

COLLANA NUOVE AUTONOMIE

COLLETTANEE

15

LA RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE TRA DIRITTO ED ECONOMIA

ATTI DEL CONVEGNO INTERNAZIONALE

PALERMO, 6-7 GIUGNO 2019

a cura di

Maria Immordino e Cristiano Celone

LA RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE TRA DIRITTO ED ECONOMIA



euro 48,00

EDITORIALE SCIENTIFICA

Collana Nuove Autonomie

COLLETTANEE

15

I volumi devono essere inviati alla Rivista "Nuove Autonomie". Se il tema è di interesse per la stessa verranno sottoposti, in forma anonima, ad una procedura di doppia valutazione esterna, secondo criteri concordati dalla Direzione con l'editore, che ne conserva la relativa documentazione.

1. A. CONTIERI, M. IMMORDINO (a cura di), *La dirigenza locale*, 2012
2. G. PESCE, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, 2012
3. A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, 2012
4. E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, 2012
5. N. GULLO, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, 2012, II ed. 2018
6. P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, 2013
7. G. SCALA, *Gli statuti autonomi delle regioni speciali*, 2013
8. G. ZINZI, *La provincia tra funzioni amministrative e riforme istituzionali*, 2015
9. AA.VV., *Il cittadino e la pubblica amministrazione. Giornate di studio in onore di Guido Corso*, 2016
10. A. BIFANI SCONOCCHIA, *Profili del nuovo rapporto tra proprietà e ius aedificandi*, 2017
11. M. ARMANNO, *Personale, uguale, libero e segreto. Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale italiano*, 2018
12. L. GIANI, M. IMMORDINO, F. MANGANARO (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, 2019
13. M. ARMANNO, *Il giudizio di ammissibilità nel conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato. Questioni teoriche e prassi applicative*, 2019
14. E. CAVASINO, *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell'esperienza costituzionale italiana*, 2020

LA RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE TRA DIRITTO ED ECONOMIA

ATTI DEL CONVEGNO INTERNAZIONALE

PALERMO, 6-7 GIUGNO 2019

a cura di

Maria Immordino e Cristiano Celone

EDITORIALE SCIENTIFICA

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2020 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 978-88-9391-951-7

INDICE

Maria Immordino, <i>Introduzione</i>	9
Angelo Buscema, <i>Saluti</i>	15
Filippo Salvia, <i>Brevi riflessioni sugli errori della politica e dell'amministrazione (non solo) italiana</i>	19
Marco Mazzamuto, <i>Il fallimento della separazione tra politica e amministrazione e gli sviluppi della forma di governo</i>	23
Giuseppe Verde, <i>Le molte implicazioni del rapporto fra Politica e Amministrazione</i>	27
Roberto Cavallo Perin, <i>Atti di indirizzo politico e attività di gestione tra spoils system e difetto assoluto di giurisdizione</i>	33
Stefano Battini, <i>Responsabilità dirigenziale e spoils system: complementarità o contraddizione?</i>	39
Marcella Gola, <i>La responsabilità dirigenziale e i poteri dell'organo di indirizzo politico</i>	53
Carla Barbati, <i>Autonomia, responsabilità e qualificazione della dirigenza: una questione aperta</i>	69
Francesco Manganaro, <i>La responsabilità dirigenziale nella disciplina del lavoro pubblico</i>	75
Gabriella De Giorgi Cezzi, <i>Lineamenti della responsabilità dirigenziale e caratteri dell'amministrazione. Verso un'ecologia delle decisioni pubbliche</i>	95
Fabrizio Fracchia e Pasquale Pantalone, <i>Responsabilità dirigenziale, valutazione della performance organizzativa e partecipazione</i>	105
Salvatore Cimini, <i>L'equilibrio di bilancio tra organi politici e dirigenziali</i>	123

Alberto Zito, <i>Principio dell'equilibrio di bilancio e suoi effetti sull'organizzazione e sull'azione amministrativa</i>	139
Fabrizio Tigano, <i>Le differenti figure di responsabilità dirigenziale e le "interferenze" con la responsabilità erariale</i>	147
Edoardo Giardino, <i>La responsabilità per inosservanza del termine di conclusione del procedimento</i>	175
Clara Napolitano, <i>Obbligo di provvedere e ottemperanza: dalla giurisprudenza palermitana</i>	195
Salvatore Pilato, <i>La responsabilità amministrativa e la responsabilità dirigenziale: sinergie, interferenze e contrapposizioni</i>	219
Loredana Giani, <i>Dirigenza e risultato amministrativo. Verso un ciclo proattivo dell'accountability dell'amministrazione. Spunti a margine del volume di Cristiano Celone</i>	237
Mario R. Spasiano, <i>Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato</i>	257
Nicola Gullo, <i>La pluralità delle fonti della dirigenza pubblica tra autonomia normativa degli enti territoriali e ricentralizzazione statale</i>	273
Marco Ragusa, <i>Contrattazione collettiva e responsabilità dirigenziale: il modello astratto e l'esperienza concreta</i>	295
Alfredo Contieri, <i>Dirigenza e contrattazione collettiva</i>	329
Sebastiano Licciardello, <i>La responsabilità dirigenziale: i provvedimenti "sanzionatori" e le garanzie procedurali</i>	337
Francesco Astone, <i>Provvedimenti "sanzionatori" e tutele procedurali nel quadro evolutivo della responsabilità dirigenziale</i>	343
Pier Luigi Portaluri, <i>Pensieri scomposti sugli incarichi dirigenziali</i>	353
Aristide Police, <i>Susanna e i vecchioni. Ovvero discorrendo sulla natura degli incarichi dirigenziali con Pier Luigi Portaluri</i>	379

INDICE	7
Gaetano Armao, <i>La responsabilità dirigenziale trasfigurata e la disciplina delle regioni speciali</i>	383
Francesco Fabrizio Tuccari, <i>Dirigenza, responsabilità dirigenziale e ordinamento locale: una sostenibile differenza dell'essere?</i>	411
Anna Romeo, <i>Politica ed amministrazione nell'ordinamento degli enti locali: riflessioni a margine delle recenti prospettive di indagine</i>	439
Barbara Accettura, <i>Il difficile equilibrio tra controllo politico e gestione amministrativa negli enti locali: il segretario comunale</i>	453
Fortunato Gambardella, <i>Lo spoils system dei segretari comunali nella recente giurisprudenza costituzionale tra fiduciarità e apicalità</i>	469
Mariaconcetta D'Arienzo, <i>Saperi, competenze e responsabilità dei professionisti della sanità nell'assetto della legge n. 24/2017: criticità e prospettive alla luce dell'attuale emergenza sanitaria</i>	485
Barbara Gagliardi, <i>La libertà di circolazione dei dirigenti pubblici europei</i>	513
Ilton Norberto Robl Filho, <i>Anotações sobre a eficiência, o contrato de desempenho e a administração pública no Brasil</i>	541
Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Gustavo Buss, <i>A discricionariade de orçamentária como ferramenta para subversão da garantia constitucional à educação no Brasil</i>	561
Àlex Grau i Orts e Josep Ramon Fuentes i Gasó, <i>La dirigenza pubblica professionale in Spagna: una disciplina meramente formale e priva di contenuti</i>	587
Guido Corso, <i>Conclusioni</i>	627
Cristiano Celone, <i>Ringraziamenti</i>	635
<i>Note sugli autori e sui curatori</i>	637

INTRODUZIONE

di Maria Immordino

Desidero ringraziare tutti i colleghi e gli amici che hanno consentito con i loro pregevoli contributi la pubblicazione di questo volume, che raccoglie gli atti del convegno internazionale su “La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia”, svoltosi il 6 ed il 7 giugno del 2019, nello splendido complesso monumentale dello Steri, prestigiosa sede del Rettorato dell’Università di Palermo.

Il convegno ha costituito anche l’occasione per la presentazione della monografia di Cristiano Celone su “La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali” del 2018 (Editoriale Scientifica, Napoli), tema, è appena il caso di sottolineare, oltre che attuale di grande impegno teorico/pratico.

Tutte le relazioni prendono spunto dalle tematiche indagate nel volume, in alcuni casi condividendone i risultati prospettati, in altri discostandosene o criticandoli. Ma tutte contribuiscono a rendere il volume uno strumento di studio prezioso per quanti vogliono approfondire il tema. Tema che l’Autore indaga in modo sistematico, con una puntuale analisi storica che muove dalle origini dell’istituto della responsabilità dirigenziale, mettendone bene in luce il vero tratto caratterizzante, che è costituito dai risultati amministrativi prodotti ogni anno dagli alti burocrati sulla base degli obiettivi ad essi assegnati dagli organi di indirizzo politico, nonché una serie di altri elementi qualificanti: la natura pubblicistica; l’autonomia concettuale ed operativa rispetto alle altre forme di responsabilità dell’amministrazione pubblica e dei suoi dipendenti; il fondamento ed il rilievo costituzionale, in virtù dello stretto legame con il principio di distinzione tra politica e amministrazione, con il principio democratico e con i principi di imparzialità e buon andamento dell’amministrazione; il ruolo strategico per il miglioramento delle prestazioni e dei servizi offerti alle persone ed alle imprese, che vivono e operano nel nostro Paese.

I caratteri strutturali e funzionali della responsabilità dirigenziale

vengono illustrati dall'Autore nel contesto dei variegati rapporti tra organi politici ed organi burocratici, sia nell'ordinamento statale, sia nell'ordinamento delle autonomie locali, ove il principio di separazione tra le funzioni di indirizzo politico e le funzioni di gestione amministrativa sfuma ulteriormente e in alcuni casi scompare del tutto.

Nella ricostruzione rileva la chiave di lettura che l'Autore offre dell'istituto, poiché riesce a contemperare ragionevolmente differenti esigenze e principi, talora contrastanti, come la corretta attuazione dell'indirizzo politico, l'autonomia della funzione dirigenziale, il prestigio e l'etica professionale della classe dirigente, la valutazione obiettiva del suo rendimento, l'imparzialità ed il buon andamento dell'amministrazione, la dedizione esclusiva del pubblico dipendente agli interessi della Nazione.

Su quest'ultimo punto, va tuttavia ricordato quanto acutamente osserva Guido Corso nelle sue conclusioni: anche dei politici si può dire, a ben vedere, che devono essere al "*servizio esclusivo della Nazione*", come recita l'art. 98 per i "pubblici impiegati", in quanto l'art. 97 della nostra Costituzione, ai commi 2 e 3, quando parla di "buon andamento" e "imparzialità" e di determinazione delle "sfere di competenze", delle "attribuzioni" e delle "responsabilità", si riferisce ai "pubblici uffici", alla "pubblica amministrazione" ed ai "funzionari", quindi "non soltanto agli impiegati, ma anche agli amministratori pubblici, eletti o nominati". Con la conseguenza che l'imparzialità è un principio al quale sono assoggettati anche gli organi politici o politico-amministrativi. Ma, per queste considerazioni, non posso che rinviare alle conclusioni del Maestro.

Nella monografia di Cristiano, tra le altre cose, desta molto interesse il confronto tra la responsabilità dirigenziale e la responsabilità civile, amministrativa e disciplinare. Da questa analisi comparativa emergono una serie di similitudini e differenze, che conducono l'Autore a dare un fondamento pubblicistico a questa forma di responsabilità di natura pur sempre contrattuale, qualificandola innovativamente, per la prima volta, come responsabilità "contrattuale di diritto pubblico", disciplinata dall'art. 1218 c.c. Qualificazione, non scevra di critiche, in ogni caso di perplessità, sebbene Cristiano abbia cura di ancorare al diritto pubblico e per varie ragioni siffatta responsabilità. L'Autore, infatti, critica, al pari di P.L. Portaluri e A. Police, l'opzione ideologica per l'impianto pri-

vaticistico dell'impiego pubblico, fatta dal legislatore degli anni novanta in contrasto con una tradizione che non è solo italiana, ma è di tutti i paesi dell'Europa continentale.

Tra le problematiche affrontate, con riferimento alla responsabilità per risultati, Celone individua esaustivamente i necessari presupposti operativi, mettendone, tuttavia, in luce anche le criticità ed evidenziando quegli ulteriori elementi, collegati al sistema di conferimento, rinnovo e revoca dell'incarico dirigenziale, nonché allo *spoils system*, che, ad oggi, impediscono il corretto ed effettivo funzionamento della responsabilità dirigenziale. Propone infine possibili soluzioni alternative, al fine di eliminare le antinomie e le ambiguità esistenti.

Nell'analisi delle diverse forme di responsabilità dirigenziale introdotte nel corso degli anni dal legislatore, viene condivisibilmente censurato dall'Autore l'innesto nel suo alveo concettuale di discutibili fattispecie, legate piuttosto alla violazione di meri obblighi di condotta, sottolineando come la fisionomia originaria della responsabilità dirigenziale per obblighi di risultato sia stata per certi versi snaturata, proponendo, sul punto, di ricondurre più correttamente tali fattispecie "spurie" ad altre forme di responsabilità, come quella disciplinare o erariale.

La ricostruzione dell'apparato sanzionatorio predisposto contro tale forma di responsabilità e l'analisi delle garanzie procedurali e processuali previste dall'ordinamento in favore del dirigente, costituiscono un'ulteriore occasione per l'Autore per sostenere la natura pubblicistica del provvedimento di revoca dell'incarico, così come del provvedimento di conferimento dell'incarico, contrariamente alla tesi (prevalente nella dottrina giuslavoristica e nella giurisprudenza civile) della natura privatistica di tali atti.

Nuovi rispetto allo stato dell'arte della dottrina e della giurisprudenza in materia sono infine gli spunti di riflessione che l'Autore fornisce sui vari tipi di invalidità che possono affliggere il provvedimento sanzionatorio, quando esso sia adottato senza la richiesta del parere dell'organo consultivo, il cd. "Comitato dei garanti", oppure in difformità dallo stesso.

Proprio prendendo spunto dalle tematiche trattate nella monografia di Cristiano Celone, i contributi presenti in questo volume approfondiscono – con talune prese di posizione anche di segno contrario su alcuni profili (G. Corso, M. Mazzamuto, F. Manganaro, F. Fracchia) – il ruolo

e le responsabilità dell'alta burocrazia, nella consapevolezza della posizione strategica che essa indubbiamente riveste sia per il buon funzionamento del sistema dei rapporti tra la politica e l'amministrazione sia per le politiche di sviluppo del Paese, necessarie oggi più che mai, per uscire dalla grave crisi economico-finanziaria di livello internazionale che ha contrassegnato l'ultimo decennio e che si è acuita nell'anno in corso a causa della situazione eccezionale di emergenza sanitaria per la terribile pandemia da COVID-19.

I dirigenti pubblici, nel nostro attuale sistema, sono o dovrebbero essere, d'altra parte, i soggetti chiamati per primi ad attuare, sul piano della concreta gestione, i programmi, gli indirizzi e gli obiettivi fissati dagli organi di indirizzo politico, per la soddisfazione delle istanze e dei bisogni della collettività amministrata, che rappresentano in fondo il risultato fondamentale da conseguire nello svolgimento delle attività di cura in concreto degli interessi pubblici, il naturale riferimento funzionale e la ragione di esistenza dei Governi e delle loro Amministrazioni.

Il vero problema di questa forma di responsabilità da *performance* riguarda però la sua effettiva e corretta applicazione, perché è da essa che dipende il reale miglioramento delle prestazioni e dei servizi offerti alle persone ed alle imprese.

Si discute così dell'autonomia decisionale del dirigente (rispetto all'organo politico), al fine di comprendere, da un lato, se essa sia un elemento necessario per realizzare i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione e per garantire la stessa distinzione delle funzioni tra organi politici ed amministrativi, dall'altro, se essa possa dirsi compromessa dall'attuale sistema di conferimento, rinnovo e revoca degli incarichi dirigenziali, dal sistema di decadenza automatica di quelli apicali al cambio dei Governi (cd. *spoils system*), nonché dall'assenza o insufficienza di obiettivi da raggiungere, così come dalla carenza di risorse correlate agli obiettivi assegnati.

Ma la dirigenza pubblica nel nostro ordinamento non è unica ed unitariamente disciplinata, essendo presenti differenti modelli e quindi una pluralità di discipline e di fonti di vario ordine e grado (leggi statali e regionali, contrattazione collettiva, statuti e regolamenti), che interessano non solo i livelli territoriali (statale, regionale e locale), ma anche i settori (sanitario, medico, scolastico, universitario, ecc.), in virtù del polimorfismo organizzativo e territoriale del nostro settore pubblico, non-

ché delle differenti funzioni svolte e dei molteplici servizi erogati dalle moderne amministrazioni pubbliche.

In questo senso i contributi degli studiosi brasiliani e spagnoli ci consentono di conoscere e comparare i modelli di responsabilità e di verifica dei risultati della dirigenza pubblica presenti nei rispettivi ordinamenti, nella prospettiva di trarre elementi utili per migliorare il sistema di ciascun Paese, di metterne in luce le peculiarità, le somiglianze e le diversità (per ragioni storiche e giuridiche), le esperienze positive che possono essere utilmente mutate, nonché i cambiamenti in atto.

SALUTI

di Angelo Buscema

Nell'augurare un cordiale buon pomeriggio a tutti i presenti, desidero innanzitutto ringraziare per il cortese invito a presiedere la seconda sessione di questo Convegno.

Esprimo la mia più viva gratitudine a chi si è dedicato con impegno all'organizzazione e al successo di questo evento e agli autorevoli relatori, che oggi condivideranno con noi le proprie riflessioni su un tema che riveste particolare interesse e che sta molto a cuore alla Corte dei conti, considerato il prezioso ruolo e le prospettive future della dirigenza nell'attuale processo evolutivo dell'amministrazione pubblica, di sicuro impatto sulla comunità e sulla qualità dei servizi resi.

Sono lieto di essere qui, in questa storica sala di Palazzo Steri, uno dei luoghi simbolo della città di Palermo, degna cornice a un prezioso momento di confronto che ha spinto a riunirsi studiosi, operatori del diritto, giuristi, accademici e tutti coloro che hanno interesse professionale a un approfondimento scientifico dell'argomento.

Ritengo che i lavori di oggi possano consentire utili riflessioni e affinamenti sul tema proposto, con una ricca varietà di contributi, mossi non solo dal rigore della ricostruzione scientifica, ma soprattutto dalla voglia di condividere le risultanze delle proprie ricerche e di tenere alto il livello del dibattito culturale.

Il tema è ampiamente trattato dal Prof. Cristiano Celone nel suo libro, che presenta un accurato lavoro di analisi sulla responsabilità dirigenziale nel sistema delle responsabilità pubbliche.

Il testo si inserisce nell'opera di modernizzazione e razionalizzazione organica della pubblica amministrazione e dunque nella riforma della dirigenza, che richiede la ridefinizione dei compiti, delle procedure e dell'assetto complessivo dell'apparato pubblico, in termini di innovazione e di semplificazione.

Il processo di mutamento in atto, come un vento che muove e rinnova, risponde alla necessità di migliorare l'efficienza della pubblica amministrazione e la qualità dei servizi erogati, nonché di assicurare il corretto e proficuo impiego delle risorse della collettività, ricompensan-

do la fiducia delle comunità nei confronti della dirigenza pubblica, alla quale va riconosciuta la propria dignità e autonomia.

In tale contesto di rinnovamento, i dirigenti, spina dorsale che tiene dritta la pubblica amministrazione, sono quotidianamente chiamati a far fronte a delicate funzioni, sempre orientando il proprio operato a garantire efficienza, qualità e trasparenza dell'azione amministrativa, nel rispetto dell'imparzialità, del buon andamento e degli interessi generali della collettività.

Oggi alla dirigenza pubblica che ha potere di firma si richiede una professionalità sempre maggiore, arricchita da conoscenze tecniche, da aggiornare continuamente, in grado di interloquire, come ad esempio nel settore delle opere pubbliche, con imprese e stazioni appaltanti.

Alla luce delle recenti evoluzioni normative è lecito chiedersi come debba adeguarsi il ruolo della dirigenza, sottolineando la centralità dei criteri di reclutamento, di riconoscimento del merito e di formazione continua.

Urge, pertanto, attivare un piano di formazione adeguata alla dirigenza pubblica e coprire i vuoti allarmanti che si stanno determinando, a livello locale e centrale, mediante regolari concorsi.

Il dirigente deve esercitare con determinazione, sobrietà ed equilibrio, in osservanza dei principi di legalità e di etica professionale, la sua azione in modo efficace e incisivo, perché essa è sempre più all'evidenza dell'opinione pubblica, rivolgendosi a un pubblico attento, che non è soltanto un destinatario, ma vuol essere partecipe e costantemente informato.

All'esigenza di trasparenza, d'imparzialità e di snellezza si risponde con nuove tecniche di amministrazione e di gestione offerte anche dal processo di digitalizzazione, che può dare un colpo d'ala all'attività del dirigente, supportata dall'uso della tecnologia digitale nelle procedure amministrative, al fine di consentirne la tracciabilità e quindi una più agevole individuazione delle responsabilità.

La funzione amministrativa rinviene la propria legittimazione nell'esigenza di soddisfare i diritti fondamentali delle persone e, conseguentemente, deve essere valutata e giudicata in termini di responsabilità dirigenziale, da individuare in capo a soggetti che assumono poteri, obblighi e doveri in relazione agli obiettivi attesi.

La responsabilità dirigenziale presuppone la distinzione tra le funzioni di indirizzo politico e amministrativo, in entrambi i casi dirette a migliorare i servizi e le prestazioni a favore della collettività per accrescere il benessere sociale ed economico del Paese.

Nella sessione che ho il privilegio di presiedere i relatori si soffermeranno sulle diverse figure di responsabilità dirigenziale e sui momenti di possibili interferenze con altre forme di responsabilità, quali in particolare quella erariale e disciplinare.

Il Prof. Celone nel suo libro evidenzia come la somiglianza e la differenza con le altre forme di responsabilità, strettamente ancorate all'adempimento di obblighi di interesse pubblico, lascino aperta la questione della qualificazione della responsabilità dirigenziale, che trova in concreto conclusione in un provvedimento sanzionatorio.

La funzione sanzionatoria, unitamente a quella risarcitoria, è svolta dalla Corte in sede giurisdizionale a salvaguardia degli equilibri di bilancio turbati dal danno recato all'amministrazione dal dirigente che, oltretutto, potrebbe non avere conseguito gli obiettivi attesi, a discapito degli interessi pubblici.

In questo contesto, la chiave di lettura della configurazione della responsabilità dirigenziale si rinviene nel sistema di garanzie, sostanziali e processuali, destinate alla tutela dell'equilibrio economico finanziario del settore pubblico, espressamente presidiato dagli articoli 100 e 103 della Costituzione.

L'Istituto che presiedo svolge un ruolo di custode degli equilibri di bilancio, dell'osservanza delle regole di finanza pubblica e dell'integrità patrimoniale, mediante attività di verifica sull'azione dei singoli enti della pubblica amministrazione, con poteri correttivi dell'azione amministrativa nell'ambito del controllo, rilevando comportamenti amministrativi e contabili irregolari o illeciti, che vengono posti all'attenzione della nostra competenza giurisdizionale.

Il raccordo tra le diverse funzioni della Corte dei conti e il dialogo con le amministrazioni contribuisce ad assicurare l'uso corretto di quanto i cittadini versano per il funzionamento della pubblica organizzazione e dei pubblici servizi.

La funzione di controllo, anche in termini di prevenzione, è diretta a garantire, altresì, che i dettati delle norme e le scelte politiche in tema di gestioni pubbliche, che rivestono particolare importanza nella vita quotidiana dei cittadini e costituiscono un dovere nei confronti della collettività, siano puntualmente adempiuti dalle Amministrazioni, promuovendo la fiducia nel buon funzionamento delle istituzioni e rafforzandone la credibilità.

Il buon funzionamento delle amministrazioni e la garanzia di imparzialità vengono rafforzati da controlli efficienti, pur se condizionati da fenomeni quali il continuo mutare e proliferare di norme, che recano

incertezza agli amministratori, o lo *spoils system* che, operando sul breve termine, spezza la necessaria continuità dell'azione amministrativa.

A questi si aggiunga, inoltre, un generale fenomeno culturale di disfavore dell'opinione pubblica verso la pubblica amministrazione, che al contrario costituisce un bene prezioso per la comunità. Va restituita fiducia nella burocrazia. Ai cittadini va spiegato il ruolo vitale della pubblica amministrazione. La Corte dei conti auspica e opera attivamente per questo cambiamento culturale, che ha bisogno di risorse e di trasparenza.

La tradizionale attività di controllo, infatti, tende a ispirarsi al principio della concomitanza, nel senso di pervenire a pronunce tempestive circa le irregolarità gestionali o le deviazioni da obiettivi, procedure e tempi di attuazione degli interventi, e così consentire alle amministrazioni interessate di rimuovere con sollecitudine le criticità presenti, adottando le necessarie misure correttive, e di realizzare una più efficace ed efficiente utilizzazione delle risorse stanziare.

L'azione di controllo della Corte sulla regolarità dell'attività e la sua congruenza rispetto ai fini sociali ed economici della pubblica amministrazione rassicura i cittadini, compiendo quella svolta culturale che rappresenta ormai una scelta irrinunciabile nel porre la dirigenza in condizione di essere il motore del cambiamento dell'agire dell'amministrazione.

Rinnovo il mio plauso per l'utile iniziativa di oggi, confidando che questo momento di confronto sia davvero proficuo, e do la parola ai relatori di questa sessione con l'auspicio che i loro autorevoli contributi possano offrire nuove prospettive sulla materia e sui risvolti che essa indubbiamente ha sulla collettività.

