dalla citata L.R. Toscana, si iscrive in questo quadro di riferimento, in quanto dettata da «evidenti ragioni di natura organizzativa, volte ad assicurare – specie in settori interessati dal trasferimento di personale e delle relative funzioni ai sensi della legge n. 56 del 2014 – la necessaria continuità dell'azione amministrativa (sentenza n. 252 del 2016). A questo non semplice innesto di personale in mobilità nell'assetto organizzativo regionale si collega una scelta discrezionale ispirata al principio di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione, di cui all'art. 97, secondo comma, Cost. (sentenze n. 23 del 2019 e n. 15 del 2017)» (C. cost. n. 128/2020, punto 5 del Considerato in diritto).

2. L'accesso alla qualifica dirigenziale

Proprio il riferimento all'art. 19 d.lgs. n. 165/2001 ci consente di transitare all'esame di un'altra macro-tematica: l'accesso alla qualifica dirigenziale, argomento per il quale la giurisprudenza sembra aver disegnato un quadro di riferimento abbastanza consolidato, che funge da guida per l'interprete in un assetto multilivello delle fonti, reso ancor più complesso da successive integrazioni e modifiche normative (Tenore (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, V edizione, EPC editore, 2023, 690 ss.).

In particolare, la giurisprudenza costituzionale ha più volte ribadito la regola del concorso pubblico, in attuazione dei principi di efficienza, imparzialità e buon andamento; per l'effetto, ha dichiarato incostituzionali disposizioni di legge che derogavano, senza giustificate ragioni, a tale principio (C. cost. n. 218/2002, con nota di Gentile, *La Consulta conferma il metodo del concorso quale strumento di reclutamento dei dipendenti pubblici*, in *NLCC*, 2002, 747).

In tempi relativamente recenti, la Corte costituzionale ha dichiarato fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 24, d.l. n. 16/2012, sollevata in relazione agli artt. 3, 51, 97 Cost., nei limiti in cui detta norma autorizzava le Agenzie delle dogane, delle entrate e del territorio a espletare procedure concorsuali per la copertura delle posizioni dirigenziali vacanti, ma facendo salvi, per il passato, gli incarichi dirigenziali già affidati dalle Agenzie in parola a propri funzionari privi della relativa qualifica.

La medesima impostazione di fondo sembra animare C. cost. n. 255/2022, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 5 L.R. Sardegna n. 17/2021 laddove prevedeva requisiti di accesso alla dirigenza non conformi al quadro regolativo nazionale, con particolare riferimento agli artt. 19 e 28 d.lgs. n. 165/2001. La suddetta legge, infatti, consentiva al personale transitato, mediante progressione verticale, nella qualifica apicale di partecipare alle procedure di accesso alla dirigenza senza possedere il necessario requisito del titolo di studio della laurea e di computare, ai fini dell'anzianità di servizio necessaria per partecipare alle prove, anche quella relativa a carriere non apicali (Niglio – Simonetti (a cura di), *Testo Unico del Pubblico Impiego*, II edizione, Maggioli, 2023, 109).

Aspetti più specifici in punto di accesso alla qualifica dirigenziale sono considerati, poi, dalla nota sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 25 giugno 2018, n. 9, la quale statuisce la necessità di disapplicare l'art. 1, comma 1, D.P.C.M. n. 174/1994 e l'art. 2, comma 1, D.P.R. n. 487/1994 nella misura in cui impediscono in assoluto ai cittadini di altri Stati membri dell'UE di assumere i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato e laddove non consentono una verifica in concreto circa la sussistenza o meno del prevalente esercizio di funzioni autoritative in relazione alla singola posizione dirigenziale, per contrasto con l'art. 45, par. 4, TFUE.

L'Adunanza Plenaria, infatti, ha ritenuto non condivisibile la tesi, pur argomentata da parte della giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2018, n. 677), secondo cui tutti i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, a prescindere dall'esame dei compiti e delle funzioni in concreto esercitati (che non necessariamente implicano la responsabilità di salvaguardare gli interessi generali dello Stato), sarebbero qualificabili sempre e comunque come posti con funzioni di vertice amministrativo e implicherebbero necessariamente l'esercizio prevalente di funzioni di stampo autoritativo, impostazione valevole anche per i compiti e le funzioni demandati ai direttori degli istituti e musei di rilevante interesse nazio-

nale, fattispecie concreta che aveva generato la questione interpretativa sottoposta al Supremo Collegio. La valutazione, a giudizio dell'Adunanza Plenaria, dev'essere invece condotta in concreto, allo scopo di superare il c.d. test di proporzionalità.