BREVI RIFLESSIONI SUGLI ERRORI DELLA POLITICA E DELL'AMMINISTRAZIONE (NON SOLO) ITALIANA

di Filippo Salvia

Dopo il carnevale del Mercato con la M maiuscola infallibile produttore di meritocrazia e di eccellenze; dopo lo smontaggio scriteriato di interi pezzi della pubblica amministrazione quasi sempre in nome di una privatizzazione amicale; dopo l'abbandono di ogni forma di ordinarietà nella gestione della cosa pubblica (dall'assunzione del personale con la prassi generalizzata dei concorsi riservati a precari di lungo corso preselezionati dal sottobosco politico e spompatis in partenza da una lunga permanenza nelle sacrestie dello stesso sottobosco, alla cancellazione dai bilanci pubblici di tutti i livelli della Voce "manutenzione" dei beni pubblici, resi oggi quasi sempre inservibili dalla mancata manutenzione a pochi anni dalla loro realizzazione con gravissimi costi economici e sociali, che spiegano il progressivo ampliamento del *deficit* pubblico); dopo la martellante enfattizzazione di una managerialità di basso profilo basata essenzialmente sul "taglio di teste" e dei servizi più utili alla collettività, io credo che – dopo questo carnevale grottesco anticipato dalla penna corrosiva del grande Kafka – noi oggi ci troviamo di fronte a problemi ricostruttivi assai complessi e inediti perché coinvolgono non solo la pubblica amministrazione ma l'intero assetto sociale ed economico del Paese, nonché la gerarchia dei valori su cui lo stesso poggia.

Devo confessarvi che data la portata dei problemi sul tappeto io mi sento – forse anche per ragioni di anagrafe – del tutto inadeguato a dare dei contributi significativi al riguardo. Anche per questa ragione il mio intervento sarà brevissimo.

Esso prenderà spunto essenzialmente dalle riflessioni di un grande economista del secolo scorso (J. K. Galbraith). E in particolare da alcune considerazioni svolte negli ultimi due Saggi del medesimo dal sapore straordinariamente profetico "Cose viste" e "L'economia della truffa".

L'Autore parte da lontano: dal Capitalismo. Un' espressione – Egli dice – usata un tempo senza remore di sorta sia nel linguaggio politico

che in quello scientifico anche se con valutazioni e accenti molto diversi. È risaputo infatti che mentre, per alcuni, i sistemi capitalistici erano considerati all'origine di tutti i mali perché legittimavano lo sfruttamento dell'uomo sull'uomo; per altri invece – come ad es. per il nostro L. Einaudi, essi (con tutti i loro difetti) dovevano ritenersi comunque preferibili, per la loro maggiore duttilità, ai sistemi accentrati della pianificazione di stampo sovietico troppo rigidi per soddisfare la domanda flessibile di beni e servizi proveniente dal mondo reale.

Per queste ragioni per lungo tempo si andò alla ricerca affannosa delle c.d. “terze vie”. Tentativi complessi per cercare di conciliare i vantaggi del mercato con quelli del socialismo.

La nostra Costituzione può ritenersi frutto di uno di questi compromessi. Lo prova il fatto che mentre essa da un lato esplicita non senza enfasi che il fondamento della Repubblica italiana sta nel lavoro (Una Repubblica per l'appunto “fondata sul lavoro”), dall'altro riconosce con norme di stampo costituzionale valore non marginale alle libertà economiche e persino alla proprietà privata (il terribile diritto di cui talvolta si è parlato).

Questa situazione dualistica tipica delle moderne democrazie cambia però radicalmente negli anni '80 del secolo scorso con l'avvento delle politiche neoliberiste di Reagan e della Thatcher. Da questo momento in poi – annota ancora Galbraith – la parola capitalismo diverrà una sorta di tabù. Nessuno osa più pronunciarla, neppure la pensosa Accademia di Stoccolma e i premi Nobel di quella stagione.

Entra invece in scena il Mercato con la M maiuscola, presentato sia al grosso pubblico che all'Accademia non come un normale prodotto degli umani, come tale fallibile e all'occorrenza correggibile, ma come una sorta di *res sacra* da contemplare dai più; manipolabile per i propri usi – non lo si dice mai esplicitamente – solo da una ristrettissima casta sacerdotale che vive giorno e notte nel Tempio a salvaguardia dell'Arca posta all'interno del *sancta sanctorum*.

E allora, in nome del Dio mercato, in questi anni, non solo hanno perduto spessore gli interessi più rilevanti per la collettività (come ad es. la salute, l'ambiente, il lavoro, la dignità umana), ma si è creata anche una vera e propria Torre di Babele nell'uso dei linguaggi. Così ad es. è accaduto che *manager* disastrosi della sanità, usando l'accorgimento di bloccare l'attività ospedaliera e la relativa spesa sanitaria al 31 ottobre

dell'anno con gravissimi danni per i cittadini (specie i meno abbienti), abbiano ottenuto cospicui premi di rendimento, avendo dimostrato – carte alla mano – di aver conseguito l'obiettivo della riduzione della spesa rispetto all'anno precedente. Così, nella sgangherata amministrazione delle tre E, il disservizio, il cinismo e l'irresponsabilità sostanziale dei c.d. *manager* megagalattici di marca fantozziana possono diventare talvolta motivo di plauso e di ulteriore carico di spesa burocratica sulle spalle del contribuente. Lo stesso dicasi di talune eccellenze visive a gestione privata (come ad es. le numerose strutture ospedaliere di dubbia sostanza ma con l'apparenza di alberghi di *extra* lusso create col depauperamento delle risorse del Servizio sanitario nazionale).

Prima di concludere queste brevi riflessioni che partono dall'esperienza personale sul campo e dalle riflessioni di autori che dicono come stanno realmente le cose, vorrei precisare che l'anzidetta Babilonia nell'uso dei linguaggi – contrariamente a quanto ritengono i molti estrofili delle nostre contrade – ha superato ampiamente i sacri confini della Patria. Basti pensare al riguardo alla qualifica di “virtuosi” o ancor meglio di “frugali” attribuita con lettera pastorale *urbi et orbi* ai Paesi con i c.d. conti in ordine, ma che non esitano ad accogliere al loro interno e custodire gelosamente capitali di ogni genere a prescindere dalla loro provenienza. Un ordine quindi – se non erro – molto simile a quello che si realizza nelle variegate micro o macro-economie delle scommesse e di altre prelibatezze offerte dalla finanza dal denaro facile.

Per completare in termini realistici il quadro vorrei aggiungere infine che alcuni degli anzidetti Paesi “civili” “per definizione”, al fine di non lasciare nulla di improduttivo e non compromettere così la loro fama di una “frugalità operosa”, hanno pensato bene di trasformare talvolta i centri storici in enormi spazi espositivi di ragazze in vetrina a uso turistico a conferma definitiva della loro civiltà.

Ritornando allora a Galbraith e alle sempre attuali categorie gramsciane sulla egemonia di classe o culturale (che fa il bello e il cattivo tempo), appare chiaro da tutto l'insieme delle cose dette che i valori egemoni che reggono oggi il funzionamento dei sistemi delle c.d. società *post* industriali non sono quelli del lavoro (come proclama la nostra Costituzione) o quelli della frugalità (come proclamano molti *aedi* dei nostri tempi), ma quelli di un'economia basata sulla finanza o della truffa (come più pudicamente la chiama l'ispiratore di queste brevi note).

L'unico elemento positivo che riesco a intravedere nel buio della notte è l'affiorare di una luce (ancora per la verità molto tenue) che punta a una ricostruzione del sistema basata su una scala di valori diversa da quella del passato.

Si tratta di uno spiraglio di luce che vede misteriosamente emergere nei diversi campi talune individualità sconosciute o solitarie nel campo della politica, delle istituzioni, della scuola, della sanità, dell'informazione (con un limitatissimo gruppo di persone miracolosamente sfuggite al virus della omologazione), nel volontariato, nonché in una folla di anonimi dalla quale, specie negli ultimi tempi, emergono talvolta virtù eroiche impensabili. Spero che i nostri giovani, meno soggetti agli idoli della nostra generazione (mi riferisco, tra l'altro, al mito devastante delle grandi opere, emblematico quello ricorrente del Ponte sullo stretto di Messina, considerate acriticamente per lungo tempo come fattori di sviluppo, indipendentemente dalla loro concreta utilità e dal loro impatto sull'ambiente), possano contribuire a questo programma di rinnovamento. Penso ad es. che il prof. Celone di cui oggi proprio qui viene presentato un libro ricco di riflessioni e di riferimenti comparatistici abbia tutti i numeri per un impegno così ambizioso.

IL FALLIMENTO DELLA SEPARAZIONE TRA POLITICA
E AMMINISTRAZIONE E GLI SVILUPPI
DELLA FORMA DI GOVERNO

di Marco Mazzamuto

Nella qualità non di relatore, ma di mero presidente di una seduta del Convegno, mi limito a due brevi considerazioni.

La separazione tra politica e amministrazione, frutto delle riforme degli anni novanta, ha costituito un autentico fallimento. E la maggior riprova sta nel fatto che, nelle discussioni dedicate al tema, si avverte subito la sensazione di una infinita ripetizione tautologica del dover essere. Quante volte, in più di un ventennio, abbiamo sentito spiegare o abbiamo spiegato quali, appunto, dovrebbero essere i contenuti e la *ratio* di questa inattuata litania aziendalistica?

Certo è che se si intendeva garantire una maggiore indipendenza dei dirigenti si è ottenuto un risultato esattamente contrario, determinando anzi un arretramento rispetto al modello preesistente, informato al connubio compromissorio tra principio gerarchico e stabilità dirigenziale, tanto che, come si usava dire, i ministri passano, mentre la burocrazia resta. Questo è quanto si può ricavare in termini generali, nonostante, nell'irrazionalità degli esiti del sistema, si sono frammentariamente determinate anche situazioni nelle quali il conferimento di competenze esclusive dei dirigenti è sembrato produrre un eccesso di estromissione degli organi politici.

La ragione del fallimento non è difficile da individuare e sta tutta nell'aver voluto sovrapporre all'indipendenza come imparzialità l'indipendenza come efficienza gestionale, secondo il modello aziendalistico. L'incarico dirigenziale viene reso precario e scisso dal rapporto di lavoro, proprio perché è attraverso tale incarico che deve misurarsi il buon uso dell'autonomia gestionale concessa al dirigente, la sua *performance* manageriale. Sennonché, tutti i presupposti di questo schema, dalla formulazione di obiettivi, che devono andare al di là dei compiti istituzionali, alla presenza di indicatori di misurazione e alla valutazione o-

biettiva dei risultati, si sono rivelati delle pure astrazioni o, se si preferisce, dei meri adempimenti cartolari, sicché le vicende degli incarichi dirigenziali hanno finito sostanzialmente per cadere nelle mani dei politici e, in sede di tutela, nelle debolissime maglie del sindacato civilistico. Senza parlare poi della impalpabilità di una chiara partizione tra funzione politica d'indirizzo e funzione amministrativa, che pur si è voluto con troppa facilità mettere genericamente al centro del sistema, immemori delle gravi difficoltà che nella tradizione giuspubblicistica aveva già posto la distinzione tra "governo" e "amministrazione", come può, ad es., ricavarsi dal saggio del 1898 di Santi Romano su *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*.

Non vi è dubbio dunque che, a dispetto dei propositi dei riformatori, le innovazioni degli anni novanta si siano complessivamente tradotte in un maggiore asservimento della dirigenza alla politica, e se il progetto è fallito ciò deve anzitutto addebitarsi ad un difetto interno allo stesso modello propugnato. Né miglior sorti ha avuto l'auspicata "efficienza" amministrativa.

Ma ciò che, per certi versi, è ancor più sorprendente è che tali vicende, in una sorta di autoreferenzialità della riforma del 1993, non siano state messe in relazione, sul piano sistematico, con i nuovi sviluppi della forma governo o dei sistemi elettorali, che emergevano già chiaramente negli stessi anni, producendo anche conseguenze normative.

Il primato della governabilità e l'idea di una chiara imputazione della responsabilità di governo di fronte al popolo sovrano non potevano infatti non incidere sul rapporto con la dirigenza: quanto più prende corpo la responsabilità politica dei governanti, tanto più è necessario che la politica possa far pieno utilizzo della macchina burocratica, cioè del mezzo di attuazione delle politiche pubbliche promesse agli elettori.

Senza bisogno di una disamina analitica, è del tutto evidente che, al livello nazionale, la spinta crescente a introdurre misure variamente estese di *spoils system* abbia avuto origine nel convincimento che l'avvento del sistema maggioritario stesse effettivamente producendo, pur con qualche difficoltà, maggioranze e governi stabili.

Questa prospettiva era ancora più marcata, con un vero e proprio mutamento della forma di governo, nel caso dell'elezione diretta dei sindaci, cui seguirà anche quella dei presidenti delle regioni, dove l'imputazione della responsabilità politica, fissandosi su una sola perso-

na, diveniva ancor più appariscente. Basti al riguardo menzionare l'introduzione, negli enti locali, della figura del "direttore generale" o l'introduzione di elementi di fiduciarità nella scelta del segretario comunale.

Gli interventi per così dire "contenitivi" della prima giurisprudenza costituzionale, nel limitare riforme spinte oltre misura in direzione dello *spoils system*, sono apparse così troppo legate ad una strategia puramente difensiva della riforma del 1993, già in sé fallimentare, come se quest'ultima dovesse ritenersi in qualche misura costituzionalizzata.

Non vi è dubbio che il giudice delle leggi debba esercitare un controllo alla luce dei principi costituzionali, tra i quali, tra l'altro, è anche presente quello di imparzialità, unitamente a quello della selezione concorsuale dei dipendenti pubblici o a quello di una burocrazia che deve essere al servizio della Nazione, ma ci pare che sia stata una forzatura guardare a tali principi attraverso la lente della riforma del 1993.

Ma ciò che va soprattutto considerato è che queste problematiche sono invero ben più complesse, involgendo, come dicevamo, anche gli sviluppi della forma di governo. Anzi direi che questa rimane una variabile di importanza superiore, se è vero che una delle sfide più temibili dei nostri giorni consiste nel saper dare una risposta alla domanda di decisionismo governativo proveniente dal sistema globale, cercando al contempo di salvaguardare il più possibile le garanzie dello Stato di diritto e del principio democratico. In altre parole, i temi dell'organizzazione amministrativa esigono una riflessione sistematica di ben più ampio respiro rispetto all'ambito angusto nel quale la riforma del 1993 ci aveva confinati.

Non sorprende dunque che, da ultimo, la giurisprudenza costituzionale, al di là del dettaglio dei casi vagliati, sembri dar corso ad un qualche ripensamento degli orientamenti già espressi, né deve sorprendere che, condivisibili o meno, ci possano apparire difettose di analisi le critiche che di questa giurisprudenza troppo facilmente, e anche in questa sede, si sono svolte nel segno esclusivo di quella logica "difensiva" del sistema del 1993.

In definitiva, la riforma del 1993 ha soltanto prodotto danni, ivi compresa una qualche alterazione del quadro costituzionale dei principi, e insistere in questa direzione ci appare alquanto irragionevole. Tanto più che, per la gravità dei problemi che dovranno fronteggiarsi, si

tratta di un modello del tutto inadatto, sia perché, nel suo pratico funzionamento, non costituisce in sé stesso un vero presidio neanche per quella dose pur sempre necessaria di autonomia degli apparati burocratici, anzi, come si è visto, aggravando il problema, sia perché, nei suoi (solo) astratti principi, ha finito *ad abundantiam* per determinare una reazione ordinamentale sotto l'egida opposta dello *spoils system*. Il quadro che ne deriva è segnato così da un esito vistosamente eccessivo: i dirigenti sono oggi più che mai nelle mani della politica, o in applicazione del regime ordinario, solo apparentemente informato alla valorizzazione della loro autonomia, o per esplicita legittimazione, più o meno crescente, del principio di fiduciarità.

Se occorrerà, specie nel quadro delle pressioni provenienti dalla globalizzazione, garantire in qualche misura l'autonomia burocratica, come elemento che concorre strutturalmente allo Stato di diritto, sarà allora augurabile ripartire dalla tradizione, da quel connubio tra gerarchia e stabilità, che almeno di quella autonomia conteneva un nucleo certo e sperimentato.

E senza escludere che questa stessa tradizione possa, al contempo, restituire al concorso della politica quei frammenti di potere amministrativo che, per altro verso, è sembrato essere stati esageratamente rimessi alla "esclusiva" competenza dirigenziale.

LE MOLTE IMPLICAZIONI DEL RAPPORTO FRA POLITICA E AMMINISTRAZIONE*

di Giuseppe Verde

1. La pubblicazione del volume di Cristiano Celone su *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali* (Napoli, 2018) offre l'occasione per riflettere insieme su un tema che si colloca al crocevia dei complessi rapporti fra Cittadino e Pubblica Amministrazione.

L'Autore con la ricerca sulla responsabilità dirigenziale ci consegna un contributo chiaro ed esaustivo. La ricostruzione muove dalle riforme amministrative dei primi anni 90 (del passato secolo) ed abbraccia le problematiche che dottrina e giurisprudenza hanno evidenziato in riferimento al ruolo, alle funzioni e alla conseguente responsabilità della dirigenza pubblica. In questo senso la trattazione monografica assicura oggi un approdo utile e convincente che si apprezza favorevolmente per la completezza delle informazioni e per le tesi sostenute.

Il punto nodale dal quale l'Autore muove è certamente quello della distinzione fra Politica e Amministrazione. La scelta del dirigente e la sua responsabilità non possono prescindere dalla circostanza che il vertice politico di una istituzione riceve dai cittadini un mandato che – in linea teorica – dovrebbe far riferimento ad un programma da realizzare entro un arco temporale trascorso il quale si procederà ad una nuova competizione elettorale. In questo circuito la responsabilità politica dovrebbe assicurare al cittadino elettore la possibilità di sanzionare il mancato raggiungimento degli obiettivi per come un tempo esposti nel programma di governo.

Si tratta di un profilo che prende campo per prima in riferimento all'ordinamento degli Enti locali rivitalizzato dall'elezione diretta del Sindaco e dell'allora Presidente della Provincia. Nel 1993 con il d.lgs. n. 29 la separazione fra Politica e Amministrazione assume un ruolo cen-

* Riflessioni a margine del volume di Cristiano Celone su *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018.

trale in riferimento ad una riforma strutturale posta in essere nella logica di avvicinare l'esperienza italiana alle esigenze imposte da un incalzante processo di integrazione europea. Anche gli ordinamenti regionali hanno poi recepito i principi di cui al d.lgs. n. 29 del 1993, dovendosi qui rammentare una distinzione fra la delega legislativa e il successivo d.lgs. n. 29, anche ai fini dell'implementazione della riforma in questione negli ordinamenti delle regioni ordinarie e nei territori dotati di un'autonomia differenziata.

Sulla "matrice" normativa del 1993 si sono innestate riforme volute dallo Stato e dalle Regioni che hanno provato ad adeguare la dirigenza pubblica a nuove esigenze e a nuovi obiettivi.

La dirigenza diviene in questo contesto lo strumento operativo di cui la Politica si serve per provare a rispettare gli impegni assunti con gli elettori. È chiaro quindi che il dirigente dovrà contribuire alla realizzazione del programma politico ricevendo un'indicazione precisa di obiettivi da raggiungere entro un arco temporale definito con contestuale assegnazione delle risorse necessarie.

2. La relazione di Fabrizio Fracchia e Pasquale Pantalone si colloca lungo il solco di quanto appena esposto e, sviluppando gli spunti presenti nel volume di Cristiano Celone, condivide l'impostazione di fondo che mira a ricondurre il tema della responsabilità dirigenziale alla responsabilità contrattuale, non mancando di sottolineare le implicazioni che scaturiscono da tale condivisibile impostazione. Fra le osservazioni critiche contenute nella prima relazione meritano un richiamo i passaggi in cui gli autori si soffermano sul delicato ruolo dei cittadini – controllori che, abbandonato il campo della responsabilità politica generale legata al circuito della rappresentanza politica, ora attiene alla valutazione in concreto delle attività poste in essere dal dirigente. È questo il campo nel quale le prassi denotano un certo allontanamento dalle previsioni originarie delle citate riforme amministrative, la cui effettiva incidenza passa dal reale rispetto dei ruoli di Politica e Amministrazione. Genericità degli obiettivi, evanescenza dei criteri di valutazione, difficoltà di misurazione della *performance* in termini sostanziali, lasciano intendere che la strada da percorrere è ancora lunga e confermano la bontà dell'intuizione di Cristiano Celone di voler concentrare i suoi studi su un tema di costante attualità.

3. Il contributo di Marcella Gola ha il pregio di offrire al lettore una ricostruzione che evidenzia le modalità attraverso le quali il tema della responsabilità dirigenziale si è imposto all'attenzione degli studiosi. Meritano un richiamo alcune "parole" intorno alle quali la Gola sviluppa le sue considerazioni: legalità, trasparenza e *performance*.

Non va dimenticato che mentre l'indirizzo politico dei governanti è libero nel definire gli obiettivi da perseguire nel rispetto di quanto disposto dalla Costituzione, la dirigenza svolge le sue attività in osservanza di quanto previsto dalla legge. In questo contesto la tipicità dei provvedimenti amministrativi, la regolamentazione dello svolgimento dell'azione amministrativa a quanto disposto dal legislatore rappresentano elementi che caratterizzano profondamente la responsabilità dirigenziale.

Sullo sfondo della responsabilità dirigenziale si colloca il tema della trasparenza che al momento non incide sulla valutazione dell'azione del dirigente, che resta esclusa dal controllo diffuso affidato ai cittadini.

In questo contesto diviene decisivo il sistema di misurazione delle performances dei dirigenti al quale dovrebbe essere ancorata la responsabilità dirigenziale. Gli interventi normativi che hanno inteso valorizzare la valutazione attraverso la previsione di Organismi interni di valutazione attenti al ciclo della performance denotano un approccio aziendalistico che mal si adatta alla struttura della nostra PA e concorre a definire un'amministrazione "difensiva" che teme di sbagliare.

I punti che restano però sotto i riflettori della dottrina e della giurisprudenza sono quelli della definizione precisa degli obiettivi e il necessario aggiustamento degli strumenti di valutazione.

4. Il tema della valutazione della dirigenza coinvolge la responsabilità del dirigente e l'eventualità che lo stesso sia privato dell'incarico un tempo assegnatogli. Il binomio valutazione/responsabilità ha uno sbocco nell'istituto dello *spoils system* che Stefano Battini nella sua relazione tratteggia muovendo dall'esperienza nord americana fino ai più recenti approdi cui è pervenuta la giurisprudenza costituzionale. Tra i tanti spunti del contributo ora in esame ve ne sono alcuni che meritano un cenno. L'Autore ci ricorda che il tema dello *spoils system* rinviene la sua ragion d'essere in diverse disposizioni costituzionali che costituiscono la cornice entro la quale si giustifica la rimozione di un funzionario di carriera, reclutato attraverso un concorso pubblico,

dall'incarico fiduciario ricevuto (artt. 94, 95, 97, 28 e 3 della Costituzione).

Da qui il rapporto fra incarico fiduciario e responsabilità dirigenziale (*accountability*) che può assumere due prospettive diverse: quella della complementarietà e quella della contraddittorietà. La giurisprudenza costituzionale ha preso posizione sulle due prospettive e nella ricostruzione dell'Autore si sottolinea la prevalenza della logica della complementarietà avvalorata da alcune sentenze della Corte costituzionale del 2019 (nn. 20 e 23). In questa dialettica sembra consolidarsi il rapporto fra incarico fiduciario e *accountability* così da ammettere il ricorso allo *spoils system* per tutti gli incarichi apicali affidati dal vertice politico. Gli incarichi non apicali rappresentano, così, un'eccezione e la responsabilità dirigenziale, fortemente caratterizzata dall'incarico fiduciario, "punisce gli errori o le colpe, non premia per i risultati conseguiti".

5. La relazione di Roberto Cavallo Perin riporta il discorso fin qui svolto ad una dimensione di maggiore concretezza in ragione della necessità di definire in termini tendenzialmente certi l'ambito di competenza riservato alla gestione amministrativa. La dirigenza degli enti locali prima e la riforma definita con il d.lgs. n. 29 del 1993 impongono di accertare quali atti nel concreto possano essere ricondotti alla sfera gestionale e quali invece restano assorbiti dalle scelte politiche. In questo senso riaffiora con tutto il suo fascino concettuale la categoria degli atti di governo la cui definizione dovrebbe consentire di pervenire con maggiore precisione alla definizione di tutte le attività amministrative connesse con la dimensione gestionale.

6. Può un dirigente pubblico ritenersi responsabile se la politica non gli ha assegnato le risorse economiche necessarie per raggiungere gli obiettivi prefissati? Questa mi sembra la domanda di fondo che alimenta le considerazioni svolte da Salvatore Cimini. Le modifiche costituzionali del 2012, che hanno riguardato gli articoli 81 e 97 della Costituzione, vincolano primariamente il legislatore che dovrà ad essi prestare ossequio nel rispetto poi dei vincoli europei e delle regole del *Fiscal Compact*.

L'Autore sottolinea la correttezza delle conclusioni cui perviene Cristiano Celone nel suo volume, allorquando sostiene che non possa farsi valere la responsabilità dirigenziale in assenza di provvedimenti con i

quali sono assegnati ai dirigenti le risorse necessarie per raggiungere gli obiettivi prefissati.

La novella costituzionale ha così definito “un nuovo statuto costituzionale della pubblica amministrazione”, in quanto si sostiene che oggi sarebbe stato costituzionalizzato il principio di “economicità” di cui alla legge n. 241 del 1990, principio che, però, non può essere inteso come fonte legittimante un’amministrazione che agisce solo per ridurre i costi.

Al contrario, l’economicità deve essere richiamata solo ai fini della valutazione della performance del dirigente. In questo senso appare convincente il richiamo ad altri principi costituzionali che impongono il rispetto dei diritti sociali previsti dalla Costituzione.

Nel futuro si vedrà se l’economicità (per come sopra intesa) avrà uno sbocco concreto nella giurisprudenza della Corte dei Conti nella quale già si colgono più spunti volti ad evidenziare il nesso tra la dimensione del danno erariale e la corretta gestione economica delle risorse pubbliche.

7. La prospettiva del pareggio di bilancio pone il problema di definire il rapporto fra risorse pubbliche e tutela dei diritti dei cittadini. È noto che i diritti hanno un costo e le politiche di bilancio possono incidere sulla determinazione delle prestazioni che la PA è tenuta ad assolvere nei confronti dei cittadini. Muovendo da tali premesse Alberto Zito affronta il ruolo della nuova dirigenza e delle conseguenti responsabilità rammentando a noi tutti che esiste una sfera incompressibile di aspirazioni che anima i diritti costituzionalmente garantiti e le politiche di riforma, se orientate al solo contenimento dei costi, corrono il rischio di incidere su di essa. Nel contributo ora in esame si critica la ricostruzione di chi ritiene che i diritti sociali sarebbero da considerare come diritti “costitutivamente” condizionati dai vincoli di bilancio e quindi dalle risorse che la decisione di bilancio ad essi assegna. In questa prospettiva l’equilibrio o il pareggio di bilancio sono principi in grado di ridurre gli ambiti di tutela coperti dai diritti sociali fino a vanificare la portata normativa delle disposizioni costituzionali. Muovendo dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale Alberto Zito propone una tesi convincente: i diritti sociali condizionano la decisione politica sul bilancio e impongono al Parlamento e al Governo di apprestare le risorse necessarie per assicurare piena tutela alla dignità della persona.

8. Conclusivamente, il libro di Cristiano Celone ha certamente il pregio di aver sollecitato noi tutti a prendere posizione sul tema della dirigenza pubblica che nel futuro sarà il fulcro intorno al quale ruoterà la PA. La cura dell'Autore nel ricostruire gli orientamenti dottrinali e gli approdi giurisprudenziali, sorregge metodologicamente un contributo nel quale via via maturano tesi convincenti.

Non è dato conoscere al momento quale fisionomia è destinata ad assumere l'Amministrazione pubblica dopo le vicende che hanno travolto nel corso di quest'anno il nostro Paese. Indipendentemente da ciò, chi si cimenterà sugli effetti prodotti dal susseguirsi di diversi decreti – legge (“Rilancio”, “Sblocca Italia”, ecc.), potrà fare affidamento su una ricostruzione scientifica utile e interessante. Per questo siamo grati a Cristiano Celone.

ATTI DI INDIRIZZO POLITICO E ATTIVITÀ DI GESTIONE
TRA SPOILS SYSTEM E DIFETTO ASSOLUTO
DI GIURISDIZIONE

di Roberto Cavallo Perin

1. Il tema di oggi riporta l'attenzione sull'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e sui principi e criteri direttivi che la legge statale¹ ha espresso in materia di uffici, di dirigenza pubblica e di rapporto con la politica che la Costituzione ha ad essa demandato come riserva relativa (art. 97, co. 2°).

La distinzione fra organi di governo e organi di gestione, che si è imposta nella pubblica amministrazione già dagli anni '90, nell'impresa invece è stata declinata come separazione tra proprietà e gestione sin dal 1932 in USA, portando alla scissione concettuale tra legittimazione per rappresentanza degli interessi dei proprietari di azioni e legittimazione per le capacità professionali di coloro che provvedono alla gestione, di cui assumono la responsabilità. In entrambi i casi si tratta di legittimazioni che debbono convivere nello stesso ente.

Nella pubblica amministrazione vi sono varie composizioni degli organi di governo, ma tutti traggono legittimazione dalla rappresentanza diretta o indiretta di una popolazione o comunità, al fine di definire i bisogni sociali; ai dirigenti spetta invece il compito di darvi

¹ Sul riparto di competenza legislativa Stato/Regioni in tema di impiego pubblico, fra le molte: Corte cost., 12 aprile 2017, n. 72; sull'orario di lavoro vedi anche Corte cost., 10 novembre 2017, n. 234; Corte cost. 2 novembre 2017, n. 231; Corte cost., 12 aprile 2017, n. 73; Corte cost., 7 luglio 2015, n. 180; Corte cost., 15 maggio 2014, n. 126; Corte cost., 31 gennaio 2014, n. 17; Corte cost., 4 dicembre 2013, n. 286; Corte cost., 19 luglio 2013, n. 225. In dottrina: B. GAGLIARDI, *Amministrazione regionale e pubblico impiego*, in M. DOGLIANI, J. LUTHER, A. POGGI (a cura di), *Lineamenti di Diritto Costituzionale della Regione Piemonte*, Torino, 2018, 277 ss.; F. GHERA, *Pubblico impiego regionale e ordinamento civile*, in *Giur. cost.*, 2010, 4111 ss.; A. PIOGGIA, *Le fonti del rapporto di lavoro privato alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *Ius Publicum Network Review*, 2011, n. 1/Speciale, www.ius-publicum.com; A. TROJSI, *L'impiego regionale: fonti e spazi di competenza legislativa delle Regioni*, in *Istituz. Fed.*, 2009, 819 ss.

concreta ed effettiva soddisfazione, preservando al tempo stesso l'organizzazione.

Anche nell'impresa si ha la rappresentanza dei soci come "proprietà" sociale, il cui carattere esclusivamente o prevalentemente patrimoniale non dovrebbe tollerare deviazioni dalla causa sociale (art. 2247, cod. civ.). Nell'industria si è studiato l'utilizzo di materiali "duri", scelti per resistere al logorio del lavoro cui sono destinati, di cui si è data una classificazione utile a risolvere il problema nel caso in cui più materiali duri debbano essere utilizzati insieme. Due sono le soluzioni: ci si affida al logorio che muta anche in ragione dell'intensità d'uso della macchina, oppure si stabilisce prima di interporre un materiale più morbido, che ha la proprietà di consumarsi più celermente, decidendo così *ex ante* ciò che è destinato alla sostituzione.

È ciò che dice la Corte costituzionale sullo *spoils system*²: tra due legittimazioni s'individua un ruolo caduco, che si interpone come anello di congiunzione tra politica e gestione. Si tratta dunque di un'applicazione al nostro campo di un principio generale, sennonché nel diritto amministrativo sono mancate quelle analisi d'organizzazione capaci di predefinire con attenzione in che punto vada individuato il ruolo caduco.

Una volta posta in via generale la distinzione tra atti di indirizzo e atti di gestione, non ci si è curati di definire in legge, per ciascun tipo d'amministrazione, il ruolo che deve cadere ad ogni cambio di governo, affinché non si logorino causalmente l'uno o entrambi gli esponenti delle due legittimazioni, che dell'amministrazione sono elementi costitutivi (art. 95 e art. 97, co. 2°, Cost.).

Valga l'esempio dei segretari comunali di cui la Corte ha colto l'evoluzione verso un ruolo caduco³, che invece è stato negato per i diri-

² Per tutti si vedano i contributi di: S. BATTINI, *Responsabilità dirigenziale e spoils system: complementarità o contraddizione?*, in questo volume; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, 183 ss.; G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, Bologna, 2012, 193 ss.; F. MERLONI, *L'autonomia professionale della dirigenza pubblica*, *ivi*, 135 ss.

³ Corte cost., 22 febbraio 2019, n. 23.

genti ministeriali e comunali⁴, per i direttori generali delle aziende sanitarie⁵, o per i componenti dei collegi sindacali delle aziende sanitarie medesime⁶.

2. Si è così lasciato alla giurisdizione l'onere di individuare il punto di congiunzione destinato a cadere per ciascun tipo di ente, anche a causa dell'insufficiente analisi della scienza giuridica sull'*organizzazione* che avrebbero potuto fare emergere la diversa struttura di ciascun tipo di istituzione, dunque il giusto raccordo tra i due momenti di legittimazione: quello di governo e quello di gestione, sapendo che ciò che conta non è la rappresentazione astratta delle relazioni tra legittimazioni, ma ciò che storicamente un'istituzione – per i suoi caratteri – è capace di delineare nell'amministrare pubblico come continuità (amministrazione-gestione) o discontinuità (amministrazione-politica).

Occorre dunque riconoscere che a fondamento delle sentenze della Corte c'è un principio istituzionale che prende atto delle due differenti legittimazioni⁷, che non sempre “vanno d'accordo”, sicché per ciascuna istituzione va individuato il logorio accettabile e il punto di caduta dell'*anello sacrificale*, con atti di macro organizzazione, non importa ora se con forma legislativa o amministrativa.

Normalmente le due legittimazioni vanno d'accordo perché procedono in sincrono: l'indirizzo politico è di gestione dell'esistente e la gestione è quella di *routine* che è essenzialmente conservativa.

⁴ Cass., sez. lav., 5 maggio 2017, n. 11015; Corte cost., 25 luglio 2011, n. 246; Corte cost., 11 aprile 2011, n. 124; Corte cost., 23 novembre 2011, n. 310; Corte cost., 24 febbraio 2010, n. 81; Corte cost., 20 maggio 2008, n. 161.

⁵ Corte cost., 22 luglio 2011, n. 228; Corte cost., 24 giugno 2010, n. 224; Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 34; Corte cost., 24 ottobre 2008, n. 351; Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233.

⁶ Corte cost., 28 novembre 2008, n. 390.

⁷ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922-1956), trad. it. *Economia e società*, Milano, 1980, vol. IV, 147 ss. Sulla professionalità come elemento caratterizzante la dirigenza pubblica si consenta inoltre il rinvio a R. CAVALLO PERIN – B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 322 ss.; B. GAGLIARDI, “Al servizio dell'integrazione”: il funzionario pubblico europeo, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA (a cura di), vol. I - *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Studi, 2016, 555 ss.

Collidono invece anzitutto quando l'indirizzo politico è – di necessità o per scelta – innovativo, sicché prova a sospingere la dirigenza e in genere l'organizzazione burocratica a trovare nuove soluzioni ai problemi talora irrisolti da anni, o la cui soluzione non ha abbastanza tenuto conto dell'interesse generale.

Collidono del pari quando il livello gestionale comprende che la politica è così debole nel suo consenso con gli amministrati che deve spingerla a patrocinare l'innovazione, proponendo soluzioni organizzative radicalmente diverse che obbligano il livello di governo a fare proprie soluzioni che sono state elaborate dalla filosofia, dal diritto, dalla medicina, dall'ingegneria e dall'informatica.

3. La distinzione tra funzioni di indirizzo e gestione – posta sin dalla legge sulle autonomie locali (art. 51, l. n. 142 del 1990) e poi generalizzata dalla riforma sulla privatizzazione nel pubblico impiego (d.lgs. n. 29 del 1993)⁸ – non ha trovato una corrispondenza nella definizione degli atti che ne costituiscono espressione. Certo conosciamo la tipologia degli atti che spettano ai dirigenti, non foss'altro perché sono gli atti tipici di conclusione della maggior parte dei procedimenti. Non altrettanto si può dire per l'esercizio dei poteri di indirizzo, che sono per lo più impliciti e non trovano una formalizzazione nel procedimento, fatti salvi i piani e programmi indicati dalle leggi che non esauriscono la manifestazione dell'indirizzo politico.

La mancanza nel procedimento di un atto di indirizzo espresso formalmente non ha favorito la separazione delle responsabilità in ragione delle rispettive legittimazioni di indirizzo e di gestione. Rispetto all'assetto preesistente vi è tuttavia un'essenziale e rilevante differenza: la politica è normalmente liberata dalla responsabilità giuridica per gli atti di gestione (salvo poche ipotesi marginali) provocando un effetto di sistema indesiderato.

Non solo si nega effettività al principio astrattamente definito in

⁸ Oggi recepita nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, artt. 4-14. Da ultimo si vedano F. MERLONI, *L'autonomia professionale della dirigenza pubblica*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, cit., 163 ss.; S. BATTINI, *La separazione tra politica e amministrazione in Italia: ieri, oggi e domani*, *ivi*, 193 ss.; ID., *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 39 ss.

legge di una distinzione tra indirizzo e gestione, ma i dirigenti si sentono lasciati soli ad affrontare le responsabilità formali di gestione, ingenerando una amministrazione difensiva che contribuisce non poco alla crisi istituzionale cui stiamo assistendo.

4. Nell'ottocento la classificazione dell'atto politico come insindacabile dava protezione delle grandi scelte d'amministrazione, negando un sindacato giurisdizionale del Consiglio di Stato, *a fortiori* del giudice civile e penale e della Corte dei conti, affermando così una categoria di atti in cui venivano contenute scelte d'opportunità o di merito, in cui la regola giuridica d'azione è assente.

Trattasi degli stessi caratteri che oggi definiscono l'atto d'indirizzo politico, cioè gli atti in cui sono contenute le scelte di merito, che perciò sono insindacabili avanti al giudice amministrativo, civile, contabile e penale⁹.

Se si vuole ridare un senso alla distinzione tra funzione di indirizzo e di gestione, occorre dare dunque spazio concettuale e concreto ad una categoria di atti di indirizzo politico, che sono tali perché contengono scelte su cui l'ordinamento ha definito il difetto assoluto di giurisdizione.

⁹ Cfr. d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 7. In tema P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. IV, 1959, 220 ss.; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961; da ultimo V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2019, 1825 ss.; D. MESSINEO, *Atti politici, stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2013, 717 ss.; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, *ivi*, 2012, 329 ss.

RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE E *SPOILS SYSTEM*: COMPLEMENTARITÀ O CONTRADDIZIONE?

di Stefano Battini

SOMMARIO: 1. I termini della relazione. – 2. Il rapporto fra i due termini: la prospettiva della complementarità. – 3. Il rapporto fra i due termini: la prospettiva della contraddittorietà. – 4. La prevalenza della prospettiva della contraddittorietà nella giurisprudenza costituzionale dal 2007 al 2019: lo svuotamento della categoria degli apicali. – 5. La prevalenza della prospettiva della complementarità nella giurisprudenza costituzionale del 2019: il ripopolamento della categoria degli apicali. – 6. Complementarità o contraddittorietà fra *accountability* e fiducia? Un nodo ancora irrisolto.

1. I termini della relazione

Questo scritto intende riflettere sul rapporto fra responsabilità dirigenziale, da un lato, e *spoils system*, dall'altro. Prima di procedere, è utile brevemente precisare il significato che ai due termini del rapporto sarà attribuito.

Secondo Zachary Taylor, che fu presidente USA tra il 1849 e il 1850, cioè nel periodo di massimo fulgore dello *spoils system* nord-americano, esistevano solo due categorie di persone: quelli che cercavano l'oro all'Ovest e quelli che cercavano un impiego pubblico a Washington¹. Lo *spoils system* italiano di oggi è molto diverso da quello cui si riferiva Taylor. Come è noto, riguarda l'incarico, non il rapporto di lavoro, che invece si costituisce per concorso ed è connotato da stabilità. Tuttavia, anche se riferito all'incarico, lo *spoils system* italiano è espressione di una concezione secondo la quale la permanenza di un funzionario amministrativo in una determinata posizione organizzativa è subordinata alla permanenza di una relazione fiduciaria con il vertice politico che l'ha nominato. Per questo, al mutamento del titolare dell'organo politico, si determina automaticamente la cessazione del titola-

¹ Traggio la citazione da M. BOGDANOW and T. LANPHEAR, *History of the Merit Systems Protection Board*, in *Journal of the Federal Circuit Historical Society*, vol. 4, 2010, 109.

re della posizione amministrativa. Dunque, qui si intenderà lo *spoils system* come la manifestazione tipica di un fenomeno più ampio, cioè quello della pretesa relazione fiduciaria fra politica e amministrazione.

La responsabilità dirigenziale, in Italia, è una forma di *accountability* per i risultati dell'azione amministrativa, in rapporto agli obiettivi prefissati, affermatasi in conseguenza dell'introduzione del principio di distinzione funzionale fra politica e amministrazione². Fino a quel momento, l'art. 95 Cost. è stato interpretato in termini di necessaria coincidenza fra poteri del ministro e poteri del ministero: se il primo risponde degli atti del secondo, deve anche poterli adottare. Tale interpretazione dequodava l'art. 97, c. 3, Cost., che impone la determinazione di "responsabilità proprie dei funzionari", riferendosi non già alle forme di *liability* di cui all'art. 28 Cost., ma, come ha chiarito Cassatella in un recente contributo, alla "responsabilità funzionale *ex ante*" dei funzionari, che indica il loro potere di assumere decisioni, prima ancora che il dovere di rispondere di esse³. L'art. 97, c. 3, Cost., ha conosciuto effettiva attuazione, a partire dagli anni '90, con il principio di distinzione fra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione amministrativa, queste ultime riservate alla dirigenza. Ciò ha dunque posto il problema della *accountability* della dirigenza per i risultati dell'esercizio delle funzioni di gestione. Qui si intenderà dunque l'espressione responsabilità dirigenziale per riferirsi, al di là della specifica disciplina legislativa che essa ha ricevuto, alla *accountability* della dirigenza per i risultati dell'azione amministrativa.

2. Il rapporto fra i due termini: la prospettiva della complementarità

Il tema del rapporto fra *accountability* della dirigenza per i risultati dell'azione amministrativa, da un lato, e fiducia fra politica e ammini-

² Sul tema resta fondamentale L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000. Più di recente, sia consentito il rinvio a S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1 del 2015, 53-67. Da ultimo si veda C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale fra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018.

³ A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e questioni*, in *Diritto Amministrativo*, 2018, 677.

strazione, dall'altro, è complesso, perché di tale relazione sono state fornite letture, anche sul piano costituzionale, non solo divergenti, ma addirittura contrapposte. Secondo una prima concezione, fiduciarità e *accountability* del dirigente pubblico vengono considerati come termini complementari: l'*accountability* del dirigente per i risultati dell'azione amministrativa richiede il vincolo fiduciario con la politica. Secondo una diversa, e appunto contrapposta, concezione, quegli stessi elementi sono invece contraddittori e alternativi: la presenza di un vincolo fiduciario con la politica contraddice l'affermazione di una *accountability* della dirigenza per i risultati dell'azione amministrativa⁴.

Partiamo dalla prima concezione. Come detto, l'art. 95 Cost. veniva tradizionalmente interpretato nel senso della tendenziale concentrazione in capo al vertice politico sia del potere di adottare gli atti amministrativi, sia del dovere di rendere conto dei risultati conseguiti attraverso l'esercizio di tale potere. La responsabilità politica del vertice dell'amministrazione era dunque l'unica forma di *accountability* per l'azione amministrativa. E il meccanismo di attivazione di tale responsabilità politica, come noto, è rappresentato dal vincolo fiduciario previsto dall'art. 94 Cost. La mozione di sfiducia del Parlamento, verso il governo o verso il singolo ministro, è lo strumento che attiva la responsabilità politica in caso di risultati negativi conseguiti dagli apparati amministrativi, al cui vertice è posto un membro del corpo politico. Vi è dunque un rapporto di complementarità, quasi di corrispondenza biunivoca, fra fiducia e responsabilità per l'azione amministrativa.

Lo ha chiarito in termini inequivoci la Corte Costituzionale nel noto "caso Mancuso": "*nella forma di governo parlamentare, la relazione fra governo e parlamento si snoda secondo uno schema nel quale là dove esiste indirizzo politico esiste responsabilità ... e là dove esiste responsabilità non può non esistere rapporto fiduciario*"⁵.

Ebbene, nel momento in cui il potere di adottare gli atti amministrativi viene trasferito dal vertice politico alla dirigenza amministrativa, è

⁴ Di recente, sul tema, si vedano le ricostruzioni di A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018, specie 59 ss., nonché E. N. FRAGALE, *La distinzione tra politica e amministrazione: un modello da perfezionare?*, in *Diritto pubblico*, 2018, 851. Si veda anche B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Santarcangelo di Romagna, 2012.

⁵ Corte cost., 18 gennaio 1996, n. 7.

parso a molti coerente con il sistema costituzionale e con il principio democratico includere i dirigenti nel circuito fiduciario che collega elettori, parlamento e governo. Lo strumento per rendere *accountable* il dirigente verso il governo non può che essere quello stesso strumento previsto dalla Costituzione per rendere *accountable* il governo verso il parlamento. Anche per i dirigenti, potrebbe dirsi che *dove esiste (attuazione del) indirizzo politico esiste responsabilità e dove esiste responsabilità non può non esistere rapporto fiduciario*.

Questa concezione è alla base della logica compensatoria che ha ispirato l'introduzione legislativa di meccanismi di *spoils system*: se le funzioni di attuazione dell'indirizzo politico sono trasferite alla dirigenza, allora quest'ultima deve essere collegata fiduciarmente al vertice politico.

Essa è anche alla base di un indirizzo interpretativo della Corte costituzionale, che ha ammesso la legittimità costituzionale dello *spoils system* per gli incarichi dirigenziali apicali, conferiti dall'organo politico a soggetti individuati *intuitu personae*, in ragione dell'esigenza di "rafforzare la coesione tra l'organo politico regionale (che indica le linee generali dell'azione amministrativa e conferisce gli incarichi in esame) e gli organi di vertice dell'apparato burocratico (ai quali tali incarichi sono conferiti ed ai quali compete di attuare il programma indicato), per consentire il buon andamento dell'attività di direzione dell'ente (art. 97, Cost.)". Questo schema, invece, non si applica agli incarichi dirigenziali "non conferiti direttamente dal vertice politico e quindi non legati ad esso dallo stesso grado di contiguità che connota gli incarichi apicali"⁶.

Dunque, questo indirizzo interpretativo della Corte Costituzionale riconosce l'esigenza di una coesione fra politica e amministrazione, che può esprimersi in termini di vincolo fiduciario fra vertice politico e vertice amministrativo. Questo vincolo si stabilisce attraverso la nomina politica *intuitu personae*, che è anche ciò che qualifica l'incarico dirigenziale in termini di apicalità. La fiducia fra politica e amministrazione non è solo compatibile con la Costituzione, ma quasi richiesta dall'art. 97 Cost., proprio come strumento per rendere la dirigenza più responsabile – *accountable* – per l'attuazione dei programmi definiti dal corpo politico.

⁶ Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233.

3. Il rapporto fra i due termini: la prospettiva della contraddittorietà

La seconda concezione muove da una semplice e fondamentale obiezione a questo schema. Il rapporto fra dirigenza e governo non può ispirarsi a quello fra governo e parlamento perché la Costituzione impone espressamente il contrario. Se l'art. 94 richiede la fiducia fra governo e parlamento, l'art. 98 Cost., ponendo il funzionario *al servizio della Nazione*, anziché del governo, mira proprio ad escludere quel collegamento fiduciario. E del resto la Costituzione esclude anche che il vincolo fiduciario fra governo e funzionari possa instaurarsi con l'atto di nomina: quando la Costituzione si occupa della nomina dei funzionari amministrativi, lo fa per attribuirne il potere, con l'intermediazione del legislatore, al Presidente della Repubblica, sempre nella prospettiva di sottolineare il collegamento non già con il governo, bensì con chi "*rapresenta l'unità nazionale*".

Se si muove da questa prospettiva, è chiaro che il trasferimento delle funzioni alla dirigenza amministrativa impone certamente una forma di *accountability* propria della dirigenza, ma impedisce che tale responsabilità si configuri secondo lo schema fiduciario. La responsabilità dirigenziale rientra nel genere della *accountability*, come la responsabilità politica. Ma costituisce necessariamente una specie diversa di quel genere, perché deve essere attivata in base a meccanismi oggettivi e trasparenti, non già in virtù di valutazioni insindacabili dell'organo politico.

Questa prospettiva ha in effetti ispirato la disciplina legislativa della responsabilità dirigenziale, che prevede la misura della rimozione dall'incarico dirigenziale solo in caso di accertamento oggettivo, secondo procedure di valutazione della *performance* predefinite, del mancato raggiungimento degli obiettivi.

Essa ha anche ispirato un indirizzo interpretativo della Corte costituzionale contrapposto a quello del 2006, inaugurato nel 2007 e, successivamente, affinato e precisato. La Corte, come è noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dello *spoils system* affermando, fra l'altro: che "*la revoca delle funzioni legittimamente conferite ai dirigenti... può essere conseguenza soltanto di una accertata responsabilità dirigenziale in presenza di determinati presupposti e all'esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato*"; che è necessaria "*la presenza di un*

*momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti, nell'ambito del quale ... l'amministrazione esterne le ragioni ... per le quali ritenga di non consentirne la prosecuzione sino alla scadenza contrattualmente prevista; che è necessario "un atto motivato che, a prescindere dalla sua natura giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato, consenta comunque un controllo giurisdizionale"; che occorre garantire "attraverso la esternazione delle ragioni che stanno alla base della determinazione assunta dall'organo politico, scelte trasparenti e verificabili, in grado di consentire la prosecuzione dell'attività gestoria in ossequio al precetto costituzionale della imparzialità dell'azione amministrativa"*⁷.

Secondo questa prospettiva, la responsabilità dirigenziale si contrappone alla relazione fiduciaria fra politica e amministrazione e dunque allo *spoils system*. Essa è l'unica forma di *accountability* della dirigenza amministrativa coerente con il dettato costituzionale, in quanto ancora la rimozione dalla funzione ad accertamenti oggettivi, a procedure trasparenti, a scelte esterne, motivate e sindacabili. All'opposto di quanto affermato dalla sentenza Mancuso per la responsabilità politica, si potrebbe dire che "là dove esiste responsabilità dirigenziale non può esistere rapporto fiduciario". E corrispettivamente, dove esiste rapporto fiduciario, non può esistere responsabilità dirigenziale, come infatti è stato sperimentato nell'ordinamento italiano. La responsabilità dirigenziale è rimasta lettera morta per diverse ragioni, fra cui primeggia quella della instaurazione di un vincolo fiduciario fra politica e amministrazione: se il vertice politico può rimuovere il dirigente mediante automatismi, scelte implicite, valutazioni insindacabili, non vi è alcuna necessità di ricorrere alle forme trasparenti e verificabili proprie della responsabilità dirigenziale.