Tale impostazione non arreca alcun *vulnus* all'art. 51 Cost., atteso che tale ultima norma costituzionale non mira a riservare ai cittadini italiani l'accesso ai pubblici uffici, ma mira a garantire l'uguaglianza dei cittadini senza discriminazioni o limiti, e nel prevedere la possibilità di parificare – con legge nazionale – ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica, si caratterizza come una norma 'aperturista' e non come 'preclusiva' (Cons. Stato, sez. II, 20 gennaio 1990, n. 234).

2.1. Rapporto tra accesso alla qualifica e svolgimento dell'incarico dirigenziale

Come autorevolmente osservato, «*il lavoro pubblico è dunque caratterizzato dalla separazione, ignota al diritto privato, tra rapporto fondamentale (a tempo determinato o indeterminato) ed incarico dirigenziale, sempre a termine: c.d. «sistema binario»* (Apicella, *op. cit.*, 87). Ne consegue che l'acquisizione della qualifica dirigenziale conferisca esclusivamente la capacità di essere titolare di funzioni dirigenziali; solo con il conferimento dell'incarico il dirigente viene incardinato nell'organizzazione amministrativa e diviene, in senso tecnico, organo dell'Amministrazione (Tenore, *Il manuale, op. cit.*, 693).

Il dirigente, dunque, non può vantare alcun diritto soggettivo perfetto al conferimento di uno specifico incarico, con conseguente impossibilità di applicazione dell'art. 2103 c.c., poiché la relativa disciplina si fonda sui connotati della temporaneità e, ancor più a monte, della fiduciarietà; tra il momento del superamento della procedura concorsuale e quello, successivo, dell'attribuzione delle funzioni, considerata anche la discrezionalità di cui gode l'Amministrazione, il dirigente può dirsi titolare esclusivamente di un interesse legittimo, con tutti i corollari in punto di riparto di giurisdizione (a meno che non si ritenga ammissibile la controversa figura del c.d. interesse legittimo di diritto privato).

Tale impostazione è radicata in giurisprudenza (Tar Calabria-Catanzaro, sez. II, 9 marzo 2011, n. 354; Trib. Bologna, 11 settembre 2013) ed è stata, in tempi molto recenti, autorevolmente confermata da Cass., 7 febbraio 2023, n. 3676, la quale ha rimarcato che non si può confondere il contratto di conferimento dell'incarico dirigenziale con il rapporto di servizio, che comporta l'accesso alla qualifica dirigenziale e che è a tempo indeterminato. Il primo è, in effetti, a termine, ma è necessariamente tale, in quanto l'attuale sistema è caratterizzato dalla temporaneità degli incarichi, la cui scadenza, però, non fa venir meno il rapporto di lavoro con l'ente, che resta disciplinato dall'originario contratto di servizio a tempo indeterminato anche nell'ipotesi in cui al dirigente venga assegnato, anziché un ufficio dirigenziale, un incarico di consulenza, di studio, di ricerca o, con specifico riferimento alla dirigenza medica, di natura professionale e di alta specializzazione.

Tale impostazione, a ben vedere, rispecchia l'impostazione dottrinale prima richiamata, alla luce della quale l'inapplicabilità dell'art. 2103 c.c. è stata desunta dalla descritta scissione tra rapporto fondamentale e conferimento dell'incarico (Apicella – Curcuruto – Sordi – Tenore, *Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza*, Giuffrè, 2005, 475).

Il dirigente pubblico, in definitiva, può rimanere senza incarico senza che, sol per questo, perda la qualifica dirigenziale: ciò accade, ad esempio, nel periodo precedente

all'assegnazione del primo incarico, negli intervalli tra la scadenza di un incarico e il conferimento di un altro e nelle ipotesi di collocamento in disponibilità ai sensi dell'art. 21, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 (Cass., 1° febbraio 2007, n. 2233).

2.2. Il conferimento dell'incarico dirigenziale: cenni alla natura giuridica

Si è già evidenziato come, per effetto dell'assunzione, il dirigente acquisti la qualifica dirigenziale, venga iscritto nei ruoli e instauri il *rapporto di servizio*, acquisendo il diritto al trattamento economico, mentre l'attribuzione delle funzioni dirigenziali è indispensabile ai fini dell'instaurazione del *rapporto d'ufficio* (Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, CEDAM, 2000, 401).

È stato acutamente osservato che «*il rapporto tra atto unilaterale di conferimento e contratto inerente allo svolgimento delle funzioni dirigenziali sembra mutuare il tradizionale modulo del contratto accessivo ad atto amministrativo*» (Apicella, *op. cit.*, 91): gli incarichi di direzione trovano, infatti, esclusivo fondamento nell'atto unilaterale, essendo rimessa al modulo consensuale la sola definizione dei profili retributivi.

Tale impostazione rinviene, quali sicuri referenti normativi, l'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 nonché, per l'universo delle autonomie locali, l'art. 109 d.lgs. n. 267/2000, rilevante nella misura in cui stabilisce che gli incarichi dirigenziali sono attribuiti dall'organo di vertice dell'amministrazione (art. 50, comma 10) attraverso atti di regolazione, che ben difficilmente potrebbero essere qualificati come attività di gestione del rapporto di lavoro.

La giurisprudenza, tuttavia, segue una differente impostazione, il cui *iter* logico può essere sintetizzato come segue. Come evidenziato da una sentenza di cardinale importanza (Cass., sez. un., 7 luglio 2005, n. 14252), gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali non concretano procedura concorsuale, poiché i relativi destinatari non solo sono già in servizio, ma sono anche in possesso della relativa qualifica professionale. Pertanto, i suddetti atti di conferimento conservano natura privata, in quanto atti interni di organizzazione, anche dopo la riforma attuata con la l. n. 145/2002, il cui art. 3 introduce nel corpo dell'art. 19 d.lgs. n. 165/2001 la locuzione "provvedimento", riferendola all'atto di conferimento dell'incarico, ma significativamente non vi aggiunge l'attributo "amministrativo", presente, invece, in tutte le norme che disciplinano gli atti di esercizio del potere pubblico.

I predetti atti di conferimento di incarichi dirigenziali mantengono, pertanto, in tale impostazione, la natura di determinazioni assunte dall'amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro.

Tali coordinate di fondo sono state, in tempi recentissimi, condivise anche dalla giurisprudenza amministrativa e applicate al diverso (ma collegato, per tutte le ragioni già esposte nel par. 1) mondo degli Enti Locali: si legge in Tar Sicilia-Palermo, sez. IV, 13 marzo 2024, n. 981, che la controversia in materia di selezione per il conferimento di incarichi di natura direttiva a tempo determinato ai sensi dell'art. 110 d.lgs. n. 267/2000 è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, difettando tale procedura dei requisiti del concorso e connotandosi, per contro, per il carattere fiduciario della scelta, seppure motivata, da parte del Sindaco, nell'ambito di un elenco di soggetti ritenuti idonei sulla base dei requisiti di professionalità indicati nell'avviso. Tale modalità selettiva si distingue dal concorso pubblico per le as-

sanzioni ai pubblici impieghi, le cui controversie sono invece riservate, ai sensi dell'art. 63 d.lgs. n. 165/2001, alla cognizione del giudice amministrativo.

L'indirizzo in esame si è imposto nonostante l'auspicio di quella parte della dottrina che, evidenziando la scelta, da parte della "riforma Brunetta" e del d.lgs. n. 150/2009, a favore di una accentuata procedimentalizzazione della fase di conferimento, con applicazione di regole proprie dell'attività autoritativa delle pubbliche amministrazioni (predeterminazione legale, trasparenza, selettività, esternazione delle ragioni giustificatrici delle scelte), ne valorizzava la possibile assimilazione alle procedure concorsuali (Apicella, *op. cit.*, 94), con tutto ciò che ne deriva in punto di natura giuridica degli atti e riparto di giurisdizione.

2.3. Regime di conferimento degli incarichi e perimetro di individuazione dei destinatari

Sul punto, la giurisprudenza della Corte di cassazione è consolidata: si richiamano, usualmente, i parametri di cui agli artt. 97 Cost. (imparzialità e buon andamento) nonché i canoni privatistici di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) quali principi-guida delle procedure di conferimento e revoca, che, come già chiarito, in tale impostazione non rivestono natura pubblicistica, ma rientrano tra gli atti di gestione del rapporto di lavoro (Cass., 30 ottobre 2014, n. 23062).