4. La prevalenza della prospettiva della contraddittorietà nella giurisprudenza costituzionale dal 2007 al 2019: lo svuotamento della categoria degli apicali

A partire dal 2007, e fino al 2019, questo orientamento della Corte costituzionale è divenuto prevalente ed è stato sviluppato e alimentato

⁷ Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103.

da numerose pronunce successive. Vi è però un aspetto tecnico che ha condizionato la giurisprudenza successiva. Nel 2007, la Corte non ha voluto smentire espressamente la propria pronuncia dell'anno precedente. Per questo ha operato attraverso uno svuotamento della categoria degli incarichi apicali: non è necessariamente apicale l'incarico conferito *intuitu personae* dall'autorità politica⁸.

La Corte, in particolare, ha escluso dal novero delle posizioni apicali, pur se nominati discrezionalmente dall'autorità politica, sia i dirigenti generali dello Stato, con la sola eccezione di quelli che ricoprono incarichi di capo dipartimento, segretario generale o equivalenti⁹, sia i direttori generali di aziende sanitarie locali¹⁰. In quest'ultima pronuncia, la Corte circoscrisse la sfera delle posizioni apicali anche esplicitando un criterio di natura organizzativa: sono apicali, le sole figure dirigenziali che hanno un rapporto diretto con l'organo politico, cioè non intermediato da ulteriori livelli organizzativi. Fra questi ultimi però – si badi – rientravano anche gli uffici di diretta collaborazione. Le due sentenze, pur “gemelle” per le ampie e precise argomentazioni con le quali esse dichiararono l'illegittimità costituzionale dello *spoils system* per gli incarichi non apicali, nondimeno presentavano fra loro una dissonanza. Difatti, alla stregua del criterio posto dalla sentenza sui direttori generali di ASL, anche i capi dipartimento e i segretari generali delle amministrazioni centrali, considerati invece apicali dall'altra pronuncia, non sarebbero in realtà tali, perché al di sopra di essi vi sono gli uffici di diretta collaborazione del ministro. Tale dissonanza non si è mai risolta. E anche nella dottrina vi sono i seguaci – potrebbe dirsi – della “apicalità ridotta”, secondo cui lo *spoils system* è legittimo solo per gli uffici di diretta collaborazione, e i seguaci della “apicalità estesa”, secondo cui lo *spoils system* è legittimo anche per gli incarichi c.d. di snodo fra politica e amministrazione¹¹. La posizione dei primi trovava alimento in alcune

⁸ Ho raccontato diffusamente questa storia in S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, 39 e ss.

⁹ Corte cost., n. 103/2007.

¹⁰ Corte cost., 6 marzo 2007, n. 104.

¹¹ In questo senso F. MERLONI, *Spoils system: il timore dell'overruling impedisce alla Corte di fare chiarezza*, in *Le Regioni*, 2010, 1136-1145. Si veda più in generale la ricostruzione del dibattito in A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, cit., specie 78.

successive pronunce della Corte che collegavano la legittimità dello *spoils system* alla funzione di partecipazione alla definizione dell'indirizzo politico anziché alla attuazione dello stesso. Entrambe le tesi, tuttavia, escludevano comunque una "apicalità generalizzata", riferibile cioè anche alla dirigenza con compiti di gestione amministrativa.

Nel complesso, pertanto, fino al 2019, nella giurisprudenza costituzionale e nella scienza giuridica maggioritaria, si potevano distinguere tre categorie di compiti: a) quelli di collaborazione alla formazione dell'indirizzo politico, propri dei dirigenti degli uffici di diretta collaborazione, considerati certamente apicali, per i quali lo *spoils system* era ammesso; b) quelli di attuazione dell'indirizzo politico e gestione amministrativa, considerati certamente non apicali, per i quali lo *spoils system* doveva ritenersi vietato; c) quelli di controllo, attinenti in particolare alla vigilanza sull'osservanza della legge e all'accertamento della regolare tenuta della contabilità, per i quali lo *spoils system* era certamente e radicalmente escluso, dato che si tratta di funzioni che richiedono un grado ancor più elevato di imparzialità. Le aree di incertezza erano tutto sommato limitate alle posizioni di "snodo", come quelle dei capi dipartimento o segretari generali dei ministeri o figure equivalenti. In base al criterio organizzativo, tali posizioni erano infatti apicali nell'ottica della sentenza n. 103 del 2007 (apicalità estesa), ma non apicali secondo il criterio posto dalla pronuncia gemella dello stesso anno (apicalità ridotta). In base al criterio funzionale, in tali posizioni può ritenersi prevalente la collaborazione all'indirizzo politico, o, viceversa, l'attuazione dello stesso mediante attività gestionali.

5. La prevalenza della prospettiva della complementarità nella giurisprudenza costituzionale del 2019: il ripopolamento della categoria degli apicali

Su questo quadro sono intervenute nel 2019 due nuove sentenze gemelle, contrastanti con quelle del 2007 e suscettibili di inaugurare un nuovo *revirement*¹². La prospettiva del 2006 torna forse quella prevalen-

¹² Ho esaminato più diffusamente il contenuto delle citate pronunce in S. BATTINI, *L'invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo spoils system*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 269-281, di cui qui si riprendono e sintetizzano gli argo-

te. Anche in questo caso, l'inversione di tendenza passa per una ridefinizione della categoria degli apicali, che viene ad essere improvvisamente ripopolata.

La sentenza n. 23 del 2019 riguarda la legittimità costituzionale dello *spoils system* del segretario comunale, previsto dall'art. 99 del d.lgs. n. 267 del 2000. La cessazione automatica del segretario comunale, in caso di cessazione del mandato del sindaco o del presidente della provincia, sarebbe secondo il giudice *a quo* incostituzionale in ragione delle "funzioni di natura tecnica, professionale, gestionale e consultiva" del segretario e della sua complessiva "posizione di garante del rispetto delle leggi e della regolarità dei procedimenti". La Corte costituzionale ha invece dichiarato l'infondatezza della questione, legittimando l'applicazione dello *spoils system* per questa figura. La *ratio decidendi* è complessa e di difficile decifrazione. Ma vi è un elemento da mettere in luce. Come è noto, all'esito di una traiettoria storica lunga e articolata, la figura di segretario comunale si presenta, per così dire, a cerchi concentrici, essendo dotato di una sfera di attribuzioni variabile secondo le scelte dell'organo di vertice: se viene nominato un direttore generale diverso dal segretario, le funzioni di quest'ultimo si riducono ad un nucleo essenziale e originario di "*compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti*"; se il direttore generale non viene nominato, allora il segretario acquisisce funzioni di gestione amministrativa ("sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività") e, qualora in particolare gli vengano attribuite le funzioni di direttore generale, diviene il principale responsabile della gestione amministrativa dell'ente. Ebbene la Corte ha trascurato questo elemento e ha assunto un approccio, per così dire, olistico, teso cioè a valutare la legittimità dello *spoils system* in rapporto all'insieme delle possibili competenze del segretario, senza distinguere fra quelle tipiche e caratterizzanti e quelle eventuali e aggiuntive. Per effetto di ciò, la Corte ha finito per giustificare l'applicazione dello *spoils system* del segretario comunale anche nel caso in cui questi si limiti all'esercizio delle più tradizionali funzioni di verifica

menti. Si veda sul punto anche B. CIMINO, *La stabilizzazione dei precari e la precarizzazione dei dirigenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 455.

e garanzia in ordine alla legittimità e regolarità dell'azione amministrativa. Un tipo di funzioni per le quali la Corte aveva escluso radicalmente la legittimità dello *spoils system*¹³: “nei confronti dei titolari di organi con funzioni di controllo, sussistono esigenze di neutralità e imparzialità perfino più marcate di quelle che hanno indotto questa Corte a dichiarare la illegittimità di meccanismi di decadenza automatica riferiti ad incarichi di funzioni dirigenziali”. Ciò avrebbe potuto indurre la Corte, quantomeno, ad adottare una pronuncia di accoglimento parziale, dichiarando l'illegittimità della disposizione censurata, nella parte in cui prevede l'applicazione dello *spoils system* anche nell'ipotesi in cui il sindaco abbia nominato un direttore generale diverso dal segretario stesso. In tali ipotesi, del resto, è sufficiente il buon senso per cogliere la natura sproporzionata di un doppio *spoils system*, che colpisce contestualmente due figure (il direttore generale e il segretario comunale) con “distinti e autonomi ruoli”.

Per quanto concerne, invece, l'ipotesi in cui il segretario sia nominato egli stesso direttore generale, ammettendo lo *spoils system* la Corte si limita a confermare l'orientamento giurisprudenziale e scientifico – che qui non si condivide – che considera compatibile con la Costituzione la relazione fiduciaria fra vertice politico e dirigenti titolari di funzioni c.d. di snodo fra politica e amministrazione. Solo che la Corte ha sbagliato la motivazione. Ha detto infatti che in tal caso lo *spoils system* è ammissibile, perché il segretario comunale svolge funzioni “eminentemente gestionali”, mentre avrebbe potuto e dovuto dire, per ricollegarsi a quell'orientamento, che lo *spoils system* è ammesso proprio perché il segretario non svolge funzioni gestionali, ma funzioni di precisazione dell'indirizzo politico, che precedono la gestione amministrativa, senza confondersi con essa¹⁴.

¹³ Corte cost., 28 novembre 2008, n. 390.

¹⁴ Un punto di vista diverso è quello assunto da Gianluca Gardini, secondo peraltro un approccio che si potrebbe definire “eclettico” e che tale studioso ha da tempo proposto e argomentato. Secondo GARDINI (*La perenne riforma della dirigenza pubblica*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 1/2020), la sentenza della Corte sull'applicabilità dello *spoils system* ai segretari comunali è condivisibile, in quanto costituisce “la prova concreta della inapplicabilità di un unico modello organizzativo (in particolare, il modello di distinzione funzionale tra indirizzo e gestione) a tutte le pubbliche amministrazioni”. “Non tutti i rapporti tra organi a titolarità politica e organi a titolarità

L'altra sentenza (n. 20 del 2019) è parimenti importante. Essa ha un oggetto diverso dallo *spoils system*, rappresentato dal bilanciamento fra i valori della *privacy* e della trasparenza in ordine alla pubblicazione di dati riferibili alla dirigenza pubblica. Ma è proprio sul rapporto fiduciario di quest'ultima con l'organo politico che si basa parte della *ratio decidendi* della pronuncia, la quale giustifica una maggiore incisione del diritto alla *privacy* appunto per la dirigenza fiduciaria. La questione riguardava la disposizione che ha esteso, in modo asseritamente sproporzionato e irragionevole, a tutti indifferentemente i titolari di incarichi dirigenziali un obbligo di pubblicazione di dati reddituali e patrimoniali che, in precedenza, si riferiva soltanto ai titolari di incarichi politici. La Corte ha accolto la prospettazione del giudice rimettente, ritenendo in particolare che la disposizione censurata sia illegittima nella parte in cui applica lo stesso regime di trasparenza a tutti i dirigenti, senza operare le necessarie "graduazioni" dell'obbligo di pubblicazione, "*in relazione al ruolo, alle responsabilità e alla carica ricoperta dai dirigenti*". Tuttavia, in attesa di un futuro intervento legislativo sulla materia, ha identificato un nucleo minimo di dirigenti cui gli obblighi di pubblicazione devono applicarsi. L'elenco della Corte comprende non solo gli incarichi "*di Segretario generale di ministeri e di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali*" (art. 19, comma 3, del d.lgs. 165 del 2001), come aveva suggerito ANAC, ma anche "*quelli di funzione dirigenziale di livello generale*" (art. 19, comma 4, del d.lgs. 165 del 2001). E anche per questi ultimi, soprattutto, vale la motivazione per la quale

professionale – osserva Gardini – sono caratterizzati dal medesimo equilibrio, sembra volerci suggerire la Corte, e le regole che sembrano funzionare per alcuni di essi possono invece risultare inadeguate o insufficienti per altri, in ragione dei caratteri e delle peculiarità che li contraddistinguono. Non si tratta dunque di un passo indietro in tema di *spoils system*, ma della presa d'atto da parte della Consulta che il criterio della distinzione funzionale può servire a organizzare gli apparati pubblici solo se utilizzato con equilibrio e appropriatezza, poiché realtà diverse esigono necessariamente soluzioni diverse". L'eclittismo proposto dall'Autore tuttavia oscilla fra due diverse forme, o forse le cumula. Da un lato, si sottolinea l'esigenza di adattare l'assetto dei rapporti fra politica e amministrazione alle diverse realtà organizzative prese in esame. Dall'altro, si auspica che quell'assetto, in tutte le realtà organizzative, combini e misceli, in un dosaggio equilibrato, elementi di fiducia ed elementi di autonomia fra politici e burocrati. Chi scrive peraltro concorda in principio su entrambe le esigenze, salvo avere diverse opinioni circa la collocazione del punto di equilibrio.

la Corte ritiene giustificata la maggior incidenza sul diritto alla *privacy*. Si tratta di una motivazione in cui la presenza di un “rapporto fiduciario” con il vertice politico assume un rilievo determinante. La Corte, muovendo dalla constatazione che gli obblighi di pubblicazione censurati, originariamente, gravavano solo sugli incarichi politici, rinviene in quella disciplina originaria la funzione stessa di tali obblighi. Questi, secondo la Corte, “trovano la loro giustificazione ultima nel consenso popolare”, e rispondono alla “necessità o [al]l’opportunità di rendere conto ai cittadini di ogni aspetto della propria condizione economica e sociale, allo scopo di mantenere saldo, durante l’espletamento del mandato, il rapporto di fiducia che alimenta il consenso popolare”. Conseguentemente, gli obblighi di pubblicazione devono applicarsi ai dirigenti che possono essere a loro volta attratti nell’orbita della fiducia politica, cioè, nelle parole della Corte, quelli che “rendono manifesto lo svolgimento, da parte loro, di attività di collegamento con gli organi di decisione politica, con i quali il legislatore presuppone l’esistenza di un rapporto fiduciario, tanto da disporre che i suddetti incarichi siano conferiti su proposta del ministro competente”.

6. Complementarità o contraddittorietà fra accountability e fiducia? Un nodo ancora irrisolto

Il rapporto fra *spoils system* e responsabilità dirigenziale, o più in generale fra fiduciarità e *accountability* della dirigenza pubblica, interroga profondamente il confine fra politica e amministrazione. Esso identifica un assetto da cui dipende il difficile bilanciamento fra i valori costituzionali che definiscono la posizione stessa degli apparati amministrativi nell’ordinamento. La giurisprudenza costituzionale stenta a trovare un consolidamento duraturo. La prospettiva della complementarità è stata affermata nel 2006, sostituita dalla concezione opposta nel 2007, poi riaffermata nel 2019. Si ripropone oggi la tesi secondo la quale la nomina da parte dell’autorità politica (il conferimento su proposta del ministro) imprime alla carica “il carattere fiduciario” e la qualifica come apicale, ciò che, a sua volta, giustifica l’applicazione dello *spoils system* e, a maggior ragione, giustifica la temporaneità dell’incarico e tutto il complesso di regole che hanno determinato la precarizzazione della di-

rigenza pubblica italiana. In particolare, paiono assumere carattere fiduciario, ed essere ricompresi fra le posizioni dirigenziali apicali, sia i titolari di funzioni di controllo e verifica di legittimità, come i segretari comunali non direttori, sia i titolari di funzioni di pura gestione, come i dirigenti generali dei ministeri ed equivalenti. A tali posizioni si aggiungono, ovviamente, quelle dei titolari di uffici di diretta collaborazione e dei titolari di incarichi di snodo, come i capi dipartimento dei ministeri o i direttori generali di enti locali.

Gli incarichi dirigenziali non apicali e non fiduciari divengono quasi una eccezione o, comunque, riguardano la parte bassa della dirigenza amministrativa, che in certo senso viene allineata al personale non dirigenziale. Essa è stabile, perché non prende decisioni di *policy*. Se il dirigente decide poco, vi è meno necessità di renderlo *accountable*, nell'unica forma che l'ordinamento pare ammettere, che è la forma fiduciaria, dell'apprezzamento insindacabile dell'elettore, del parlamentare, del ministro. La *accountability* della dirigenza pubblica viene attivata attraverso il rapporto di fiducia con l'organo politico. La responsabilità dirigenziale non serve allo scopo. Essa viene allineata ad altre forme di responsabilità: punisce gli errori o le colpe, non premia per i risultati conseguiti. Il dirigente è responsabile dei risultati dell'azione amministrativa solo in quanto egli è collegato fiduciarmente all'organo politico che ha posto gli obiettivi. La responsabilità politica del dirigente si sovrappone ed esclude la sua responsabilità dirigenziale. Che tutto ciò sia compatibile con l'art. 97 Cost., in tema di imparzialità amministrativa, e con l'art. 98 Cost., in tema di servizio esclusivo alla Nazione, è dubbio. Che tutto ciò sia compatibile con il principio di efficienza dell'azione amministrativa, che richiederebbe autonomia dei *managers* pubblici, continuità della loro azione, scelte di *policy* orientate al medio-lungo periodo, valutazione degli impatti delle scelte compiute, incentivi al cambiamento e all'innovazione, è ancor più dubbio.

LA RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE E I POTERI DELL'ORGANO DI INDIRIZZO POLITICO

di Marcella Gola

SOMMARIO: 1. Premessa. La dirigenza amministrativa e l'indirizzo politico, un legame multiforme. – 2. L'introduzione della responsabilità dirigenziale come snodo fondamentale per le riforme dell'amministrazione. – 3. La dirigenza e le sue *performances*. – 4. Politica e indirizzo politico per la definizione del ruolo della dirigenza e della sua responsabilità: una relazione dai confini indefiniti. Conclusioni.

1. Premessa. La dirigenza amministrativa e l'indirizzo politico, un legame multiforme

La struttura della dirigenza amministrativa che è stata progressivamente costruita dal Legislatore acquisisce rilevanza autonoma proprio a partire dalla parallela delimitazione, peraltro priva di confini certi, dell'indirizzo politico.

È infatti da quest'ultimo che la dirigenza pubblica si intende prima di tutto distinguere, per definirne immediatamente la necessaria, reciproca, continuità secondo la basilare sequenza indirizzo – gestione e – controllo, successione preceduta e arricchita da un relevantissimo apporto propositivo, di fondamentale utilità per l'avvio della serie stessa.

La distinzione sulla quale si basa questo rapporto, anch'essa a sua volta non sempre netta e semplice da delimitare nella realtà, rappresenta il fulcro sul quale poggia la struttura della stessa pubblica amministrazione, e si profila oggi come condizione necessaria per il suo funzionamento, per realizzare la cura di interessi pubblici in concreto che la qualifica.

La dirigenza pubblica diviene così perno del sistema che vede da un lato gli organi politici, dall'altro i destinatari dell'agire amministrativo. La stessa deve essere intesa sempre in senso relazionale, sia come *funzione* – qui nell'accezione di azione – o servizio – diretta a un risultato posto dall'esterno – svolta all'interno di un'organizzazione, sia come

ruolo, ovvero posizione da assumere in relazione ad altri soggetti fruitori.

In relazione a questo modello delineato dal Legislatore, a partire dalla riforma avviata dal d.lgs. n. 29 del 1993, la responsabilità dei dirigenti assume un peso specifico e importante. Tale rilevanza emerge tanto nel definire in concreto le misure connesse al raggiungimento degli obiettivi stabiliti con gli atti di indirizzo, tanto nel garantire la coerenza e l'adeguatezza delle azioni intraprese con gli obiettivi stessi, oltre che con tutti i principi e i criteri che regolano organizzazione e azione amministrativa.

Questo riscontro dovrà essere calibrato all'ampiezza della discrezionalità amministrativa corrispondente al margine di scelta e autodeterminazione riconosciuto alla P.a. con la definizione degli obiettivi dati. In tal modo sarà inoltre possibile l'autocorrezione, ove possibile, anch'essa basata doverosamente sull'interpretazione dell'indirizzo ricevuto, a completamento di un disegno funzionalizzato.

Si aggiunga, per inciso, che a questo fine anche la corretta soddisfazione del parametro della legalità, presupposto imprescindibile per la funzione amministrativa, deve oggi corrispondere all'estensione che questo principio ha conosciuto. Si noti infatti che, specie in seguito all'applicazione giurisprudenziale, la stessa valutazione della legittimità dell'azione amministrativa ha assorbito una sempre maggiore quota di apprezzamento sulla *qualità delle scelte*, in ossequio alle molteplici declinazioni del principio di buona amministrazione.

A questo cambiamento ha contribuito, per altro verso, il Legislatore, dando vita a più sfaccettature della legalità, tra le quali emerge in particolare quella rivolta al contrasto della corruzione, dotata di un apposito ordinamento settoriale indipendente che, come si chiarirà in seguito, ha assunto un ruolo importante anche ai fini qui esaminati, connesso agli obblighi di trasparenza incombenti sulle P.a.

In ragione di questa rinnovata considerazione dell'attività amministrativa anche l'espressione del potere politico deve quindi elaborare gli specifici indirizzi destinati alle P.a. in modo da renderli idonei a comprendere questa più ampia visione, via via sempre più sostanziale, dinamica e attualizzata rispetto al passato.

A questa prima considerazione, rivolta all'estensione dei parametri ai quali commisurare l'operato dei dirigenti, e alla loro crescente specia-

lizzazione, occorre aggiungere che l'ordinamento vigente disegna più tipologie di dirigenze, distinte per ambito territoriale, settori o materie, ciascuna dotata di una propria fisionomia più o meno differenziata rispetto al modello statale, già di per sé non idoneo a corrispondere alle esigenze di autonomia espressa dai vari soggetti amministrativi.

Alle diverse dirigenze corrispondono pertanto altrettante responsabilità, che a loro volta richiedono strumenti di valutazione adeguati al modello al quale si riferiscono¹.

Il ragionamento, per completare il quadro di riferimento dell'intervento pubblico, deve inoltre tenere conto del riconoscimento del contributo offerto dai privati che concorrono al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, in ossequio al principio della sussidiarietà orizzontale che, estraneo all'esercizio del potere definito con legge, è svincolato dal rispetto dei limiti entro i quali la discrezionalità amministrativa si manifesta.

Il tema sarà ripreso più avanti ma si vuole sin d'ora evidenziare che anche questa dimensione entra a far parte della valutazione politica dalla quale elaborare l'indirizzo rivolto ai dirigenti, a seconda che l'apporto autonomo dei privati sia inteso come limite per l'intervento, pubblico, ovvero come concorrenza, collaborazione o infine destinatario di apposito sostegno da parte delle strutture amministrative impegnate a perseguire fini comuni.

2. L'introduzione della responsabilità dirigenziale come snodo fondamentale per le riforme dell'amministrazione

Grazie al contributo recente della più attenta dottrina, è stato posto in evidenza che la responsabilità dirigenziale rappresenta un ulteriore strumento di imputazione e di controllo nei confronti della P.a.².

¹ Come ben è evidenziato da C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, specie 295 e ss., in riferimento alla peculiarità della figura nel sistema degli enti locali, alle cui considerazioni e bibliografia si rinvia.

² Il riferimento è ancora all'opera di C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., dalla cui lettura hanno tratto spunto le presenti note. In particolare ci si riferisce a quanto espresso dall'Autore sin dall'Introduzione, 13, e *passim*, che analizza con profondità e sistematicità il tema, offrendo significativi spunti di riflessione,

Questa ricostruzione si lega, correttamente, alla definizione della dirigenza degli anni '90, e perciò si vede inserita pienamente nella logica delle riforme amministrative, tuttora *'work in progress'*, che hanno preso avvio in quel decennio.

Per arrivare al momento attuale e cogliere l'evoluzione continua – anche se incostante – di cui è protagonista da un trentennio, è tuttavia sempre utile ricordare che la dirigenza pubblica, come ruolo nell'ambito di un rapporto di lavoro ma non come funzione direttamente rivolta all'esterno, non nasce negli anni '90: è infatti il d.P.R. n. 748 del 1972 a compiere il primo passo con la delineazione dell'apice della carriera nel pubblico impiego, introducendo la figura professionale del dirigente.

Da questo avvio, anch'esso coincidente con un rinnovamento dell'amministrazione nel suo complesso, in occasione con il primo regionalismo, si deve attendere appunto un ventennio perché l'attenzione si concentri sul momento dell'incarico conferito ai dirigenti.

Si è trattato in definitiva di assumere la prospettiva che ricollega queste figure apicali direttamente alla funzione che la struttura di appartenenza deve svolgere, evidenziando in tal modo appunto la connessione diretta con gli obiettivi dettati dall'organo di indirizzo politico. È in questa successiva fase infatti che l'individuazione del momento di costituzione del rapporto che lega politica e dirigenza, l'incarico, pone in luce il senso pieno della responsabilità, non da intendere nel solo senso di 'rendere conto' ma in quello più pregnante di 'avere potere'.

Con questa – ormai non più tanto recente – ristrutturazione aumentata conseguentemente il rilievo dell'organizzazione, considerata parte essenziale per l'analisi della Pubblica amministrazione, insieme ad azione e atti da più tempo oggetto di interventi legislativi e interpretazione.

È a questo punto che emergono nuovi problemi, che giustificano almeno in parte il fatto che il processo riformatore avviato negli anni '90 sia tuttora in corso.