Tuttavia, è interessante osservare come una parte della giurisprudenza amministrativa abbia espressamente richiamato l'art. 7 L. n. 241/1990 (Tar Campania-Napoli, sez. VII, 27 maggio 2005, n. 7184), in tema di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca al dirigente interessato, strumentale allo scopo di consentire il contraddittorio con il medesimo, sebbene la giurisprudenza civile affermi costantemente che tale legge non può trovare applicazione proprio a causa della natura privatistica degli atti (Cass., 22 dicembre 2004, n. 23760), a fronte dei quali, al più, potrebbe sussistere un mero interesse legittimo di diritto privato (Apicella – Curcuruto – Sordi – Tenore, *op. cit.*, 439).

In tempi recenti, la Suprema Corte ha statuito che la non corretta procedimentalizzazione del conferimento di incarichi dirigenziali da parte dell'Amministrazione costituisca un illecito suscettibile di produrre un danno da perdita di *chance*. In particolare, *«il candidato escluso, al fine di conseguire il risarcimento del danni derivanti dalla perdita di "chance" – che, come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto, bensì un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione – ha l'onere di provare, benché solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, che la condotta illecita ha impedito la concreta realizzazione di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato, il quale non è limitato alla sola procedura concorsuale nella quale si è verificata l'illegittimità, ma può riguardare anche una successiva procedura collegata alla prima»* (Cass., 16 dicembre 2022, n. 37002).

Per quanto concerne l'individuazione dei destinatari, il terzo periodo del comma 6 dell'art. 19 d.lgs. n. 165/2001 prevede testualmente che «tali incarichi sono conferiti, 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 alme-

no 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». Si tratta di un principio, quello dell'individuazione all'esterno quale *estrema ratio*, che innerva anche l'art. 7, comma 6, d.lgs. n. 165/2001 in tema di collaborazioni coordinate e continuative all'interno della P.A.

La giurisprudenza è intervenuta a precisare l'ambito applicativo di tale disposizione di legge, osservando come, innanzitutto, la preventiva verifica di personale idoneo debba essere effettuata esclusivamente nei ruoli "dirigenziali" interni all'Amministrazione e non in qualsivoglia posizione, sebbene la disposizione sia formulata "a trama ampia" (C. conti, sez. centro. contr., 23 agosto 2022, n. 4); la valutazione circa la sussistenza di adeguate professionalità all'interno dell'Amministrazione va effettuata secondo canoni di paraconcorsualità, valorizzando in motivazione la sussistenza dei requisiti di particolare specializzazione professionale, culturale e scientifica del prescelto (C. conti, sez. giur. Lombardia, 7 giugno 2017, n. 86); tali canoni si applicano anche a Regioni ed Enti Locali e rappresentano espressione dei principi di economicità, efficienza e buona amministrazione (Cass., 22 febbraio 2017, n. 4621).

Resta d'invariata attualità l'affermazione secondo cui, in difetto di un'esplicita gerarchia tra criteri di selezione tracciata dall'art. 19 d.lgs. n. 165/2001, spetta alle Amministrazioni che conferiscono l'incarico procedere ad una "pesatura" dei criteri indicati dalla legge e, dunque, predeterminare i punteggi da assegnare ai risultati raggiunti in passato, alle attitudini e capacità dei partecipanti, alle loro competenze organizzative specifiche, ecc. (Apicella, *op. cit.*, 97).

Si ricorda, incidentalmente, che il D.L. n. 80/2021 ha raddoppiato le percentuali che consentono alle Pubbliche Amministrazioni impegnate nell'attuazione del PNRR di attribuire incarichi dirigenziali a soggetti esterni non appartenenti al relativo ruolo e, per altro verso, ha eliminato ogni limite quantitativo agli incarichi assegnabili a dirigenti di altre PP.AA.; inoltre, il D.L. n. 36/2022 ha concesso, seguendo la medesima impostazione di fondo dell'esaminata Adunanza Plenaria n. 9/2018, di conferire incarichi dirigenziali a funzionari di cittadinanza italiana di organizzazioni internazionali o dell'Unione Europea.