Una delle ragioni che si possono evidenziare consiste proprio nella impreparazione del sistema alla valutazione della dirigenza, secondo canoni che, mutuando dall'esperienza aziendalistica presa o modello, ten-

anche evidenziando gli aspetti organizzativi e la loro diretta incidenza sull'azione svolta, profilo prioritario sino ad ora non ancora sufficientemente acquisito negli studi giuridici.

gano conto della produttività. Questa, trasportata nel contesto delle P.a., deve tradurre la gestione del processo e la valutazione del prodotto alla propria struttura funzionalizzata, della quale la dirigenza è posta al vertice per assumere una specifica responsabilità di risultato.

Si rende quindi necessario innovare il metodo di valutazione della P.a., nel quale non è più sufficiente fermarsi agli strumenti classici forniti dalle scienze giuridiche, anche per il crescente peso assunto, pur tardivamente, dall'attenzione agli aspetti economici che rendono il dirigente responsabile della spesa lui affidata³. Il tema si connette quindi alla contabilità pubblica e all'adozione del *budget* economico, evidenziando le quattro fasi della programmazione, gestione, controllo e consuntivazione che vedono la presenza costante, in diverse posizioni, della dirigenza pubblica, identificandone le specifiche mansioni in una prospettiva giuslavoristica e, insieme, economico-aziendale.

Per il più corretto inquadramento del tema occorre aggiungere un'ulteriore riflessione. La responsabilità dirigenziale non coinvolge direttamente i cittadini, non essendo collegata al controllo diffuso rimesso a questi.

La definizione dei confini di questa nuova forma di imputazione giuridica non segue in ciò la tendenza che l'estensione del principio della trasparenza e la moltiplicazione degli strumenti rivolti allo scopo testimonia, se non per il fatto – indiretto – che il controllo di risultato comprende anche l'attuazione della trasparenza nell'ambito gestito dal dirigente responsabile, assunta come parametro che gli OIV sono tenuti a considerare.

In questa accezione, tuttavia, la conseguente responsabilità dirigenziale in caso di inefficienza delle misure apportate è comunque sempre legata al rapporto professionale instaurato con la P.a., mentre la responsabilità – a questo punto con connotazione politica – per l'effettività della trasparenza nei confronti dei cittadini resta imputabile alla struttura che detiene le informazioni da rendere accessibili.

La previsione di una specifica estensione della responsabilità a carico dei dirigenti, da commisurare all'efficacia del sistema per la traspa-

³ Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VII, 13 maggio 2013, n. 2468, ove è evidenziato che “la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione, delle risorse umane, strumentali e di controllo”.

renza, inclusa tra i risultati da conseguire, e perciò da intendere riferita all'adeguatezza dell'assetto organizzativo specifico predisposto dagli stessi per garantire l'accessibilità, analogamente a quanto richiesto per le altre missioni specificamente assegnate al plesso amministrativo preso in considerazione. I fruitori della funzione o gli utenti del servizio non fanno parte del rapporto che resta perciò interno alla P.a.

Questa lettura riconduce perciò ogni parametro da valutare – compresa la trasparenza – alla posizione del datore di lavoro pubblico, che mira a tutelare l'ordinamento di appartenenza, con riferimento a efficacia, efficienza, economicità dell'azione amministrativa diretta dal personale apicale, coinvolgendo distintamente sia pur contestualmente dirigenza e struttura, senza il presupposto dell'illiceità delle condotte ma con riferimento al buon andamento della P.a.

3. *La dirigenza e le sue performances*

Nell'ambito del ciclo delle *performances* occorre inoltre sottolineare la centralità acquisita dal profilo del *rischio*⁴, distinguendo relativamente ad esso le fasi della valutazione da quella della conseguente gestione.

Questo approccio, divenuto progressivamente componente essenziale dell'azione amministrativa sempre in coerenza con il modello aziendalistico applicato alle P.a., rivela non poche difficoltà di applicazione in una prospettiva giuridica allargata e non connessa a una condotta non qualificabile illecita, soggettivamente connessa al dolo e alla colpa grave.

Nel settore della tutela ambientale si può bensì inserire la definizione del principio di precauzione, che basa la valutazione prudenziale del rischio su fattori scientifici neutrali ed indipendenti, ma in genere la gestione degli affari amministrativi comprende scelte anche 'politiche'. Anche in quell'ambito infatti non sono sempre sufficienti valutazioni tecniche o legate alla misurazione di costi e benefici, anche sociali, riferiti alla ricaduta delle scelte amministrative già in partenza condizionate

⁴ Sul concetto di rischio dell'attività degli agenti pubblici come elaborato nella prospettiva, esterna, della Corte dei conti v. ampiamente G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017.

dalla posizione rafforzata dell'interesse protetto – quello ambientale – ma pur sempre cedevole a fronte di una valutazione olistica del caso.

L'esempio è evidente nella procedura di valutazione d'impatto ambientale, nel caso in cui la scelta finale sia effettuata direttamente dagli stessi soggetti chiamati ad esprimere l'indirizzo politico che orienta la P.a. competente, quando quest'ultima non sia stata in grado di risolvere il conflitto interno eventualmente emerso dal confronto tra più interessi compresenti. Tecnica e politica, in questi casi, assumono il sopravvento rispetto ad altri criteri di decisione.

Questo schema non si adatta tuttavia all'intero ambito dell'attività amministrativa, ove la scelta di base, cioè l'obiettivo da raggiungere – o in altri termini il prodotto del bilanciamento tra l'interesse primario, e gli interessi secondari identificati già dal Legislatore nella definizione del modello procedimentale – spetta al detentore dell'indirizzo politico e la gestione della fattispecie, rischio compreso, spetta all'Amministrazione, implicando l'uso della discrezionalità, anche tecnica, riferibile alla stessa, restando quindi tale scelta interna, basata sul rapporto diretto tra politica e amministrazione.

Occorre tenere presente che la tendenza all'ampliamento dei parametri di giudizio da applicare alla gestione dei dirigenti presenta di per sé un pericolo ben determinato, destinato ad avere immediate ripercussioni anche sui rapporti con gli amministrati: quello di dare vita a forme di 'amministrazione difensiva', in analogia a quanto talvolta riscontrato in ambito medico.

L'eccessiva estensione di criteri astratti di valutazione, che potrebbero dare adito ad interpretazioni sull'operato degli uffici pubblici e, in particolare, dei dirigenti, non adeguatamente preventivabili, appunto per l'indeterminatezza dei parametri di riferimento e dei metodi per la loro utilizzazione, pone quindi nuove incognite.

Si potrebbe infatti diffondere il timore di sbagliare, e ancor più quello conseguente di essere chiamati a rispondere direttamente per fatti dell'ufficio non solo in sede civile e amministrativa ma anche in termini di qualificazione professionale, bloccando, nel dubbio, gli interventi più complessi e frenando la spinta all'innovazione, anticipata da sperimentazioni, che viceversa dovrebbe configurare i modelli adottati per ottenere la semplificazione e l'alleggerimento in genere, costi compresi, dell'amministrazione pubblica.

La presenza degli Organismi indipendenti di valutazione, caratterizzati dalla competenza tecnica specificamente richiesta ai componenti, alleggerisce in parte il problema guardando almeno all'interno delle organizzazioni pubbliche, per gli aspetti riferibili al ciclo delle *performances*, ma non è sufficiente a coprire anche quelle ulteriori debolezze che all'Amministrazione, pur restando nel doveroso alveo della legalità, possono essere imputate, specie per quanto attiene al giudizio sugli aspetti qualitativi di ciò che è stato realizzato.

Quanto evidenziato si accentua maggiormente anche in coincidenza con la già accennata adozione di forme volte al controllo diffuso che, pur con le specificità del caso, possono e devono influenzare l'opinione di chi orienta e valuta l'operato dei dirigenti. Non ultimo, occorre considerare che gli organi politici devono avere elementi chiari per riferire e rispondere in prima battuta alle assemblee elettive, di riflesso all'elettorato, circa le funzioni e i servizi svolti. Al tempo stesso, il peso delle responsabilità giuridiche, specie di quella amministrativo – contabile, assorbe già la gran parte delle preoccupazioni espresse dagli amministratori, questa volta rivolte all'indeterminatezza del legislatore o alla mancata considerazione delle complessità concretamente riscontrate nella gestione delle singole fattispecie, non sempre dotate di adeguate risposte in base agli strumenti giuridici forniti, cui si aggiunge l'apporto interpretativo del Giudice, anch'esso applicato in forma non sempre costante e quindi senza rappresentare un contributo certo ai fini dell'orientamento per la corretta attuazione delle norme.

Senza dubbio occorre l'individuazione di garanzie adeguate, non da intendere come mortificazioni del ruolo dirigenziale al quale deve essere mantenuto un adeguato livello di managerialità – e quindi non appiattente ricorso a linee guide, atti tipo o simili – ma come diffusione della cultura amministrativa anche a chi ne determina l'indirizzo, ne definisce le regole e, naturalmente, a chi è chiamato a svolgere quella funzione, mai sufficientemente valorizzata a fronte del rilievo che assume in una società.

Purtroppo nell'opinione comune l'amministrazione pubblica è spesso riconosciuta come 'potere' solo nell'accezione più negativa, di imposizione, di limite o di mancato sostegno, stravolgendone l'essenza, ed è quindi anche su questa leva che si dovrà prioritariamente concentrare l'azione riformatrice, correggendo i termini del rapporto con la società, i titolari dell'indirizzo politico che la deve rappresentare, la dirigenza e il

personale amministrativo agente, aumentandone la qualificazione e il relativo riconoscimento, a partire da una buona formazione che coinvolga tutti i soggetti menzionati. Utile, a questi fini, per comprendere il senso della considerazione svolta è il richiamo alla c.d. 'esimente politica' nell'ambito del processo contabile⁵.

Si può inoltre osservare che una delle ragioni alla base del successo dell'introduzione del principio di separazione della dirigenza dalla politica, in termini così definiti, negli anni '90, corrispondeva anche a una precisa richiesta di professionalizzazione di quella figura apicale, non sempre dotata della qualificazione oggettivamente richiesta dalle prestazioni da svolgere.

4. Politica e indirizzo politico per la definizione del ruolo della dirigenza e della sua responsabilità: una relazione dai confini indefiniti. Conclusioni

Fin qui la ricostruzione critica proposta si è concentrata sulla riforma, specie organizzativa, della P.a.

Il quadro si completa, e si complica ulteriormente, considerando il versante esterno, che si vuole tenere separato, o più propriamente distinto, da quello dell'Amministrazione, quello della politica.

Le scienze amministrative si sono sinora prevalentemente concentrate sulla qualificazione politica degli atti con il fine di escluderne la giustiziabilità, e non sono perciò sufficientemente preparate a ragionare non in termini di legalità bensì di efficienza ed efficacia dell'azione e del suo risultato.

⁵ La c.d. 'esimente politica' è prevista dall'art. 1, comma 1 *ter*, secondo capoverso della l. 14 gennaio 1994, n. 20, ai sensi del quale "nel caso di atti che rientrano nella competenza propria degli uffici tecnici o amministrativi la responsabilità non si estende ai titolari degli organi politici che in buona fede li abbiano approvati ovvero ne abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione". Per un'interessante applicazione v. Corte conti, terza sezione centrale di appello, 21 marzo 2017, n. 129, in cui si dispone che "l'esonero della responsabilità è possibile soltanto in presenza di questioni di particolare complessità, tali da richiedere un bagaglio di conoscenze specifiche, in termini tecnici e/o amministrativi, assolutamente non esigibile da parte dei componenti dell'organo politico – decisionale, considerato che i predetti, nel momento in cui decidono di assumere la carica, sono tenuti ad esercitare le proprie funzioni essendo informati e consapevoli in ordine al contesto sostanziale e procedurale entro cui si collocano le materie oggetto delle deliberazioni".

Il tema può essere solo accennato, anche perché i problemi che si percepiscono in quell'ambito non trovano soluzione con gli strumenti del diritto ma richiedono l'applicazione di conoscenze propriamente incentrate sulla materia, settore scientifico autonomo, al quale pertanto si rinvia per analisi specifiche.

Deve infatti essere considerato il problema dell'indirizzo politico, in merito al quale i costituzionalisti da tempo sottolineano la crisi, legata indissolubilmente a un contesto unitario, che coinvolge quella della sovranità nazionale e della legge⁶.

Si evidenzia così il passaggio da modelli ispirati alla coerenza, all'armonia, del parametro originariamente unitario con le nuove caratteristiche che lo delincono fluido, aperto, globale in materia di decisioni politiche multiformi.

A testimonianza dell'esigenza oggettivamente avvertita di 'confinare' l'indirizzo politico, è da segnalare anche l'intervento dell'Anac, che, con riferimento agli obblighi di pubblicazione – ecco che torna il tema della trasparenza, sottofondo necessario che si è affermato rispetto al tema trattato – concernenti gli organi di indirizzo politico nelle pubbliche amministrazioni e fissati dall'art. 14 del d.lgs. n. 33 del 2013, con delibera del 7 ottobre 2014, n. 144, ha tentato una ricostruzione, certo non con intento esaustivo, dei contenuti della funzione in discorso. Nella delibera citata si legge così che "a titolo esemplificativo si indicano di seguito una serie di competenze che configurano poteri di indirizzo, in particolare, negli enti pubblici diversi da quelli territoriali, dove di norma non si hanno organi elettivi. Vista la diversa possibile articolazione delle competenze all'interno delle differenti tipologie di enti, al fine di identificare gli organi di indirizzo occorrerà considerare gli organi nei quali tendono a concentrarsi competenze, tra le quali, tra l'altro, l'adozione di statuti e regolamenti interni, la definizione dell'ordinamento dei servizi, la dotazione organica, l'individuazione delle linee di indirizzo dell'ente, la determinazione dei programmi e degli obiettivi strategici pluriennali, l'emanazione di direttive di carattere generale relative all'attività dell'ente, l'approvazione del bilancio preventivo e del conto consuntivo, l'approvazione dei piani

⁶ Cfr. C. TRIPODINA, *L'indirizzo politico nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in *Rivista AIC*, 2018, 53.

annuali e pluriennali, l'adozione di criteri generali e di piani di attività e di investimento"⁷.

L'indirizzo politico, cui compete la determinazione della scelta dei fini da perseguire tramite la P.a., creando un legame indissolubile di continuità tra le due sfere, quella politica e quella amministrativa, pur necessariamente distinte, affronta oggi molte complessità – si badi, non necessariamente negative – legate a fattori vari, quali l'ampia distribuzione dei poteri che ne rende talvolta difficile l'attribuzione in concreto e il coordinamento, l'incapacità delle istituzioni di rivestire il ruolo di autorità, inteso come riferimento certo e affidabile per il settore di competenza, la stessa più ampia 'crisi della politica', legata ai temi della rappresentanza, che dell'omonimo indirizzo deve essere fonte, e la connessa distanza dei cittadini dal sistema circolare nel quale la P.a., da cui sono attesi i risultati, è in mezzo.

La mancanza di un chiaro *input* iniziale rende difficile non solo la definizione dell'obiettivo; solo apparentemente la questione si potrebbe esaminare evidenziando un ipotetico ampliamento di autonomia, discrezionalità e responsabilità dell'Amministrazione agente, al contrario privata dei parametri che le sono necessari per orientare la propria azione sulla base di una più definita coerenza con il sistema di appartenenza che deve necessariamente avere un punto di riferimento unitario, non essendo strutturalmente e funzionalmente possibile per la P.a. colmare questo vuoto.

Ancora più difficile, e con mortificazione dello scopo stesso del meccanismo, risulta la già ricordata l'applicazione del complesso sistema di controllo diretto, in particolare, alla valutazione delle *performances*, basato appunto sull'assunto che gli obiettivi cui parametrare il giudizio sulla gestione esaminata siano chiari e certi e perciò effettivamente misurabili.

⁷ Delibera n. 144/2014, cit., ove, per gli aspetti soggettivi, si legge inoltre che "Tra gli organi di indirizzo politico di cui all'art. 14 del decreto 14 marzo 2013, n. 33, pertanto, si devono comprendere tutti gli organi, elettivi o meno, espressione di rappresentanza politica o meno, che comunque, all'interno della propria amministrazione/ente pubblico, esprimono, attraverso atti di indirizzo e controllo, un indirizzo generale, che può essere qualificato come "indirizzo politico-amministrativo", sull'organizzazione e sull'attività dell'ente, essendo le competenze di amministrazione attiva e di gestione riservate ai dirigenti".

La presenza di obiettivi ben delineati, inoltre, consente di apprezzare maggiormente proprio la capacità strutturale e personale delle Amministrazioni e degli amministratori, evidenziandone l'apporto personale tenuto conto delle risorse disponibili e impiegate allo scopo.

Torna quindi centrale il punto rappresentato dalle *performances* e dalla loro valutazione, avendo ben presente tanto il contesto tanto la finalità dello strumento, e soprattutto che questo consente comunque un limitato intervento correttivo sullo svolgimento dell'azione, se non evidenziando e invitando alla correzione degli scostamenti e dei disservizi emersi in corso d'opera, a valere per il futuro.

Il sistema avviato dalla legge Brunetta, in questo senso, si può dire che abbia assegnato una forma all'indirizzo politico, fornendo gli elementi utili non solo per l'esercizio del controllo complessivo che compete al vertice politico. L'efficace valutazione della realizzazione degli obiettivi fissati consente infatti la migliore delineazione dei contenuti dei nuovi indirizzi da esprimere, come bilanciamento dell'impulso propositivo che proviene dalla stessa dirigenza, a chiusura del sistema.

La disciplina introdotta ovviamente non riduce il ruolo spettante al vertice politico e il rapporto che questo ha con l'amministrazione di riferimento, ma ne delinea una fisionomia più concreta, utile anche per evidenziare la responsabilità politica dell'organo cui compete l'indirizzo, non sanzionabile giuridicamente ma senza dubbio di rilievo per tutta l'attività pubblica⁸.

Il testo dell'art. 5 del d.lgs. n. 150 del 2009⁹, traccia infatti gli obiet-

⁸ Sul punto sia consentito rinviare alle considerazioni già a suo tempo esposte in M. GOLLA, *Riflessioni in tema di responsabilità politica della pubblica amministrazione*, Milano, 1998. In questo senso si esprime anche il diritto positivo, là dove afferma il principio di "separazione tra compiti e responsabilità di direzione politica e responsabilità di direzione dell'amministrazione": art. 11, comma 4, della l. 15 marzo 1997, n. 59, sancendo così il doppio binario di responsabilità imputabile ai due ordini di soggetti cui è affidata la guida della funzione amministrativa, che rappresenterà il risultato di entrambi, ciascuno con il suo apporto differenziato.

⁹ Il testo dell'articolo, come risultante in seguito alle modifiche introdotte con d.lgs. 25 maggio 2017, n. 74, è il seguente: "Art. 5. Obiettivi e indicatori. 01. 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'articolo 8 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, le priorità strategiche delle pubbliche ammini-

tivi cui il ciclo delle *performances* ha riguardo, articolandoli in generali e specifici, questa volta anche con riferimento al comparto di contrattazione e con attenzione diretta alla qualità dei servizi da erogare ai cittadini, pur ovviamente finalizzandone la lettura al contesto nel quale sono definiti, cioè quello che li riconduce alle *performances* pubbliche.

strazioni in relazione alle attività e ai servizi erogati, anche tenendo conto del comparto di contrattazione di appartenenza e in relazione anche al livello e alla qualità dei servizi da garantire ai cittadini; b) obiettivi specifici di ogni pubblica amministrazione, individuati, in coerenza con la direttiva annuale adottata ai sensi dell'articolo 8 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, nel Piano della *performance* di cui all'articolo 10. 1. Gli obiettivi di cui al comma 01, lettera a), sono determinati con apposite linee guida adottate su base triennale con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Per gli enti territoriali, il decreto di cui al primo periodo è adottato previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131. Gli obiettivi di cui al comma 01, lettera b), 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 legge 31 dicembre 2009, n. 196, 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. Nelle more dell'adozione delle linee guida di determinazione degli obiettivi generali, ogni pubblica amministrazione programma e definisce i propri obiettivi, secondo i tempi stabiliti per l'adozione del Piano di cui all'articolo 10, salvo procedere successivamente al loro aggiornamento. 1-*bis*. Nel caso di gestione associata di funzioni da parte degli enti locali, su base volontaria ovvero obbligatoria ai sensi dell'articolo 14 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, gli obiettivi specifici relativi all'espletamento di tali funzioni sono definiti unitariamente. 1-*ter*. Nel caso di differimento del termine di adozione del bilancio di previsione degli enti territoriali, devono essere comunque definiti obiettivi specifici per consentire la continuità dell'azione amministrativa. 2. Gli obiettivi sono: 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 corrispondente 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".

L'approccio è ancora una volta di taglio aziendalistico, attento tanto ai vincoli contrattuali quanto alla soddisfazione degli utenti finali dell'attività da valutare, legato ai vincoli di bilancio, ed è definito in funzione anche di perseguire un miglioramento complessivo del sistema.

Per la definizione degli obiettivi specifici è previsto uno stretto contatto tra l'organo di indirizzo politico-amministrativo, e i vertici dell'amministrazione, da 'sentire'; questi ultimi inoltre a loro volta dovranno consultare i dirigenti o i responsabili delle unità organizzative (art. 5, co. 1, cit.), dando vita, ciascuno col proprio ruolo, al concorso e alla continuità necessaria per la definizione di scelte concrete.

La costruzione tracciata dal Legislatore non copre tuttavia l'intera complessità dell'azione amministrativa, specie per quanto concerne la parte più strettamente sostanziale, legata alla ponderazione degli interessi in gioco da effettuare nel caso concreto: non a caso infatti nella norma richiamata si parla di *priorità*, valide a integrare il concetto di interesse primario che orienta e motiva l'azione amministrativa.

I fini perseguiti dalla disciplina ricordata sono pur sempre quelli della valutazione delle *performances*, come si è accennato comprensivi anche della considerazione sulla soddisfazione delle attese degli utenti, fermo restando che la funzione di controllo rimessa agli organi interni, anch'essa amministrativa, non può assorbire quella sulla scelta di base, relativa agli scopi da perseguire.

Quest'ultima resta di esclusiva pertinenza della sfera politica ed è destinata a riflettersi sul rapporto fiduciario, imprescindibile¹⁰, che lega il potere politico alla dirigenza, e ne completa i confini della relativa, specifica, responsabilità dirigenziale, come osservato all'inizio strumento che nasce ed è connotato alla stessa funzione apicale.

Il quadro brevemente delineato deve comprendere un'ulteriore riflessione, già richiamata all'inizio di queste note, legata al riconoscimento dell'apporto dell'iniziativa privata alla realizzazione di fini pubblici, secondo il principio della sussidiarietà orizzontale introdotto nel 2001, a riforma amministrativa avviata da circa un decennio.

¹⁰ Non mancano tuttavia le interpretazioni contrarie: v. ad es. Cons. St., ad. Comm. spec., 5 maggio 2016, n. 1113, nel parere sullo schema di disegno legislativo di attuazione della delega al Governo per la riforma della dirigenza, ex art. 11, co. 1, lett. p), l. 7 agosto 2015, n. 124, riferito a quella sanitaria (v. d.lgs. 4 agosto 2016, n. 171 e s.m.i.), in cui si esclude il fondamento fiduciario della nomina, da basare sulla sola qualificazione tecnica.

Il legame indissolubile tra scelta dei fini, indirizzo politico e attuazione degli stessi non passa più per il solo tramite della P.a., ma deve comprendere anche il contributo autonomo delle realtà organizzate direttamente in ambito sociale.

Più ampia, e più complessa, diviene quindi la sfera di valutazione non già della dirigenza e del suo operato al fine di determinarne la specifica responsabilità, quanto quella, prioritaria, dell'estensione dell'azione pubblica da avviare con il contributo fondamentale di chi è preposto a quella funzione.

L'impressione è che non di rado ci si fermi a censurare la mancanza di *manager* adatti alla gestione da affidare, mentre occorre andare oltre con il ragionamento, e valorizzare anche la *leadership* che compete alla politica, spesso abdicata o impreparata, ricordando inoltre che insistere sulla separazione tra politica e amministrazione¹¹, anziché sulla loro distinzione, conduce non alla differenziazione dei ruoli quanto ad una vera e propria divisione, con effetti pesanti per l'efficacia del sistema così lasciato alla conduzione della componente più coesa e forte.

¹¹ In tal senso, Corte cost., 28 ottobre 2010, n. 304, evidenzia “come l'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, attribuisca agli organi di governo le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, che si sostanziano, in particolare, nella definizione degli obiettivi e dei programmi da attuare e nella verifica della rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti. ... Tali funzioni – una volta abbandonato «il modello incentrato esclusivamente sul principio della responsabilità ministeriale, che negava, di regola, attribuzioni autonome ed esterne agli organi burocratici» (citata sentenza n. 103 del 2007) – sono nettamente separate dall'attività gestionale che i dirigenti svolgono mediante apposite strutture organizzative (cosiddetti uffici di *linea*)”; cfr. anche Corte cost., 3 maggio 2013, n. 81. L'orientamento più radicale pare tuttavia cambiato, come dimostra la pronuncia della Corte costituzionale del 22 febbraio 2019, n. 23, che recupera l'istituto dello *spoils system* con riferimento alla figura del segretario comunale, secondo quella metodologia ritenuta incostituzionale nella pronuncia del 28 novembre 2008, n. 390.

AUTONOMIA, RESPONSABILITÀ
E QUALIFICAZIONE DELLA DIRIGENZA:
UNA QUESTIONE APERTA

di Carla Barbatì

Desidero, innanzi tutto, ringraziare i Colleghi dell'Ateneo che qui ci ospita e, in particolare, Cristiano Celone per l'invito a partecipare a queste giornate di studio dedicate a un tema, qual è la responsabilità dirigenziale che, da tempo al centro dell'attenzione del legislatore, della giurisprudenza e della dottrina, ancora ricerca uno statuto che ne valorizzi la capacità di farsi strumento, fra gli altri, per assicurare l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione.