3. Il trattamento economico del dirigente pubblico

La giurisprudenza ha tradizionalmente affermato il principio di omnicomprensività del trattamento economico dirigenziale, normativamente previsto dall'art. 24 d.lgs. n. 165/2001, in virtù del quale esso remunera tutte le funzioni ed i compiti attribuiti in ragione dell'ufficio ricoperto dall'Amministrazione presso la quale il dirigente presta servizio o su designazione della stessa. Sul punto la Corte di Cassazione ha statuito che il principio in esame non è derogato dall'art. 16 della L. n. 448/2001, che riguarda i compensi provenienti da terzi corrisposti direttamente in favore dell'Amministrazione, in una fattispecie relativa all'attività di Presidente del nucleo di valutazione assegnata ad un dirigente dell'Ufficio scolastico provinciale (Cass., 25 ottobre 2019, n. 27385).

Incidentalmente, si ricorda che proprio la retribuzione dirigenziale (*rectius*, gli obblighi di pubblicazione relativi alla stessa) è stata oggetto della fondamentale C. cost. 21 febbraio 2019, n. 20, che ha ritenuto irragionevole il bilanciamento operato dalla legge tra due diritti, quello alla riservatezza dei dati personali, inteso come diritto a controllare la circolazione delle informazioni riferite alla propria persona, e quello dei cittadini al libero accesso ai dati e alle informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, giacché l'art. 14, commi 1-bis e 1-ter, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, estendeva a tutti i dirigenti pubblici gli stessi obblighi di pubblicazione previsti per i titolari di incarichi politici, con una disposizione non conforme al generale canone di proporzionalità.

Come noto, la retribuzione dirigenziale si articola in fondamentale e accessoria (Cass. 15 maggio 2007, n. 11084, in *Osservatorio di giurisprudenza sul lavoro pubblico* a cura di Apicella, in *GC*, 2008, I, 1801; in dottrina, Zilio Grandi, *Il trattamento economico dei dirigenti pubblici tra legge, contrattazione e giurisprudenza*, in *LD*, 2002, 553). E' stato rilevato che tale articolazione conferma la distinzione esistente tra qualifica e posizione organizzativa dirigenziale attribuita con il provvedimento di incarico; in altri termini, al reddito sicuro correlato alla qualifica dirigenziale, che costituisce la ragion d'essere del trattamento economico fondamentale, il dirigente al quale sia stato conferito un incarico aggiunge il trattamento economico accessorio, ossia una parte della retribuzione direttamente collegata alle funzioni attribuite, alle connesse responsabilità e ai risultati conseguiti.

Il trattamento accessorio si compone, innanzitutto, della retribuzione di posizione. Essa è composta di una parte fissa e di una parte variabile, la cui somma complessiva corrisponde al valore economico degli incarichi attribuiti in base alla graduazione delle funzioni. Come evidenziato di recente dalla Suprema Corte, “la corresponsione della parte variabile della retribuzione di posizione richiede la «pesatura» delle singole attività dirigenziali, da cui deriva la determinazione della quota di pertinenza del singolo medico, che, altrimenti, deve essere corrisposta, nella sola quota minima ed «invariabile» prevista dalla contrattazione collettiva” (Cass. civ., 20 dicembre 2023, n. 35581).

Pertanto, la giurisprudenza di legittimità non aderisce al diverso orientamento, più risalente nel tempo e riconducibile al Consiglio di Stato, per il quale non è configurabile alcun diritto alla retribuzione di posizione, neppure nella misura minima, in quanto il provvedimento relativo al formale conferimento delle funzioni dirigenziali (che danno titolo alle connesse indennità) ha carattere costitutivo (Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2005, n. 1438, in *FA.-C.d.S.*, 2005, 797; Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2003, n. 539, *ivi*, 2003, 1705).