L'affermazione di questi principi costituzionali è stata affidata, come a tutti ben noto, a una pluralità di soluzioni organizzative e procedurali più volte ridefinite dal legislatore ordinario, anche sulla scorta delle indicazioni offerte dal Giudice delle leggi, chiamato a verificare la congruità delle diverse discipline che andavano interessando l'organizzazione e l'azione amministrativa, e perciò anche il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, con il significato dei valori enunciati nell'art. 97 Cost.

Dai primi anni Novanta del Novecento, tra le soluzioni immaginate per garantire l'imparzialità e il buon andamento, si è imposto il principio di distinzione tra politica e amministrazione introdotto nel nostro ordinamento dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, dopo la prima sperimentazione che, con la l. 8 agosto 1990, n. 142, se ne fece nel "laboratorio" degli enti locali.

In base a questa distinzione, alla dirigenza sono attribuite competenze e responsabilità di gestione finanziaria, tecnica e amministrativa proprie, distinte dalle funzioni di indirizzo politico-amministrativo spettanti agli organi di governo, ai quali compete limitarsi a definire gli obiettivi e i programmi da attuare, nonché verificare la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti, senza possibilità di immettersi in quelli che diventano perciò gli

spazi decisionali della dirigenza (art. 4, co. 1 e 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e successive modifiche).

I dirigenti sono, dunque, i responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati, disponendo a tal fine di autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. A salvaguardia di questa autonomia, anche la valutazione del loro operato deve essere assistita da garanzie procedurali atte a non trasformare la loro dipendenza funzionale in dipendenza politica (Corte cost., 23 marzo 2007, n. 104).

È, appunto, la responsabilità dirigenziale che può condurre all'adozione di misure di revoca o modifica dell'incarico conferito al dirigente quando siano accertati, tramite un giusto procedimento, i risultati negativi della sua attività amministrativa e di gestione o il mancato raggiungimento degli obiettivi, sino al recesso dell'amministrazione dal rapporto di lavoro nei casi più gravi di inosservanza delle direttive impartite dall'organo competente o di ripetute valutazioni negative (art. 21, d.lgs. n. 165/2001).

Questi profili saranno esaminati nella sessione che ho l'onore di presiedere e su di essi perciò non mi soffermo. Dedicherò invece qualche considerazione a quanto è a fondamento della distinzione tra politica e amministrazione quale strumento dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, ossia all'autonomia della dirigenza.

Molti studi sono stati condotti in merito alla misura della sua effettività, in relazione alla pluralità delle posizioni dirigenziali e dei criteri di conferimento dell'incarico. Anche prescindendo dalla peculiare "coesione" con l'organo politico che connota, differenziandoli, i dirigenti apicali oggetto di nomine e di rapporti fiduciari, le analisi svolte con riguardo agli "altri" incarichi dirigenziali, sottratti allo *spoils system*, hanno riconosciuto e identificato i limiti che l'autonomia della dirigenza trae dai contesti, al di là delle garanzie che circondano l'accertamento della sua responsabilità.

Contesti fatti di pratiche che sfuggono alla disciplina normativa e perciò all'attenzione della giurisprudenza, ma che si sono andate consolidando se non rafforzando nella loro capacità di incidere sulla stessa tenuta della distinzione tra politica e amministrazione.

Innanzitutto quelle che, nella loro eterogeneità, confluiscono in ciò che si può definire la caducità dell'incarico dirigenziale.

Così è, specie con riferimento alla dirigenza dello Stato, cui in particolare volgo lo sguardo, per la prassi sempre più estesa di *bypassare* la durata minima triennale dell'incarico dirigenziale conferendolo a personale prossimo al raggiungimento del limite di età per il collocamento a riposo. Dunque, per un tempo molto breve che non soltanto sottrae i dirigenti alla valutazione del loro operato e alla connessa responsabilità, ma indebolisce la stessa ragion d'essere dell'autonomia dirigenziale, anche nella sua capacità di farsi strumento dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione (Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103).

Un analogo effetto è prodotto da un'altra pratica diffusa, qual è la riorganizzazione dei ministeri che sempre più di frequente accompagna il rapido avvicinarsi dei governi o comunque le politiche dei singoli ministri, diventando occasione per ricollocamenti e rotazioni negli incarichi che vanno ben oltre quelli previsti dalle leggi.

A ciò si aggiungano le norme organizzative che riducono, se non la ragion d'essere, gli spazi dell'autonomia dirigenziale prevedendo importanti interferenze di quelle figure ibride di vertice, come sono i capi dipartimento o i segretari generali dei ministeri, punti di connessione più che di snodo fra politica e amministrazione, resi in alcuni casi titolari di attribuzioni amministrative sovraordinate, quasi gerarchicamente, alle competenze dei dirigenti, nei cui confronti dispongono talvolta anche di poteri sostitutivi.

Lo stesso è a dirsi per le contrazioni dell'autonomia dirigenziale derivanti dalla eterodeterminazione degli assetti organizzativi interni oltre che dalla costruzione di processi decisionali frammentati fra più apparati e perciò fra più dirigenti, attratti in linee di comando o di coordinamento atte a comprimerne i poteri di scelta sino a rinviare, anche in funzione di composizione e chiusura del procedimento, alle figure apicali di *staff* o a dirigenti da loro nominati, se non agli uffici di diretta collaborazione dei ministri.

Contrazioni di autonomia che s'innestano su quelle, altrettanto conosciute, conseguenti ai vincoli di spesa, ad atti di indirizzo sempre più di dettaglio e, insieme, a disposizioni normative sempre più concrete nei loro contenuti, sino all'autoapplicabilità, che del pari riducono la sfera della discrezionalità amministrativa.

Prassi, dunque, oltre a modi di interpretare il ruolo del Governo,

del Parlamento e della stessa pubblica amministrazione, che indebolendo, nelle ragioni e negli spazi di espressione, l'effettività dell'autonomia riconosciuta alla dirigenza, ne indeboliscono anche la capacità di farsi "altro" centro decisionale.

Accanto alle contrazioni che l'autonomia dirigenziale riceve dall'esterno, vi sono poi le contrazioni derivanti dall'interno di un'amministrazione "difensiva", che preferisce limitare i propri poteri di scelta e così la propria responsabilità, per spostarli su altre sedi o momenti decisionali o rifugiandosi in prassi o in precedenti che, del pari, non ne valorizzano la capacità di farsi "altro" centro decisionale.

Tendenze e fatti da tempo studiati e diffusamente analizzati, anche nelle loro diverse cause e forme di espressione, che qui non posso che richiamare in termini estremamente sintetici, se si vuole solo evocativi, per rilevare semmai come essi rinviino a un'altra questione aperta, idonea a farsi presupposto della stessa autonomia e responsabilità dirigenziale qual è quella che concerne le modalità di selezione, reclutamento e formazione della dirigenza.

Difficile infatti immaginare che il rafforzamento di questo "corpo" delle amministrazioni pubbliche, non solo statali, il senso della sua autonomia e della sua responsabilità, possa prescindere dalla sua qualificazione, condizione di quel *trust in public administration* che alimenta la distinzione tra politica e amministrazione.

Molto si è cercato di fare, anche su questo versante, ma molto resta da fare, sia in termini di individuazione delle conoscenze e delle competenze necessarie ai dirigenti pubblici e perciò di percorsi e modalità formative, sia in termini di programmazione e continuità dei reclutamenti.

Non a caso anche le recenti linee guida approvate dal Comitato Interministeriale per gli Affari Europei, per la definizione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, operano tuttora un richiamo alla necessità e urgenza di sviluppare, anche attraverso la riqualificazione dei soggetti e dei metodi della formazione, quanto viene lì definito l'*empowerment* istituzionale della pubblica amministrazione.

Propositi che rimandano, dunque, a quelle necessarie disponibilità di competenze e di saperi la cui assenza è spesso addotta a motivo del conferimento, in percentuali che si sono fatte sempre più crescenti, di incarichi dirigenziali a figure esterne all'amministrazione o a personale

pubblico non dirigente, quasi a farne un'altra via, fra le tante, di "fuga" dall'autonomia, dalla responsabilità e dalla qualificazione della dirigenza.

LA RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE NELLA DISCIPLINA DEL LAVORO PUBBLICO

di Francesco Manganaro

SOMMARIO: 1. Il cantiere infinito delle riforme. – 2. Il ruolo della dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. – 3. L'ibrida natura giuridica dell'incarico dirigenziale. – 4. Le fattispecie di responsabilità dirigenziale. – 5. Elementi di valutazione della responsabilità dirigenziale. – 6. Le sanzioni applicabili.

1. *Il cantiere infinito delle riforme*

La responsabilità dirigenziale si inserisce nel contesto di un rapporto di lavoro nelle amministrazioni pubbliche che ha subito molteplici innovazioni del proprio regime giuridico, dando luogo ad una complessità interpretativa che spiega le ragioni della cangiante situazione attuale¹.

È indubbio che dal d.lgs. n. 29/93 ad oggi il rapporto di lavoro presso le amministrazioni pubbliche sia radicalmente mutato, assumendo contorni privatistici, sebbene in alcune circostanze riemergano alcuni profili legati alla funzione pubblica². Già in quel primo decreto legislativo è presente l'idea che le amministrazioni siano datori di lavoro alla stregua dei privati³, come

¹ Di recente, per un esame complessivo del rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni: G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Milano, 2019.

² Per S. CASSESE, *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, in S. CASSESE, S. BATTINI (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997, si tratta della più grande riforma del XX secolo, con una evidente ibridazione tra diritto pubblico e privato; in tal senso anche: S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, 326.

³ A. PIOGGIA, *Le fonti del rapporto di lavoro privato alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *Jus publicum*, 2011; S. GASPARRINI, P. MASTROGIUSEPPE, *I risultati delle riforme del lavoro pubblico*, in *L.p.a.*, 2011, 5, 691 ss.; M. D'APONTE, *La riforma Brunetta e l'attualità dello studio del diritto del lavoro pubblico*, in *L.p.a.*, 2011, 5, 675; C. D'ORTA, *L'organizzazione delle p.a. dal diritto pubblico al diritto privato: fallimento di una riforma*, in *L.p.a.*, 2011, 391 ss.; F. FRACCHIA, *I fannulloni pubblici e l'irritazione di Brunetta. Una lettura del d.lgs. 150/2009 riflettendo su Luhmann*, Napoli, 2011; V. TALAMO, *La contrattazione integrativa dopo il d.lgs. n. 150/2009. Le prime applicazioni giu-*

peraltro aveva già da tempo affermato autorevole dottrina amministrativistica⁴.

La prima fase della riforma negli anni 1992-93, con la legge delega n. 421/92 ed il d.lgs. n. 29/93, è caratterizzata dalla volontà del legislatore di separare nettamente la disciplina dell'organizzazione da quella del rapporto di lavoro individuale, la prima funzionalizzata ad uno scopo pubblico, il secondo lasciato alla regolamentazione del codice civile. Tale dicotomia appare evidente dal fatto che la fonte regolativa dell'organizzazione rimane la legge e non la contrattazione collettiva. Al contrario, i rapporti di lavoro individuali "sono regolati contrattualmente" (art. 2, c. 3, d.lgs. n. 29/93), tanto che "nelle materie soggette alla disciplina del codice civile, delle leggi sul lavoro e dei contratti collettivi [le pp.aa.] operano con i poteri del privato datore di lavoro" (art. 4, c. 1, d.lgs. n. 29/93).

La difficile implementazione della riforma in questa prima fase non è solo dovuta alle inevitabili resistenze alle novità istituzionali di ampia portata, ma mette già in luce alcuni profili problematici che riemergeranno anche in futuro, primo fra tutti l'intrinseca peculiarità di un datore di lavoro come la pubblica amministrazione e, per quanto qui interessa specificamente, l'incerta individuazione dei poteri del dirigente quale datore di lavoro.

La "seconda privatizzazione" arriva nel periodo 1997-98, a seguito della legge c.d. Bassanini n. 59/97 ed i conseguenti decreti legislativi nn. 396/97, 80/98 e 387/98, confluiti poi nel d.lgs. n. 165/2001, Testo unico del pubblico impiego (TUPI).

Anche l'organizzazione – e non solo il rapporto di lavoro – viene parzialmente attratta nell'orbita privatistica. Gli atti di alta organizzazione dell'organo politico e di governo dell'ente mantengono la tradizionale forma dei provvedimenti amministrativi (ad esempio, l'articolazione strutturale degli uffici dirigenziali), mentre assumono natura privatistica gli atti di micro-organizzazione, cioè tutte le decisioni di organizzazione e di gestione della struttura che spettano ai dirigenti.

La dottrina giuslavoristica rileva che anche in questa seconda fase vi sia una "privatizzazione tendenziale", in quanto permane una certa dif-

risprudenziali, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 4, 435 ss.; E. A. APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego "privatizzato"*, Milano, 2012.

⁴ M. S. GIANNINI, *Impiego pubblico (profili storici e teorici)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970.

ferenza tra un imprenditore privato, sottoposto alle regole del mercato, e la pubblica amministrazione⁵. Né il datore di lavoro pubblico ha l'ampia libertà nella pianificazione delle strutture organizzative di cui gode l'imprenditore privato⁶. Rimane, in sostanza, irrisolta la fondamentale questione sul se e come l'interesse pubblico funzionalizzato – che costringe l'amministrazione ad adottare atti organizzativi che garantiscano buon andamento ed imparzialità ai sensi dell'art. 97 Cost. – influisca sul rapporto di impiego privatizzato.

L'emanazione del TUPI conclude questa seconda fase della riforma del pubblico impiego, confermando la contrattualizzazione del rapporto di lavoro, ma senza escludere – come poi avverrà – ulteriori interventi legislativi settoriali quali quelli relativi alla responsabilità disciplinare o al riordino della dirigenza.

La terza fase della riforma del pubblico impiego – attuata con la legge delega n. 15/2009 ed il conseguente d.lgs. 150/2009 (c.d. decreto Brunetta) – è caratterizzata da una rivalutazione della fonte legislativa con una conseguente restrizione degli spazi della contrattazione collettiva.

Non mancano alcune aporie. Da una parte la riforma ripubblicizza parte della disciplina, ampliando gli spazi di regolazione delle fonti unilaterali a scapito della contrattazione, dall'altro accresce il potere privatistico del datore di lavoro, attribuendogli contemporaneamente maggiori responsabilità quanto agli obiettivi da perseguire. La prova di questo ultimo orientamento si rinviene nella modifica dell'art. 5, c. 2, del TUPI, che specifica - in ordine alla natura privatistica del potere datoriale – che “nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, c. 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro ... sono assunte *in via esclusiva* dagli organi preposti alla gestione *con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*, fatta salva la sola informazione ai sindacati ovvero le ulteriori forme di partecipazione, ove previsti nei contratti di cui all'art. 9” (corsivi nostri), attribuendo ai dirigenti la competenza ad emanare gli atti di gestione delle risorse umane nonché quelli relativi alla direzione

⁵ F. CARINCI, *La riforma del pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 193.

⁶ T. TREU, V. FERRANTE, *Finalità della riforma*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Milano, 2000, 11.

ed organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici⁷. L'ampliamento dei poteri datoriali risulta confermato dalla possibilità consentita all'amministrazione, ai sensi dell'art. 40, c. 3-ter, in caso di mancato rinnovo del contratto collettivo integrativo, di provvedere unilateralmente, in via provvisoria, sulle materie oggetto del fallito accordo.

Se, per questo verso, appare rafforzato il ruolo della dirigenza, non mancano palesi contraddizioni nell'attuazione dell'intero ciclo delle riforme legate al sistema della valutazione. Su questo versante anche la riforma Brunetta, nell'encomiabile tentativo di premiare il merito, proceduralizza eccessivamente i processi di valutazione della performance contribuendo, contro la sua stessa fondamentale aspirazione, all'indebolimento di un potere datoriale ancora legato a nuovi vincoli procedurali. Esempio significativo è l'obbligo di motivazione degli atti che, premiando il merito, stabiliscono trattamenti contrattuali differenziati in base ad un'interpretazione dell'art. 45 del TUPI sulla parità di trattamento contrattuale.

La maggiore difficoltà nell'attuazione dell'intero ciclo delle riforme torna ad essere la fragilità del datore di lavoro pubblico, identificato in un dirigente che, oltre alla precarietà dei suoi rapporti con la politica, ha ancora troppi limiti nella gestione organizzativa dei dipendenti⁸. Certo non si tratta di un problema di poco momento, se in tutti i Paesi sviluppati la principale questione relativa all'implementazione di politiche pubbliche per le amministrazioni consiste nella contraddittoria necessità di dare maggiore poteri al datore di lavoro pubblico, cioè ai dirigenti, e nello stesso tempo sottoporli a maggiori controlli per la corretta utilizzazione delle risorse pubbliche⁹.

⁷ Sui poteri manageriali della dirigenza: A. PIOGGIA, *La managerialità nella gestione amministrativa*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA, R. SEGATORI (a cura di), *L'Amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Milano, 2017, 117 ss.; E. D'ALTERIO, *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione "performante": storia di paradossi in tema di pubblico impiego*, in *Riv. giur. lav.*, 3, 2018, 488 ss.

⁸ G. NICOSIA, *La complicata evoluzione del controllo gestionale sul "capitale umano" nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2019, 776 ss., in part. 785, rileva come tutta la riforma del lavoro pubblico si fondi sulla managerialità dei dirigenti, ma che spesso il legislatore abbia contraddittoriamente eroso i poteri dirigenziali sia verso l'alto, attribuendo nuovi poteri alla legge ed alla politica, sia verso il basso con la compartecipazione sindacale all'esercizio dei poteri dirigenziali.

⁹ C. POLLIT, G. BOUCKAERT, *La riforma del management pubblico*, Milano, 2002.

La quarta fase del rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni si concretizza con la riforma Madia¹⁰, attuata con la legge n. 124/2015 ed i conseguenti decreti legislativi nn. 74 e 75 del 2017. Tra le più significative novità si torna a valorizzare la contrattazione, anche attraverso la possibilità di derogare a norme precedentemente emanate (art. 2, c. 2, d.lgs. 165/2001). Al fine di rendere effettiva la privatizzazione, si attribuisce alle norme carattere imperativo, con la conseguenza che esse si applicano coattivamente ai contratti di lavoro, anche sostituendo disposizioni contrastanti del contratto individuale, ai sensi degli articoli 1339 e 1419, cod. civ.. Inoltre, i decreti incidono sulla produttività del lavoro, garantendo efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, soprattutto attraverso una parziale ridefinizione del ciclo della performance e dei modi di determinazione e valutazione degli obiettivi.

Osserva la dottrina, a questo proposito, che il ciclo della performance, che dovrebbe essere il baricentro della valutazione del personale con rafforzamento del potere datoriale, si infrange sugli scogli di un fitto reticolo normativo che costringe la dirigenza “entro un sistema di regole organizzative e procedurali che ne limitano fortemente l’autonomia e la funzione manageriale”¹¹.

Tra funzionalizzazione all’interesse pubblico dell’organizzazione amministrativa e natura privatistica del rapporto di lavoro riemergono alcune peculiarità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Se una disciplina speciale si può giustificare in nome dell’organizzazione, certo non dovrebbe trovare accesso nel regime contrattuale. Ed invece, anche nella riforma del 2017, tale specialità si ritrova nella disciplina dei lavori flessibili e delle sanzioni disciplinari. Ne è tipico esempio la scelta di mantenere in caso di licenziamento la tutela reintegratoria del dipendente pubblico a fronte della tutela indennitaria stabilita per i dipendenti privati. A questo proposito, si rileva in maniera inequivoca che “l’ultima riforma perfezionatasi con la decretazione delegata segna il definitivo tramonto del tentativo (forse utopistico alla prova dei fatti) di

¹⁰ A. CORPACI, R. DEL PUNTA, M.P. MONACO (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico a due anni dalla legge Madia*, Milano, 2018; A. GARILLI, A. RICCOBONO, C. DE MARCO, A. BELLAVISTA, M. MARINELLI, M. NICOLOSI, A. GABRIELE (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la riforma Madia*, Milano, 2018.

¹¹ A. GARILLI, *Breve storia di una riforma incompiuta*, in *Giur. it.*, 2018, 985.

costituire una disciplina sostanzialmente unitaria del diritto del lavoro comune al lavoratore subordinato sia esso alle dipendenze di un privato o di una pubblica amministrazione”¹².

L’innovazione normativa si ferma proprio in materia di dirigenza pubblica. La riforma Madia prevedeva l’emanazione di uno specifico decreto legislativo in materia, che pure il Consiglio dei ministri aveva approvato. La dichiarazione di illegittimità costituzionale dei decreti attuativi della riforma – intervenuta con la nota sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016 – per mancanza dell’intesa con le Regioni, ha interrotto l’*iter* di emanazione del decreto legislativo sulla dirigenza, che invero avrebbe potuto essere emanato seguendo il procedimento indicato dalla Corte, come avvenuto per altri decreti legislativi attuativi della riforma Madia.

2. *Il ruolo della dirigenza nelle pubbliche amministrazioni*

Alla luce dell’evoluzione della disciplina generale sul rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, si possono meglio cogliere i tratti essenziali della dirigenza pubblica e, in particolare, della responsabilità per inadempimento di obblighi propri della funzione. Su questo ultimo versante emergono le incertezze interpretative sulla natura giuridica dell’incarico dirigenziale, luogo di confine tra un provvedimento che determina i contenuti del rapporto ed un contratto che ne prevede l’aspetto economico¹³.

Come si è visto, l’originario intento del legislatore della privatizzazione del 1993 era quello di affidare ai dirigenti ampi poteri con un contratto di diritto privato e con una netta divisione tra politica ed

¹² L. FIORILLO, *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, cit., 52.

¹³ Per la tesi pubblicistica, ancora prima delle modifiche intervenute: L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000; C. D’ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la l. n. 145/2002*, in *L.p.a.*, 2002, 929; A. POLICE, G. GRUNER, *Gli incarichi dirigenziali. Il rapporto di ufficio tra funzione pubblica e diritto privato*, in M. CHITI, R. URSI (a cura di), *La dirigenza pubblica: analisi e prospettive*, Torino, 2007, 97 ss. Successivamente, la natura pubblicistica del provvedimento di conferimento dell’incarico, al pari di quello di revoca dello stesso, è sostenuta, tra gli altri, da C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, 109, 111, 119-133, 261-270.

amministrazione. L'originario testo del d.lgs. 29/93, all'art. 3, attribuiva agli organi politici le funzioni di indirizzo attraverso la definizione degli obiettivi ed alla dirigenza "l'adozione degli atti e dei 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".

La legislazione successiva ha seguito un percorso diverso, culminato nella riforma realizzata con la l. n. 145/2002, che ha modificato in maniera sostanziale l'art. 19, TUPI, che attiene alla costituzione del rapporto di incarico dirigenziale, cioè al fulcro della questione *de qua*¹⁴.

Il "nuovo" art. 19, c. 2, TUPI, stabilisce che gli incarichi dirigenziali siano conferiti con un atto unilaterale dell'organo politico, espressamente definito "provvedimento", con cui si stabiliscono oggetto, obiettivi e durata dell'incarico, mentre la determinazione del trattamento economico si rinviene nel connesso contratto individuale. Siamo, ancora una volta, in presenza di una fattispecie ibrida, regolata da norme di tipo pubblicistico e privatistico, in cui il potere datoriale attribuito al dirigente trova un limite nell'atto unilaterale di incarico proveniente dall'organo politico.

Tuttavia, pur se il passaggio dalla prima privatizzazione a quella successiva rafforza i vincoli tra politica ed amministrazione, non muta la natura giuridica del rapporto di lavoro e degli incarichi dirigenziali, che

¹⁴ Sul punto: G. D'ALESSIO, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, in *L.p.a.*, 2002, 213 ss.; L. MENCHINI, *La disciplina degli incarichi dirigenziali*, in *L.p.a.*, 2002, 1005; C. COLAPIETRO, *La controriforma del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2002; D. MEZZACAPO, *L'alta dirigenza statale tra politica e amministrazione (osservazioni sullo "spoils system all'italiana")*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, fasc. 3; G. NICOSIA, *La dirigenza tra fiducia, buona fede ed interessi pubblici*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003, 253; B. VALENSISE, *Lo spoils system: prime controversie relative alla decadenza dell'incarico dirigenziale ex art. 3 comma 7 della legge 15 luglio 2002, n. 145*, in *L.p.a.*, 2003; R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 309; S. BATTINI, *Il personale*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 143 ss.; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit.; G. GARDINI, *La perenne riforma della dirigenza pubblica*, in *Astrid Rassegna*, 16, 2019.

rimangono nella sfera della disciplina privatistica. Permane, infatti, la regola fondamentale, introdotta nell'art. 2 del TUPI, secondo cui spetta al governo dell'ente emanare gli atti di macro-organizzazione, mentre i rapporti individuali di lavoro sono regolati contrattualmente e ad essi si applicano le disposizioni del codice civile.

Perciò, l'atto di assegnazione dell'incarico dirigenziale, a cui fa riferimento l'art. 19 TUPI, può essere definito "provvedimento" per il soggetto che lo emana, ma non per gli effetti che rimangono di natura consensuale. Se ne ha conferma nella recente dottrina, secondo cui "gli obblighi che discendono dall'incarico dirigenziale possono dunque essere definiti contrattuali, anche se l'incarico viene conferito mediante un provvedimento"¹⁵. E per giustificare tale effetto si sostiene che la regolazione del rapporto deriva da un accordo concluso tra le parti, che necessita del consenso del dirigente *ex art. 1326, cod. civ.*. Certo sarebbe auspicabile che, invece di dovere ricorrere a complesse costruzioni interpretative, per riconoscere la natura privatistica dell'incarico dirigenziale si inseriscano oggetto, obiettivi e durata dell'incarico nel contratto e non più nel provvedimento¹⁶.