Circa la parte variabile della retribuzione di posizione, un recente orientamento (Cass., 30 marzo 2023, n. 9040; Cass., 27 ottobre 2023, n. 29855; Cass., 26 ottobre 2023, n. 29716) ha affermato alcuni principi, che possono essere sintetizzati come segue:

- il mancato completamento del procedimento finalizzato all'adozione del provvedimento graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi legittima il dirigente medico interessato a chiedere il risarcimento del danno per perdita della *chance* di percepire la parte variabile della retribuzione di posizione (non l'adempimento di tale obbligazione);
- qualora la retribuzione di posizione per qualsiasi motivo non sia in tutto o in parte erogata e se da ciò derivi la disponibilità di importi sul corrispondente fondo, essi vengono imputati

alla retribuzione di risultato del medesimo anno, che può, così, subire un incremento. In tal modo, lo stesso identico evento che è alla base dell'inadempimento (omessa graduazione e corresponsione dell'indennità di posizione parte variabile) è al tempo stesso ragione del beneficio consistente nell'incremento della retribuzione di risultato;

– non è, tuttavia, ammissibile trasgredire il principio di parità di trattamento dettato dall'art. 45 d.lgs. n. 165/2001. La retribuzione, infatti, trova (necessario) fondamento nella contrattazione collettiva e per il principio di pari trattamento, di cui al suddetto art. 45, sono vietati, da parte del datore di lavoro, trattamenti individuali migliorativi o peggiorativi rispetto a quelli previsti dalla contrattazione collettiva (Cass., 8 giugno 2022, n. 18523; Cass., 13 aprile 2022, n. 12106; Cass., 5 aprile 2022, n. 11008), sebbene ciò non escluda differenziazioni operate in quella sede, in quanto la disparità trova titolo, non in scelte datoriali unilaterali lesive della dignità del lavoratore, ma in pattuizioni dell'autonomia negoziale delle parti collettive.

Per quanto concerne, invece, la retribuzione di risultato, particolarmente valorizzata a far data dalla “riforma Brunetta” e successive modifiche e integrazioni (In quanto essa valorizza l'apporto manageriale del dirigente, stimolandone la produttività: Zilio Grandi, *op. cit.*, 570) essa è connotata da una giustificazione autonoma rispetto alla retribuzione di posizione, in quanto è connessa al raggiungimento di obiettivi (Cass., 20 dicembre 2023, n. 35581).

La giurisprudenza afferma principi comuni a quelli relativi alla parte variabile della retribuzione di posizione, specie in punto di diritto al risarcimento del danno in favore del dirigente laddove, per causa non imputabile a quest'ultimo (ma esclusivamente all'Amministrazione) il sistema di valutazione della performance non sia stato predisposto, con conseguente impossibilità di assegnare obiettivi e valutarne, *ex post*, il conseguimento (Gobbo – Papi – Bigoni – Deidda Gagliardo, *La valutazione delle performance nelle pubbliche amministrazioni nella prospettiva del valore pubblico*, in Marchi – Lombardi – Anselmi, *Il governo aziendale tra tradizione e innovazione*, FrancoAngeli, 2016, 161-184. Per un approccio che unisce valutazione della performance all'amministrazione per processi, sia consentito il rinvio a RIPEPI, *Amministrare per processi. Il PNRR, il PIAO e il Business Process Reengineering nelle Pubbliche Amministrazioni: un'occasione da non perdere*, in Rassegna Avvocatura dello Stato, n. 1/2023).

Dal momento che, tuttavia, il dirigente non acquisisce alcun diritto alla retribuzione di risultato in assenza di obiettivi (Cass., 28 settembre 2018, n. 23607), l'unica componente di danno risarcibile coincide con la perdita di *chance* (Cass., 23 maggio 2022, n. 16583).

4. La responsabilità dirigenziale e la responsabilità disciplinare

Quanto sinora esaminato rileva non solo ai fini dell'attribuzione del trattamento economico accessorio, ma costituisce presupposto per l'attuazione della responsabilità dirigenziale. Infatti, alle disposizioni relative alla verifica dei risultati è attribuita la funzione di norma di chiusura del meccanismo di direzione fondato sul binomio politica-amministrazione e sulla individuazione delle rispettive competenze (Pastori – Sgroi, *Dirigenti pubblici*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, V, Milano, 2001, 374).

Si è notato come, in punto di assetto della responsabilità dirigenziale, si sia «ben lontani dagli schemi classici della responsabilità tendenti a sanzionare un singolo comportamento rico-

nosciuto come illegittimo, poiché commesso dolosamente o colposamente, ma rivolta a colpire oggettivamente una condotta sistematica ed operativa non idonea al raggiungimento degli obiettivi fissati in sede di programmazione generale. Si tratta, in altri termini, di un modello eccentrico, di una sorta di responsabilità *ad hoc*» (Tenore – Palamara – Marzocchi Burrati, *Le cinque responsabilità del funzionario pubblico: civile, penale, amministrativo, disciplinare e dirigenziale. Normativa dottrina e giurisprudenza*, II edizione, Giuffrè, 2013).