La natura privatistica dell'incarico dirigenziale è ribadita dalla giurisprudenza ampiamente dominante¹⁷. Afferma esplicitamente il Consiglio di Stato (sez. IV, 25 ottobre 2017, n. 4910) che, in tema di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali anche di livello apicale quale è quella di Segretario Generale di un Ministero, l'amministrazione non esercita potestà pubblicistiche in posizione di supremazia speciale ma, al contrario, spende poteri datoriali di gestione paritetica del rapporto di lavoro, rientranti nella giurisdizione ordinaria. Anche le deliberazioni propedeutiche emanate dall'amministrazione hanno natura privatistica, quali atti che si potrebbero definire interni alla sfera datoriale e propedeutici alla formazione di una volontà negoziale.

Tuttavia, la conferma di una ibridazione si ha in quella giurispru-

¹⁵ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 108.

¹⁶ A. PIOGGIA, *La disciplina degli incarichi della dirigenza professionale*, in G. D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione*, Bologna, 2008, 144 ss., sostiene la natura privata dell'atto di conferimento dell'incarico, riproponendo a tal fine un ritorno al contratto.

¹⁷ In senso opposto, alcuni TAR sostengono la natura pubblicistica; sul punto C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 264-265.

denza che, pur riconoscendo la natura privatistica del rapporto dirigenziale, ritiene necessaria una procedimentalizzazione della fase di assegnazione dell'incarico con la previa pubblicizzazione dei criteri generali per l'affidamento e la revoca (Cass. civ., sez. lav., 16 aprile 2019, n. 10567), nonché con l'adozione di valutazioni comparative, adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali ed obbligo di motivazione delle scelte compiute, tutti elementi la cui mancanza configura inadempimento contrattuale, suscettibile di produrre un danno risarcibile (Corte appello Roma, sez. lav., 7 febbraio 2019, n. 196).

3. *L'ibrida natura giuridica dell'incarico dirigenziale*

Quando il legislatore afferma esplicitamente che, nell'ambito della micro-organizzazione, il dirigente pubblico esercita poteri analoghi a quelli del dirigente privato (art. 5, c. 2, TUIPI), una parte della dottrina giuslavoristica giustifica tale scelta, in quanto il dirigente pubblico, nell'esercizio delle attività proprie dell'ufficio non è soggetto al vincolo di scopo connesso alla funzione pubblica esercitata dall'amministrazione¹⁸.

Le contraddizioni interpretative inducono, però, a ritenere che continuino a sussistere alcune peculiarità del regime giuridico della dirigenza delle pubbliche amministrazioni non fosse altro perché il dirigente accetta un incarico i cui contenuti non sono oggetto di contrattazione¹⁹.

La più puntuale analisi dei poteri dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni consente di cogliere meglio tali peculiarità. L'enunciazione esemplificativa dei poteri del dirigente, contenuta negli artt. 16 e 17 TUIPI, appare ampia, ma sempre in un ambito micro-organizzativo sottoposto a limitazioni normative o della contrattazione collettiva.

Il dirigente esercita il potere direttivo, compresa l'attribuzione di mansioni superiori, ma nei limiti e per i casi tassativamente previsti dall'art. 52, TUIPI. Il ricorso al lavoro a tempo determinato o flessibile,

¹⁸ A. ZOPPOLI, *La dirigenza pubblica tra mancata riforma e persistenti equivoci*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2018, 322.

¹⁹ L. FIORILLO, *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, cit., 52.

attribuito alla competenza ed alla responsabilità del dirigente, appare molto più limitato che nel settore privato, in quanto le amministrazioni possono sì “avvalersi delle forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell’impresa”, ma “esclusivamente nei limiti e con le modalità in cui se ne preveda l’applicazione nelle amministrazioni pubbliche” (art. 36, c. 2, TUIPI), con un’inversione di tendenza che ha portato il legislatore ad aumentare anziché diminuire i vincoli normativi²⁰. Quanto alle misure incentivanti, spetta al dirigente definire il trattamento accessorio dei lavoratori della sua struttura (art. 45, c. 4, TUIPI) con una ponderazione differenziata del lavoro svolto dai suoi collaboratori (art. 18, c. 2, d.lgs. n. 150/2009), al fine di migliorare la performance (art. 40, c. 3-bis, TUIPI) nonché di attribuire le progressioni economiche, sempre al fine di premiare il merito; ma tale potere rimane costretto entro una rigida determinazione normativa delle modalità e delle percentuali di miglioramento retributivo e con l’obbligo di giustificare le differenze salariali *ad personam*. Ancora più evidente è la differenza in materia di sanzioni disciplinari, poiché il legislatore lascia alla competenza del responsabile della struttura solo il rimprovero verbale (art. 55-bis, TUIPI, come modificato dall’art. 13 del d.lgs. 75/2017), attribuendo la competenza ad irrogare le altre sanzioni allo specifico Ufficio per i procedimenti disciplinari. L’esigenza di evitare fenomeni di *maladministration* o corruttivi ha indotto il legislatore, già dal decreto Brunetta e più ancora nella riforma Madia, ad irrigidire le norme sulle sanzioni disciplinari ora regolate dalla legge quanto alla definizione delle fattispecie ed al procedimento per irrogarle. Perciò, sia la dottrina giuslavoristica²¹ che quella amministrativistica²² concordano nel ritenere che questo tipo di potere disciplinare sia analo-

²⁰ Secondo A. GARILLI, *Dirigenza pubblica e poteri datoriali*, in *L.p.a.*, 1-2, 2016, 15 ss., “nelle pubbliche amministrazioni l’utilizzo delle tipologie flessibili e delle collaborazioni ha subito un percorso inverso, essendo stato via via assoggettato a sempre più rigorosi limiti”.

²¹ Criticano la natura autoritaria di questa riforma: L. ZOPPOLI, *La contrattazione collettiva dopo la delega*, in *CSDLE “Massimo D’Antona”*, 2009, n. 87; F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, in *CSLE “Massimo D’Antona”*, 2009, n. 88.

²² B. G. MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 37 ss.

go alla potestà punitiva statale, orientato più verso la tutela pubblicista degli interessi generali, che verso quelli privati del datore di lavoro. Ed in tal senso milita anche la previsione dell'obbligatorietà dell'iniziativa dell'azione disciplinare, visto che il mancato, tardivo o erroneo esercizio di tale potere costituisce per i dirigenti presupposto della responsabilità disciplinare (art. 55-*sexies*, c. 3, TUIPI)²³.

Considerate le numerose eccezioni al regime privatistico, non convince l'estensione totale del sistema della performance, nel modo in cui lo configura in particolare l'art. 9 del d.lgs. 150/2009, come modificato dal d.lgs. 74/2017; se infatti è correttamente oggetto di valutazione il raggiungimento di specifici obiettivi individuali, appare improprio, tenendo conto dei reali poteri attribuiti ai dirigenti, considerare oggetto di valutazione ai sensi del comma 1-*bis* anche un elemento eterodeterminato quale il "raggiungimento degli obiettivi individuati nella direttiva generale per l'azione amministrativa e la gestione e nel Piano della *performance*", su cui poco possono incidere i poteri del singolo dirigente²⁴.

4. Le fattispecie di responsabilità dirigenziale

Le numerose modifiche intervenute in questi anni nell'ambito del regime giuridico della dirigenza influiscono sulla corretta individuazione dei presupposti per la configurazione della responsabilità dirigenziale.

Il testo originario della riforma dell'impiego pubblico attribuiva in via esclusiva alla dirigenza la responsabilità per l'attività svolta ed i risultati perseguiti, coerentemente con l'attribuzione di tutti i poteri organizzativi. Ma, una volta riportata alla politica l'individuazione degli obiettivi, la determinazione dell'assetto organizzativo e delle risorse uti-

²³ A. DI PAOLANTONIO, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, cit., 846 ss.; G. NICOSIA, *I poteri dei dirigenti: ipotesi ricostruttiva della funzione datoriale e manageriale*, *ivi*, *Il lavoro pubblico*, cit., 1002, rileva, in materia di responsabilità disciplinare, come sia contraddittorio "spingere nella direzione della responsabilizzazione massima del dirigente e poi aprire alla co-decisione sindacale con la negoziabilità (delle modalità di esercizio) dei relativi poteri".

²⁴ A. GABRIELE, *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la "riforma Madia"*. *La valutazione della performance nella "quarta" riforma del lavoro pubblico*, in *Giur. it.*, 2018, 4, 985 ss.

lizzabili, con la conseguente attenuazione della capacità programmatrice e di gestione della dirigenza, bisogna riconsiderare la disciplina sulla responsabilità.

L'art. 21 TUPI indica due diversi presupposti per l'insorgere di una specifica responsabilità dirigenziale, aggiuntiva rispetto a quella penale, civile, amministrativa ed erariale che, ognuna per suo conto, attiene alle attività dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni²⁵, secondo una tesi, già da tempo configurata, che considera la responsabilità dirigenziale come "la peculiare e specifica forma di collegamento fra indirizzo e gestione"²⁶.

In un nuovo e diverso rapporto tra politica ed amministrazione diventano sanzionabili il *mancato perseguimento degli obiettivi*, accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione della performance e *l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente*.

Il primo caso si configura come una responsabilità di carattere gestionale non legata a violazioni di singoli precetti normativi, ma accertata a seguito di una valutazione complessiva dell'attività del dirigente. Si tratta di un tipo di responsabilità senza colpa, ove l'elemento oggettivo del mancato perseguimento degli obiettivi prescinde da qualsiasi valutazione dell'elemento soggettivo²⁷. Secondo una corretta valutazione della performance, ai sensi dell'art. 9, c. 1, del d.lgs. 150/2009, questo tipo di responsabilità si misura su uno spettro assai ampio che comprende la valutazione degli indicatori relativi all'ambito organizzativo di diretta responsabilità, il raggiungimento di specifici obiettivi individuali, la qualità del contributo assicurato alla performance generale della struttura, le compe-

²⁵ G. NICOSIA, *La responsabilità dirigenziale*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, cit., 1022 ss.

²⁶ L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, cit.

²⁷ Secondo C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 109-119, sussiste il carattere colposo della responsabilità dirigenziale, anche quando sia legata al mancato raggiungimento degli obiettivi, sebbene il concetto di colpa sia da intendersi non sul piano psicologico, come il dolo, ma sul piano oggettivo, cioè come inosservanza della diligenza dovuta in base ad obiettivi canonici sociali e professionali di condotta, come violazione dello sforzo volitivo e tecnico normalmente adeguato a prevedere e superare anche gli impedimenti sopravvenuti (113). Per quanto riguarda, invece, la determinazione del *quantum*, l'Autore opportunamente afferma che "diversamente dalla responsabilità contrattuale e dalla responsabilità amministrativo-contabile, la responsabilità dirigenziale prescinde dall'accertamento e dalla quantificazione del danno, proprio come la responsabilità disciplinare" (122).

tenze professionali e manageriali, la capacità di valutazione dei propri collaboratori dimostrata tramite una significativa differenziazione dei giudizi.

Il mancato perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli organi politici ed accettati dal dirigente costituiscono l'unico parametro della valutazione; perciò tale responsabilità è connessa al contratto di incarico e non al contratto di lavoro di base, intorno a cui gravitano invece gli altri tipi di responsabilità del dirigente²⁸.

Quanto al secondo presupposto della responsabilità dirigenziale, cioè l'inosservanza delle direttive, si noti innanzitutto che non è più previsto, come in precedenza, il requisito della "gravità". Si è posto poi il problema se la mera inosservanza possa configurare tale responsabilità senza valutare se essa abbia prodotto il mancato perseguimento degli obiettivi, visto che accettando questa ipotesi si metterebbe in crisi la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. A questo proposito, si è affermato che l'inosservanza delle direttive, accertata a valle del ciclo di valutazione della performance, prescinde dall'accertamento dell'elemento soggettivo²⁹, ma proprio per questo sembra analoga ad una responsabilità di tipo disciplinare³⁰.

La difficoltà interpretativa sorge per il contrasto tra l'art. 21 del TUPI e l'art. 5 del d.lgs. 286/1999, in quanto, con riferimento all'oggetto della valutazione, quest'ultima disposizione pone l'accento sui "risultati dell'attività amministrativa e della gestione" per il raggiungimento degli obiettivi, indipendentemente dall'inosservanza delle direttive. In altre parole, non dovrebbe incorrere in responsabilità dirigenziale chi ha conseguito risultati positivi pur non essendosi attenuto alle direttive.

La responsabilità dirigenziale risulta, perciò, in entrambi i casi previsti dall'art. 21, c. 1, TUPI, conseguente all'oggettivo mancato raggiungimento degli obiettivi, accertato attraverso l'articolato procedimento di valutazione per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni. Non è un caso che la giurisprudenza non ammetta esimenti per il mancato perseguimento degli obiettivi dovuto a fatti già noti al momento dell'attribu-

²⁸ G. NICOSIA, *La responsabilità dirigenziale*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, cit., 1032.

²⁹ *Ivi*, 1039.

³⁰ L. ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009; P. CERBO, *Responsabilità politica e responsabilità dirigenziale dopo la legge n. 145 del 2002*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 1721 ss.

zione dell'incarico, come ad esempio il numero esiguo di dipendenti o la mancanza di risorse (Cass. civ., sez. lav., n. 11161/2018).

L'unico evento che possa attenuare o impedire il sorgere della responsabilità dirigenziale è la mancata diligenza di chi doveva fissare gli obiettivi, come nel caso di attribuzione tardiva degli obiettivi che non consenta al dirigente di perseguirli. Secondo la Cassazione, una valutazione negativa per non aver raggiunto gli obiettivi si giustifica solo se il dirigente è stato posto in grado di conoscerli preventivamente, in quanto assegnati all'inizio di ogni anno, secondo un principio inderogabile dalla contrattazione decentrata (Cass. civ., sez. lav., 28 novembre 2017, n. 28404). L'accertamento giudiziale dell'illegittimità della sanzione applicata non comporta un ristoro economico sotto forma di risarcimento per perdita di *chance*, poiché non compete al giudice fissare un risarcimento automaticamente commisurato all'indennità di risultato non percepita (Corte appello, Roma, sez. lav., 27 aprile 2017, n. 1455).

Vi è invero un terzo presupposto della responsabilità dirigenziale, previsto dal c. 1-*bis* dell'art. 21, TUPI, e cioè la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione. Si tratta di un'ipotesi diversa dalle precedenti, configurata come un caso di responsabilità disciplinare con la conseguente necessità di un diverso procedimento sanzionatorio e con sanzioni limitate alla decurtazione della retribuzione di risultato, diversamente dalle sanzioni previste per le fattispecie prima indicate, che possono giungere fino alla revoca dell'incarico dirigenziale.

Si è a lungo discusso sulla differenza tra responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale, problema che appare più chiaro alla luce delle più recenti modifiche normative.

Secondo una tesi, ora superata, la responsabilità disciplinare che sanziona gli inadempimenti delle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro e la responsabilità dirigenziale che punisce il mancato perseguimento degli obiettivi farebbero parte di un unico tipo di responsabilità connessa alla violazione di obblighi integrativi dell'incarico attribuito al dirigente.

Tale impostazione non è condivisibile perché la responsabilità dirigenziale ha il suo contenuto specifico nel mancato conseguimento degli obiettivi, cioè di un risultato pattiziamente concordato, mentre la re-

sponsabilità disciplinare si concretizza nella violazione di un singolo obbligo³¹. Inoltre, la responsabilità dirigenziale attiene al contratto di incarico, mentre tutte le altre responsabilità derivano dalla violazione di obblighi connessi al contratto fondativo del rapporto di lavoro³². Certo, in concreto, la linea di demarcazione appare flebile, cosicché la stessa dottrina appena citata rafforza la differenza tra responsabilità disciplinare e dirigenziale individuando un elemento procedurale, in quanto la prima si può configurare solo a valle di una complessa ed articolata procedura di valutazione della performance, mentre tale procedura non è richiesta per la responsabilità disciplinare, che segue un diverso tipo di procedimento.

5. Elementi di valutazione della responsabilità dirigenziale

I presupposti della responsabilità dirigenziale si rinvencono nell'art. 21 del TUPI, ma la stratificazione normativa configura un numero ben maggiore di obblighi organizzativi, alla cui eventuale inosservanza è associata una responsabilità dirigenziale, valutabile nella complessiva valutazione della performance.

Si rinvencono infatti – e l'elencazione potrebbe essere solo per difetto – altri diciassette ipotesi, oltre a quelle previste dall'art. 21, in cui si configura una responsabilità dirigenziale.

Una prima serie di casi si rinviene nello stesso TUPI: mancato controllo sulla regolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile (d.lgs. 165/2001, art. 36, c. 3 e 5); mancato esercizio o decadenza dell'azione disciplinare (d.lgs. 165/2001, art. 55-*sexies*, c. 3); mancato controllo sulle assenze (d.lgs. 165/2001, art. 55-*septies*, c. 6).

È motivo di responsabilità dirigenziale la mancata adozione del Piano della performance previsto dall'art. 10 del d.lgs. 150/2009.

Altri casi sono introdotti dalla legge sul procedimento: mancata o

³¹ La responsabilità dirigenziale *ex art. 21* del d.lgs. n. 165 del 2001 presuppone una valutazione negativa dei risultati raggiunti dall'ufficio al quale il dirigente è preposto ed è finalizzata alla sua rimozione per inidoneità rispetto alla funzione, mentre la responsabilità disciplinare è dovuta ad un mero inadempimento colpevole di obblighi gravanti sul dirigente (Tribunale Roma, sez. lav., 10 ottobre 2019, n. 8729).

³² G. NICOSIA, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 1032.

tardiva emanazione del provvedimento (l. 241/1990, art. 2, c. 9); mancata partecipazione alla conferenza di servizi ovvero ritardata o mancata adozione della determinazione motivata di conclusione del procedimento (l. 241/1990, art. 14 *ter*, c. 6-*bis*).

Vi sono poi i casi che attengono a profili relativi alla trasparenza: mancata adozione e realizzazione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità o mancato assolvimento degli obblighi di pubblicazione sul proprio sito istituzionale delle informazioni nella sezione Trasparenza (d.lgs. 33/2013); mancata predisposizione del piano di formazione dei dipendenti chiamati ad operare in settori particolarmente esposti alla corruzione (l. 190/2012, art. 1, c. 8).

Un altro nutrito numero di obblighi sanzionabili è rinvenibile nel d.lgs. 82/2005 Codice dell'amministrazione digitale (CAD): obbligo di comunicazione o di pubblicazione in via telematica tra amministrazioni e cittadini (art. 3-*bis*, CAD); attività volte a garantire l'accesso telematico e il riutilizzo dei dati delle pubbliche amministrazioni (art. 52, c. 4, CAD); mancata comunicazione o aggiornamento dei dati pubblici previsti dal d.lgs. 33/2013 (art. 54, d.lgs. 82/2005); mancato avvio del procedimento da parte del titolare dell'ufficio competente a seguito di istanza o dichiarazione inviate per via telematica (art. 65, c. 1-*ter*, CAD); mancata comunicazione degli elementi necessari al completamento dell'Indice del domicilio digitale delle pubbliche amministrazioni (art. 6-*ter*, c. 3, CAD); violazione dell'obbligo di comunicazione elettronica tra amministrazioni (art. 47, c. 1-*bis*, CAD); mancata pubblicazione nei siti delle pubbliche amministrazioni dei moduli e dei formulari per i diversi tipi di procedimenti (art. 57, CAD).

È altresì fonte di responsabilità dirigenziale la mancata attuazione delle disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici (art. 9, l. 4/2004, che rinvia agli articoli 21 e 55 del TUPI).

Più di recente, la l. 56/2019 introduce l'art. 60-*bis* del TUPI, in cui si prevede la costituzione, presso il Dipartimento della funzione pubblica, del Nucleo delle azioni concrete per il miglioramento dell'efficienza amministrativa, denominato "Nucleo della Concretezza". Il Nucleo svolge funzioni di controllo sulle amministrazioni affinché adottino le misure previste nel neo-istituito Piano triennale delle azioni concrete per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni. Ai sensi del comma 7 dell'art. 60-*bis*, il mancato adeguamento alle misure prescritte dal Nucleo della

concretezza costituisce elemento che rileva ai fini della valutazione della responsabilità dirigenziale e disciplinare.

Invero, considerato che la responsabilità dirigenziale è conseguente al mancato perseguimento degli obiettivi, la violazione di singoli obblighi come quelli ora indicati potrebbe non costituire *ex se* presupposto costitutivo di responsabilità dirigenziale, confondendosi con una violazione di tipo disciplinare. È indubbio, tuttavia, che anche la violazione di tali obblighi specifici, configurati da esplicite previsioni normative, costituisca elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, in quanto frammenti di una condotta contraria ad una efficiente gestione dell'ufficio a cui il dirigente è preposto.

6. Le sanzioni applicabili

L'art. 21, c. 1, TUPI, come modificato in ultimo dai decreti legislativi della riforma Madia, prevede in via graduata diversi tipi di sanzioni, secondo il tipo e la gravità della violazione degli obblighi connessi all'incarico dirigenziale. Un primo tipo di sanzione più lieve è il mancato rinnovo dell'incarico. Mentre per le violazioni più gravi è prevista la revoca dell'incarico con la messa a disposizione del dirigente ovvero il recesso dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo. Il legislatore prevede, in tutti questi casi, un procedimento che consenta un adeguato contraddittorio ed il parere del Comitato dei garanti di cui all'art. 22 del TUPI.

Il procedimento sanzionatorio e gli atti che infliggono le sanzioni sono da considerare espressione del potere datoriale, con atti aventi natura privatistica. Dopo una lunga discussione sul punto, anche la revoca dell'incarico deve considerarsi un atto unilaterale giusprivatistico³³, contro cui è possibile ottenere tutela presso il giudice ordinario (art. 63, TUPI).

Per ogni tipologia di sanzione si pongono alcuni problemi interpretativi di non poco momento.

Quanto alla sanzione più lieve del mancato rinnovo dell'incarico si sostiene che sia necessaria una previa revoca dell'incarico precedente-

³³ *Contra*, C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 119 ss., 261 ss.

mente assegnato, ma soprattutto rimane il problema della mancata tutela nel caso in cui, revocato l'incarico, al dirigente non ne venga assegnato uno nuovo, con un danno anche economico, avendo diritto in questa situazione alla sola retribuzione tabellare³⁴.

Maggiori problemi attengono ovviamente a quella sanzione che può portare, oltre che al recesso dall'incarico, anche alla cessazione del rapporto di lavoro. Si è a questo proposito consolidato l'orientamento del necessario contraddittorio e di una puntuale procedimentalizzazione a garanzia del dirigente³⁵.

Innanzitutto, l'addebito può essere sollevato alla fine del complesso ed articolato ciclo della performance, che prevede sei fasi di verifica ai sensi del d.lgs. 150/2009, fasi in cui già si attua una prima forma di contraddittorio con il dirigente a cui si imputa il mancato raggiungimento degli obiettivi. Una volta sollevato l'addebito sarà necessario garantire il contraddittorio con il dirigente, al fine di verificare le sue ragioni e così valutare se infliggere o meno la sanzione e di quale tipo. L'art. 22 del TUPI prevede che per tutte le sanzioni venga "sentito" il Comitato dei garanti, ma senza che tale opinione acquisisca natura di parere preventivo vincolante³⁶. Seppure tutti gli atti del procedimento sanzionatorio rientrino nel novero degli atti privatistici connessi al potere datoriale, rimane la sostanziale difformità – già prima segnalata – tra lavoratore pubblico e privato nel fatto che, in caso di illegittimo licenziamento, il primo goda di una misura reintegratoria, mentre il secondo di una tutela solo risarcitoria³⁷.

Del tutto peculiare, quanto ai suoi presupposti, è il caso previsto dal comma 1-*bis* dell'art. 21 TUPI, per la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul personale assegnato, che prevede una decurtazione fino all'ottanta per cento della retribuzione di risultato. Non convince l'idea che anche in questo caso possano applicarsi le sanzioni previste per le fattispecie di cui al comma 1: la netta distinzione tra le fattispecie previste nei due differenti commi è ragionevolmente giustificata dal fatto che il mancato raggiungimento degli obiettivi e l'inosservanza delle direttive sono diretta conseguenza dell'attività del dirigente, mentre sul rispetto

³⁴ G. NICOSIA, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 1044.

³⁵ Corte cost., sent. nn. 103 e 104 del 2007.

³⁶ Cass. civ., sez. lav., 10 dicembre 2019, n. 32258.

³⁷ G. NICOSIA, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 1046.

degli standard qualitativi e quantitativi dei dipendenti assegnati influiscono elementi relativi all'organizzazione, che non sempre sono nella disponibilità del dirigente. Non a caso tale violazione deve essere "colpevole", introducendo così la necessità di considerare l'elemento psicologico della violazione e la normale diligenza nell'adempimento. Restano invece fermi, come per le sanzioni più gravi previste nel comma precedente, gli obblighi procedurali del corretto contraddittorio e l'obbligo di sentire il Comitato dei garanti.