Sembra che, di tale profilo, si sia occupata più la dottrina che non la giurisprudenza. Tuttavia, occorre segnalare una rilevante sentenza della Corte di Cassazione che, oltre a tracciare alcuni essenziali principi in materia di responsabilità dirigenziale, afferma la necessità di distinguere da quella disciplinare.

Si legge in sentenza che *«anche nel caso di “inosservanza delle direttive imputabili al dirigente”, ossia di comportamento nel quale potrebbe essere ravvisato un tipico inadempimento fonte di responsabilità disciplinare, il discrimine va ravvisato nel collegamento con la verifica complessiva dei risultati, sicché l’addebito assumerà valenza solo disciplinare nella ipotesi in cui l’amministrazione ritenga che la violazione in sé dell’ordine e della direttiva, in quanto inadempimento contrattuale, debba essere sanzionata; dovrà, invece, essere ricondotta alla responsabilità dirigenziale qualora la violazione medesima abbia inciso negativamente sulle prestazioni richieste al dirigente ed alla struttura dallo stesso diretta. La fattispecie dedotta in giudizio impone ulteriori precisazioni del principio innanzi richiamato perché, una volta individuato, con riferimento all’ipotesi della violazione di direttive, il discrimine fra le due forme di responsabilità, “l’indissolubile intreccio” che fa prevalere, quanto alle forme procedurali, quelle disciplinate dall’art. 21 del D.Lgs. n. 165 del 2001, non si potrà ritenere sussistente per il solo fatto che sia stata contestata la violazione di direttive, perché ciò equivarrebbe all’espungere in via definitiva dall’ambito della responsabilità disciplinare del dirigente l’inadempimento consistito nella omessa ottemperanza agli ordini impartiti dal datore di lavoro. La commistione fra le due forme di responsabilità deve, pertanto, ritenersi sussistente solo qualora la contestazione presenti aspetti che la rendano contemporaneamente sussumibile nell’una e nell’altra forma di responsabilità, il che si verifica nell’ipotesi in cui il procedimento venga avviato con riferimento ad una pluralità di addebiti, di cui alcuni riconducibili alla responsabilità disciplinare altri a quella dirigenziale. In conformità al principio affermato da questa Corte nella recente sentenza n. 24905/2017, il Collegio ritiene che la responsabilità dirigenziale per “violazione di direttive”, proprio perché presuppone uno stretto collegamento con il raggiungimento dei risultati programmati, deve riferirsi a quelle direttive che siano strumentali al perseguimento dell’obiettivo assegnato al dirigente perché solo in tal caso la loro violazione può incidere negativamente sul risultato, in via anticipata rispetto alla verifica finale. Correlativamente, non si può confondere il rispetto delle direttive con il corretto adempimento degli altri obblighi che discendono dal rapporto di lavoro con il dirigente (diligenza, perizia, lealtà, correttezza e buona fede tanto nel proprio diretto agire quanto nell’esercizio dei poteri di direzione e vigilanza sul personale sottoposto). La loro violazione, infatti, in sé e per sé considerata, mentre può essere ritenuta idonea a ledere il vincolo fiduciario che deve legare il dirigente all’Amministrazione, non rileva ai fini della responsabilità dirigenziale, nella quale ciò che conta è il mancato raggiungimento del risultato (Cass. 24905/2017)» (Cass., 9 maggio 2018, n. 11161).*

Un'ulteriore e rilevante pronuncia evidenzia i profili di distonia delle due forme di responsabilità (Cass., 8 giugno 2021, n. 15954), seguendo un *iter* logico sintetizzabile come segue:

- 1) l'elemento oggettivo, consistente nell'inadempimento di obblighi di legge o contrattuali in caso di responsabilità disciplinare, nel mancato raggiungimento degli obiettivi gestionali in caso di responsabilità dirigenziale;
- 2) l'elemento psicologico, che si concreta in dolo o colpa nel caso di responsabilità disciplinare, mentre la responsabilità dirigenziale è molto vicina al modello oggettivo, pur dovendosi sempre valutare l'imputabilità al dirigente del mancato risultato;
- 3) la responsabilità disciplinare concerne l'esattezza e la correttezza dei singoli adempimenti dell'attività del dirigente pubblico a prescindere dall'incidenza sui risultati dell'attività; la responsabilità dirigenziale riguarda il rendimento complessivo e si rivolge all'esigenza dell'amministrazione di rimuovere in maniera tempestiva il dirigente dimostratosi inidoneo alla funzione e, come tale, non in grado di raggiungere il risultato prefissato, indipendentemente dal verificarsi di un fatto sanzionabile o dalla produzione di un danno (Busico, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale del dirigente pubblico medico*, in *LDE*, 1 settembre 2021).

Considerata la peculiare natura della responsabilità disciplinare, la giurisprudenza afferma che, anche laddove l'incolpato sia un dirigente, sia necessario rispettare i principi previsti in materia (es. competenza dell'U.P.D., eccettuate le sanzioni del rimprovero verbale e censura; puntualità e precisione della contestazione; garanzia del principio del contraddittorio e del diritto di difesa – Cass., 17 giugno 2010 n. 14628).

5. Il recesso dal rapporto di lavoro e le tutele previste

Su tale ultima questione, non può omettersi il riferimento a un contrasto giurisprudenziale che sembra essersi diradato dopo l'intervento di Cass., 9 giugno 2016, n. 11868.

Solo un anno prima, infatti, Cass., 26 novembre 2015, n. 24157 era intervenuta affermando che l'art. 51, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, nella parte in cui prevede che alle PP.AA. si applichi la L. 20 maggio 1970, n. 300 e successive modifiche e integrazioni, fosse da intendersi alla stregua di disposizione di rinvio mobile al testo dell'art. 18 Stat. lav., inclusa, dunque, la sua versione novellata dall'art. 1, comma 42, l. 28 giugno 2012, n. 92.

Diverso l'orientamento espresso dalla citata Cass., 9 giugno 2016, n. 11868 (a oggi non rimessa in discussione da evoluzioni giurisprudenziali), secondo cui, in base al combinato disposto dei commi 7 e 8 dell'art. 1 della L. n. 92/2012, il nuovo testo dell'art. 18 St. lav., come modificato dalla riforma c.d. Fornero, deve applicarsi al pubblico impiego soltanto laddove espressamente previsto e, ove tale richiamo espresso manchi, spetta al legislatore intervenire per l'armonizzazione delle discipline.

Dunque, anche la tutela a fronte di recessi illegittimi dal rapporto di lavoro costituisce un profilo di differenziazione rispetto all'omologa qualifica del settore privato (per la quale, eccettuate alcune ipotesi, continua a vigere un regime di generale libera recepibilità), il che dimostra l'inconciliabilità delle due figure, come evidenziato in dottrina (Carinci, *Simbologia e realtà di un gemellaggio: il dirigente privato ed il dirigente pubblico priva-*

tizzato, in *QDLRI*, 31, 2009, 7) e stigmatizzato dalla giurisprudenza già da diverso tempo (Cass., 1 febbraio 2007, n. 2233).

6. Conclusioni

Dalla disamina svolta, appare un quadro giurisprudenziale tendenzialmente stabile.

L'elaborazione della Corte di Cassazione ha contribuito a delineare chiari percorsi interpretativi in una materia (per la verità, già ampiamente regolamentata dal Legislatore) di grande rilevanza sistematica nella disciplina del pubblico impiego.

Gli indirizzi appaiono tendenzialmente consolidati, eccettuati alcuni casi (già evidenziati, per i quali si rinvia alle apposite sedi) di contrasto rispetto a diverse posizioni assunte dalla giurisprudenza amministrativa.

La Corte costituzionale, a sua volta intervenuta a chiarire il perimetro dei rapporti Stato-Regioni-Enti Locali in questa complessa materia, ha aderito alle posizioni già da tempo esplicitate dal Supremo consesso civile.

Non resta che attendere ulteriori sviluppi, i quali, verosimilmente, potrebbero indirizzarsi verso una sempre maggiore accentuazione dell'orientamento all'obiettivo e al risultato, e, di conseguenza, alla responsabilizzazione del dirigente pubblico.

Antonino Ripepi, procuratore dello Stato in Reggio Calabria