Il complesso delle sanzioni previste fornisce un quadro da cui risulta che il legislatore ha ritagliato una responsabilità su misura per il dirigente, a cui attribuisce gli obiettivi con atto unilaterale, valutandone poi il raggiungimento nel rispetto delle direttive impartite. L'individuazione di diciassette fattispecie che concorrono a determinare la responsabilità dirigenziale, aggiuntiva rispetto a tutte le altre responsabilità, non appare consona ad una figura di datore di lavoro con effettivi poteri manageriali, configurando una dirigenza delle pubbliche amministrazioni sottoposta a regole eteronome, costretta a fare esercizi di economicità della spesa per conseguire gli obiettivi prefissati.

La necessità di esercitare poteri di natura discrezionale, oggetto di possibili diverse valutazioni in sede giurisdizionale, non incentiva la dirigenza delle pubbliche amministrazioni "ad assumere iniziative gestionali virtuose qualora appaiono innovative ed in discontinuità con l'esistente", ove "il binomio virtuoso autonomia/responsabilità vede compressa la prima ed ampliata la seconda"³⁸. Sarebbe perciò opportuna, come da altri auspicato³⁹, una modifica del sistema della performance, che dequoti gli errori gestionali dovuti all'esercizio della discrezionalità amministrativa, consentendo di perseguire un'efficacia meno legata a vincoli formali.

³⁸ A. BOSCATI, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, in *L.p.a.*, 2017, 84 ss.

³⁹ C. D'ORTA, *25 anni di norme che hanno paralizzato la pubblica amministrazione. Riconosciamo gli errori e proviamo a rilanciare il nostro paese*, in *www.eticapa.it*, 2018, 785, osserva che si è di fronte alla "negazione della 'discrezionalità amministrativa', da intendere come ragionata capacità di valutazione e scelta delle amministrazioni a fronte delle mutevoli situazioni che si verificano della realtà, messa all'indice quale che fosse un male in sé".

LINEAMENTI DELLA RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE
E CARATTERI DELL'AMMINISTRAZIONE.
VERSO UN'ECOLOGIA DELLE DECISIONI PUBBLICHE

di Gabriella De Giorgi Cezzi

SOMMARIO: 1. La responsabilità dirigenziale nel rapporto fra politica e amministrazione. – 2. In particolare: l'ipotesi di una responsabilità senza colpa o con colpa ma senza danno. – 3. Il modello della responsabilità dirigenziale e i caratteri dell'amministrazione locale. – 4. Responsabilità dirigenziale ed ecologia delle decisioni pubbliche.

1. La responsabilità dirigenziale nel rapporto fra politica e amministrazione

Il problema della responsabilità dirigenziale, e in particolare della sua configurazione come specifica responsabilità da inadempimento di obblighi gravanti sul dirigente, si è andato nel tempo delineando per sovrapposizioni di discipline positive, il cui esame è sembrato però trascurare la complessità della trama di fondo su cui si iscrivono.

È stato in particolare notato¹ che il passaggio dalla prima alla seconda privatizzazione, dal d.lgs n. 29 del 1993 alla l. n. 145 del 2002, ha finito col delineare un modello ibrido articolato nell'atto di conferimento di incarico, che ne definisce oggetto, obiettivi e durata, e nella sottoscrizione di un contratto individuale di lavoro con la fissazione del relativo trattamento economico. Anche al di là dei dubbi sulla natura dell'atto di conferimento dell'incarico², ad apparire significativi sono apparsi però

¹ F. MANGANARO, *La responsabilità dirigenziale nella disciplina del lavoro pubblico*, in questo volume.

² Per una rassegna di dottrina e giurisprudenza sul punto, *ivi*. Appare dunque centrale non tanto il profilo della delimitazione fra sfera pubblicistica e privatistica, quanto il significato organizzativo che la nuova disciplina implica. Sotto il primo profilo, sebbene l'art. 19 del TUPI non esiti a usare il nomen 'provvedimento' (senza però altra qualificazione) per l'atto di conferimento dell'incarico, appare esclusa la sua collocazione nell'ambito pubblicistico. Saldo resta invece il collocamento nella sfera pubblicistica degli atti di c.d. macrorganizzazione. Sul punto si veda Cons. di Stato, sez. V, dec. nn. 3802-3803-3828/2019 del 6 dicembre 2018, che, in riforma di TAR Puglia-Lecce, dec.

non tanto i problemi di confine fra pubblico e privato, quanto il fatto che questi aspetti, nella loro combinazione, servono a rafforzare i vincoli fra politica e amministrazione, attenuandone l'originaria separazione³.

A questa conclusione si giunge proprio osservando la responsabilità dirigenziale, quella forma di responsabilità, cioè, che non solo si aggiunge quantitativamente alle altre concomitanti forme di responsabilità (penale, civile, amministrativa, disciplinare), ma soprattutto caratterizza qualitativamente il ruolo della dirigenza nel suo dialogo con la politica.

L'analisi dei due principali presupposti di questa responsabilità – il mancato perseguimento degli obiettivi, accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione delle *performances*, e l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente – mostra infatti il nuovo, diverso atteggiarsi di quel dialogo: il primo, scandito da una progressiva semplificazione che unifica nel solo mancato perseguimento degli obiettivi una fonte di responsabilità che invece in passato si nutriva di indicatori diversi e articolati; la seconda, delineata come una ipotesi di responsabilità *tout court*, anche a prescindere dalle possibili conseguenze negative che l'inosservanza abbia prodotto, spezzando così il nesso tra obbligazione di mezzi e di risultato, tanto da avvicinarsi al modello della responsabilità disciplinare, epperò, a differenza di quest'ultima, tutta riasorbita nel rapporto verticale con la politica⁴.

Non sorprende quindi che il mutare dei presupposti su cui si fonda

nn. 77-78-79 del 24 gennaio 2018, ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo in questo ambito.

³ Non appare dunque centrale tanto il profilo della delimitazione fra sfera pubblicistica e privatistica, quanto il significato organizzativo che la nuova disciplina implica, a conferma del rilievo che la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato è una distinzione di struttura in quanto serve, e nei limiti in cui serve, agli ordinamenti giuridici positivi, dipendendo dal concreto assetto storico dell'esperienza giuridica, senza che vi si possa assegnare il valore statico del riordino delle merci in uno scaffale. Sul punto, riprendendo il pensiero di Capograssi, si veda E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, 20.

⁴ Per l'annotazione che la responsabilità dirigenziale è una responsabilità interna all'ente che però, a differenza dell'altra forma di responsabilità interna, quella disciplinare, incide in modo più significativo sul rapporto politica-amministrazione, in quanto quest'ultima è attivata dallo stesso dirigente generale o apicale (o dall'ufficio per i procedimenti disciplinari, a seconda del tipo e della gravità dell'illecito), si veda F. MANGANO, *La responsabilità dirigenziale...*, cit., *passim*.

questa forma di responsabilità racconti meglio di ogni altro indicatore come si attegga il rapporto fra politica e amministrazione, proprio perché, a differenza di quella disciplinare – con cui condivide l'irrilevanza nel rapporto coi terzi – la responsabilità dirigenziale si svolge tutta nell'ambito di quel rapporto⁵, e ha come unico parametro di valutazione il raggiungimento o meno degli obiettivi stabiliti dagli organi politici e l'unica possibilità di sfuggirvi nella loro mancata o tardiva fissazione, che ne impedisce la conoscenza e accettazione da parte del dirigente⁶.

C'è poi una connotazione generale di questa forma di responsabilità che discende da quella che è stata definita la “moltiplicazione di obblighi organizzativi”, la cui proliferazione, ben oltre l'elencazione contenuta nell'art. 21 del TUPI, introduce comunque “elementi di valutazione della responsabilità dirigenziale, in quanto frammenti di una condotta contraria ad un'efficiente gestione dell'ufficio a cui il dirigente è preposto”: si tratta infatti di una proliferazione che impressiona per numero, tanto da configurarsi quasi come una sorta di “tiro al bersaglio” al dirigente, ragione a un tempo del mutato rapporto con la politica⁷ e di quella ‘burocrazia difensiva’ che appare un tratto significativo della ‘questione amministrativa’ in Italia⁸.

2. In particolare: l'ipotesi di una responsabilità senza colpa o con colpa ma senza danno

Di questo mutato rapporto dice anche molto il grado di distacco fra

⁵ Rileva C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, 95 ss. che la responsabilità dirigenziale, al pari di quella disciplinare è una forma di responsabilità ‘interna’ che non rileva cioè nel rapporto coi terzi, ma che, a differenza di quest'ultima – attivabile dallo stesso dirigente generale o apicale (o dall'ufficio per i procedimenti disciplinari, a seconda del tipo e della gravità dell'illecito) –, è una responsabilità attivabile solo dall'organo politico e per questa ragione incide in modo più significativo sul rapporto politica–amministrazione.

⁶ *Ivi*, *passim*.

⁷ F. MANGANARO, *op. cit.*, conta, oltre agli obblighi indicati dall'art. 21 del TUPI, altri 16 casi, calcolati per difetto, in cui potrebbe configurarsi una responsabilità dirigenziale.

⁸ M. CLARICH, *Nell'agenda del governo entri subito la ‘questione amministrativa’*, in *Milanofinanza*, n. 080 del 23 aprile 2020, 2.

questa ipotesi di responsabilità rispetto ad altre, e in particolare rispetto al modello civilistico, in ordine sia all'elemento psicologico necessario a integrare ogni forma di responsabilità che non sia oggettiva, sia alla necessità o meno di un danno per la sua configurazione.

Quanto al primo profilo va ricordato che alla configurazione della responsabilità dirigenziale sulla base di un accertamento di tipo oggettivo, ravvisabile specialmente nell'ipotesi del mancato raggiungimento degli obiettivi⁹ si sono opposte altre ricostruzioni per così dire mediane: alcune dirette a distinguere fra le differenti fattispecie quelle certamente fondate su un giudizio di colpevolezza, come nel caso della grave inosservanza delle direttive ricevute, o della responsabilità gestionale di cui al comma 1 *bis* dell'art. 21, altre invece preoccupate di chiarire che si può prescindere dall'elemento della colpa quantomeno nel caso della responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi e inosservanza delle direttive, a condizione però che la colpa venga intesa come violazione di un dovere d'ufficio espresso in canoni normativi di comportamento, e non come elemento che attiene alla capacità manageriale del dirigente e in cui confluiscono, per sintesi, i molteplici elementi che fanno ritenere idoneo all'incarico un dirigente¹⁰.

⁹ Si tratta del mancato raggiungimento di quegli obiettivi, a prescindere da profili di colpa nella gestione dell'ufficio, anche rispetto alla gestione delle risorse umane e strumentali. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale...*, cit., 115 ss. ricorda a questo proposito l'indirizzo inaugurato da Cass. civ., sez. lav., 20 febbraio 2007, n. 3929 e poi ribadito anche da Id., 20 ottobre 2017, n. 2017, cui sembra conformarsi Cons. St., sez. IV, 3 luglio 2000, n. 3649, che, in ipotesi di responsabilità per risultati di un D.G. di una ASL, ha precisato che, a differenza di quella disciplinare, fondata sull'elemento soggettivo del dolo o della colpa, in questo tipo di responsabilità conta il solo oggettivo ottenimento di risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione, o il mancato raggiungimento degli obiettivi posti, oppure la grave inosservanza delle direttive impartite dal livello politico competente.

¹⁰ Nel senso della ridefinizione del criterio dell'imputabilità, nel passaggio dal parametro normativo di misurazione del comportamento, a quello del risultato, si veda F.G. SCOCA, *La responsabilità dei funzionari e dei dirigenti*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 586-588. Sottolinea l'elemento della "capacità manageriale", anche L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000, 137-138. Sul punto, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2015, 69, evidenzia che proprio nel caso di responsabilità derivante da risultato negativo, la fonte della responsabilità non sia legata alla semplice preposizione all'ufficio, e per questa ragione possa trovare un'esimente in presenza di direttive politiche velleitarie o di risorse umane e finanziarie

Anche chi insiste per la necessaria configurazione di una 'colpa' in senso classico come inosservanza dolosa o gravemente colposa degli obblighi scaturenti dal rapporto, evidenzia però la connotazione pubblicistica della responsabilità dirigenziale. Quest'ultima sarebbe infatti una particolare forma di responsabilità con colpa ma senza danno, nel senso specifico che, a differenza di quel che accade per l'illecito civile ma allo stesso modo della responsabilità disciplinare, rileva solo in ragione degli elementi negativi del segmento organizzativo cui il dirigente è preposto, a prescindere dall'accertamento e dalla quantificazione del danno¹¹.

Tanto però che si faccia leva sull'elemento della colpa, quanto su quello del danno, la responsabilità dirigenziale si atteggia nella sua specificità proprio per la stretta correlazione col mancato perseguimento degli obiettivi assegnati dall'organo di indirizzo politico che, per questa ragione, è il solo legittimato ad attivarla. In definitiva, questa tensione verso il risultato si atteggia, com'è stato efficacemente detto, come tensione verso una responsabilità non *dell'Amministrazione* ma *nell'Amministrazione*, come tale orientata alla funzione amministrativa nella sua interezza, che persegue l'effettiva responsabilizzazione dell'apparato burocratico¹², con l'obiettivo di "incentivare la buona amministrazione"¹³.

inadeguate rispetto agli obiettivi, o ancora detti risultati siano stati determinati dal comportamento di altri soggetti, diversi dai dipendenti dell'ufficio diretto dal dirigente. Altri (C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 131) specifica che per colpa non si deve intendere la violazione di "canoni normativi di comportamento, ossia l'inadempimento di singoli obblighi di condotta individuati dalla legge (o dal contratto collettivo)" occorrendo invece fare riferimento ai "risultati negativi prodotti dal settore organizzativo a capo del quale il dirigente è preposto", con una soluzione che quindi finisce per coincidere nella sostanza con le posizioni di quanti non intendono la colpa secondo il classico modello civilistico.

¹¹ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale...*, cit., 122.

¹² F. F. TUCCARI, *Introduzione allo studio della responsabilità amministrativa*, Bari, 1995, 19-20 e *ivi* per il rinvio alla dottrina che ha indagato sulla funzione organizzatrice, come antecedente logico, non più statico dell'effettiva azione.

¹³ Per il rilievo che si tratta di una responsabilità indissolubilmente legata al buon funzionamento dell'amministrazione e quale strumento volto, appunto, a misurare e incentivare la buona amministrazione, si veda L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 137-138.

3. *Il modello della responsabilità dirigenziale e i caratteri dell'amministrazione locale*

Il richiamo alla buona amministrazione come sintesi del nuovo atteggiarsi della responsabilità dirigenziale nel rapporto con la politica, segna dunque un timido distacco da un modello astratto di responsabilità, delineato prendendo a parametro l'amministrazione statale e il suo carattere eminentemente burocratico, al cui interno soltanto potrebbe ad esempio discutersi di una responsabilità per colpa ma senza danno, che si sostanzia per il sol fatto di rivestire il ruolo dirigenziale. Quel modello ha infatti finito per ignorare che, pur nella perenne e irrisolta tensione fra politica e amministrazione, e fra dipendenza e autocefalia anche la responsabilità dirigenziale muta di contenuti in rapporto al carattere delle amministrazioni cui si riferisce. Sicché non tanto è sterile applicarlo ad amministrazioni diverse da quella statale, quanto è soprattutto utile l'inversa contaminazione del modello con la differente percezione del fenomeno della pubblica amministrazione che, quando è di servizio, è considerata proprio nella sua specificità di attività verso la collettività", e non per le sue esplicazioni giuridiche destinate a singoli o gruppi, come accade quando è attività di funzione¹⁴. Questo carattere essenzialmente amministrativo è com'è noto quello proprio dell'amministrazione locale, in cui predomina l'attività c.d. sociale, non a caso concepita "come creativa di servizi e come servizio essa stessa"¹⁵. È qui infatti che rileva un tratto dell'agire amministrativo che si qualifica come attività di servizio non per indicare attività valutate per la loro dimensione economica – secondo una piega tutta italiana della concezione di servizio pubblico che è finita per prevalere – ma per enfatizzare invece la ricerca della misura giuridicamente adatta a soddisfare un interesse generale o collettivo¹⁶, "in linea con la concezione di un'amministrazione posta al servizio di una comunità" e dunque con una concezione democratica dell'amministrazione pubblica"¹⁷.

¹⁴ Sul punto, si vedano le essenziali osservazioni di G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Archivio giuridico*, 1933, 172 ss.

¹⁵ G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969, 157.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ivi*, 159. L'A. sottolinea il debito che sul punto si deve al contributo di A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, Milano, 1924, 386, che non solo indicò due possibili significa-

Si comprende così come il carattere di servizio di un'amministrazione diversa da quello di tipo burocratico possa refluire non solo sulla concezione della relativa attività, ma anche su quella della responsabilità amministrativa: e se l'attività di servizio non si esaurisce, nella sua efficacia, nella disciplina di un rapporto intersoggettivo, ma dall'atto ritorna all'ordinamento per poi di nuovo rifluire in veste ordinamentale sul singolo rapporto¹⁸, la responsabilità dell'amministrazione per mancato raggiungimento degli obiettivi si comprende solo se si inserisce in quel flusso in termini generali e non nel rapporto tra norma e attività proprio della funzione¹⁹.

4. Verso un'ecologia delle decisioni pubbliche

In definitiva è proprio in ambito locale che emerge il problema del risultato che si interseca con quello della responsabilità²⁰ e con quello

ti, non fra loro escludenti, della nozione di servizio di cui uno, quello del servizio in senso economico-sociale, "si sarebbe sovrapposto, cancellandolo, all'altro, esprimente cioè il servizio come attività della pubblica amministrazione diretta a soddisfare l'interesse generale o collettivo", "in linea... con una concezione quindi democratica dell'amministrazione pubblica", ma evidenziò anche (*ivi*, 411) che proprio le amministrazioni locali nelle quali predomina l'attività c.d. sociale "sembrano quasi costituire un *trait d'union* fra i due modi di concepire il servizio", secondo un movimento di avvicinamento fra questi due modi che anche la concezione del servizio pubblico in senso oggettivo (U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964) portò a rafforzare.

¹⁸ In modo plastico G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione*, cit., 160 evidenzia come attraverso il comun denominatore della nozione di servizio è possibile "superare la distinzione tra rapporti costituiti autoritativamente e rapporti costituiti mediante il diritto comune: l'autorità non si esercita infatti immediatamente sopra la singola situazione individuale o sopra il singolo rapporto, ma passa dalla manifestazione contenuta nell'atto nell'ordinamento locale e da questo, nel suo complesso, rifluisce, omogeneizzata e generalizzata, sul singolo rapporto". Questo perché "affinché l'ordinamento locale sia appunto ordinamento, occorre riconoscere che esso, senza l'ausilio di una legislazione e quindi di una normazione astratta e fissa, si muove, mano a mano integrandosi, nel corso della sua attività" (*ivi*, *sub* nota 45).

¹⁹ Per questa stretta relazione tra norma e attività, propria della nozione di funzione, si veda A. AMORTH, *Lineamenti dell'organizzazione amministrativa italiana*, Milano, 1950, 1.

²⁰ M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 8

connesso dell'adeguatezza dei modelli decisionali²¹ in rapporto al carattere dell'amministrazione come servizio.

Perfino in Francia – che si atteggia storicamente come il modello della coesa amministrazione centrale e a un tempo come quello in cui la nozione di servizio pubblico è andata ad arenarsi sulle sabbie della giurisdizione²² – la spinta verso esigenze di riequilibrio politico-territoriale fra centro e periferie da un lato, e l'esigenza di placare la protesta dei gilet gialli parigini, dall'altro, ha portato Macron, quasi fossero aspetti di uno stesso problema, a stringere quelli che ha definito 'patti girondini con i territori', e a sopprimere l'ENA, il "*pépinière des grands commis de l'État*", in cui egli stesso si era formato.

Ben al di là del dato simbolico o ideologico appare evidente che l'unico tratto comune sembra essere la necessità di un radicale ripensamento del ruolo e delle modalità di azione dei decisori pubblici e soprattutto del modo con cui si formano le decisioni complesse, e della loro tensione verso un risultato diverso da quello in senso economico improntato alla prevalenza delle ragioni economiche su quelle sociali e ordinamentali²³.

ss.; A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, 209 ss.

²¹ Ci si riferisce ai temi della conferenza di servizi e al modello della c.d. sussidiarietà orizzontale che evocano problemi qui non affrontabili. Tuttavia, per il primo si veda, F. CORTESE, *Coordinare per decidere: il procedimento quale sede di sintesi per gli interessi pubblici*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo–AIPDA (a cura di), *Decisioni amministrative e processi deliberativi*. Atti del convegno annuale, Bergamo, 5-7 ottobre 2017, Napoli, 2018, 101 ss.; per il secondo, S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2006.

²² Anche in Francia la nozione di servizio pubblico ha finito per perdersi nel suo senso originario (come fine di un'attività diretta a soddisfare bisogni pubblici, "*à la réalisation et au développement de l'interdépendance social*"), su cui si veda L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, II, Paris, 1921, 2° ed., 61), proprio per le ricadute e implicazioni in tema di tutela giurisdizionale (su cui v. A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 386 ss.).

²³ A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; ID., *Amministrazione di "risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 1 ss.; ID., *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 2007, 63 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., 274; ID., *Il principio di buon andamento*, in M.

Ed è singolare annotare che quando anche l'amministrazione statale è costretta a dare attenzione ai bisogni sociali e ordinamentali, come l'emergenza COVID richiede, su di essa paiono refluire i caratteri dell'amministrazione di servizio improntata ai bisogni delle collettività²⁴: in questo senso forse prologo di una conversione ecologica delle decisioni pubbliche²⁵.

RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 138. Sul risultato amministrativo rapportato ai diritti fondamentali v. L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.

²⁴ Sembra che la “chiamata in sussidiarietà” elaborata dalla Corte costituzionale nella ricostruzione degli artt. 117 e 118 Cost., operando una sorta di avocazione allo Stato di compiti normalmente ripartiti fra la definizione dei principi fondamentali riservata alla legge statale e l'applicazione spettante alla legge regionale (su cui si v. U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di “coronavirus” come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, n. 1, 457-458) abbia travasato nell'amministrazione statale i tratti di quella locale e i problemi di un'ecologia delle decisioni pubbliche quando toccano collettività, i loro bisogni, le loro libertà. Sul punto sia consentito il richiamo a G. DE GIORGI CEZZI, *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per le collettività?*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 6, 207 ss.

²⁵ Nel senso in cui ne parlano per gli istituti privatistici U. MATTEI – A. QUANTA, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Sansepolcro, 2018, *passim*.

RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE, VALUTAZIONE
DELLA PERFORMANCE ORGANIZZATIVA
E PARTECIPAZIONE*

di Fabrizio Fracchia e Pasquale Pantalone

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La natura contrattuale della responsabilità dirigenziale. – 3. I rapporti tra politica e amministrazione dall'angolo visuale della responsabilità dirigenziale. – 4. (...segue) il ricorso al "filtro" teorico di *Lubmann*. – 5. La partecipazione dei cittadini alla valutazione della *performance* organizzativa dell'amministrazione. – 6. Osservazioni critiche sul "modello di valutazione partecipativa".

1. *Premessa*

Il libro di Cristiano Celone, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, costituisce un importante contributo che, nel panorama degli studi più recenti sul tema, si caratterizza perché affronta con taglio monografico e con respiro sistematico un istituto decisivo per la corretta cura degli interessi pubblici nell'ambito delle organizzazioni e delle attività delle amministrazioni pubbliche.

Il lettore troverà nel Volume, corredata da un importante apparato bibliografico, un'analisi completa dei principali snodi problematici relativi a questa figura: i lineamenti della responsabilità, i presupposti della stessa, le sanzioni e i profili procedurali. Non mancano poi un puntuale censimento delle fattispecie di responsabilità dirigenziale disseminate nell'ordinamento, un approfondimento relativo al settore degli enti locali e una sintetica parte finale dedicata a incisive conclusioni.

Come ricorda l'A., la responsabilità dirigenziale non si collega alla

* Il contributo è frutto di una riflessione comune. Tuttavia, i parr. 1-4 (che riprendono le riflessioni contenute nella Recensione, a cura di F. FRACCHIA, a C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, in *Diritto e processo amministrativo*, 3/2020) sono stati curati da Fabrizio Fracchia, mentre i parr. 5-6 da Pasquale Pantalone.

“qualifica”, bensì all’“incarico”, temporalmente limitato, conferito dall’organo di indirizzo politico o dal dirigente generale, sicché essa coinvolge chiunque sia chiamato a svolgere funzioni dirigenziali¹.

È una responsabilità “interna” all’ente, che di regola viene accertata dall’organo politico² sulla base del principio del *contrarius actus*, all’esito di un procedimento assistito da garanzie di contraddittorio e difesa.

Il tratto qualificante di siffatta responsabilità è la sua stretta inerenza ai risultati della gestione amministrativa conseguiti dal dirigente. Essa infatti sorge allorché non siano stati raggiunti gli obiettivi – accertati attraverso la procedura di valutazione delle performance – prefissati dalla politica e, previa contestazione, in caso di inosservanza delle direttive imputabile al dirigente (art. 21, d.lgs. 165/2001). Tale responsabilità, dunque, rivela l’inidoneità all’incarico³, che è tale, secondo l’A., anche quando il risultato negativo di gestione non sia dipeso dal comportamento personale del singolo dirigente.

La responsabilità dirigenziale è aggiuntiva rispetto alle altre forme di responsabilità che gravano sui dipendenti pubblici. Essa è strutturalmente simile alla responsabilità contrattuale ma se ne discosta per il carattere pubblicistico delle fonti del rapporto e degli obblighi che gravano sul dirigente, nonché per il fatto di prescindere dall’accertamento e dalla quantificazione del danno (a differenza peraltro della responsabilità amministrativo-contabile). Analogie, sotto il profilo sanzionatorio, esistono rispetto alla responsabilità disciplinare del dipendente pubblico.

Invero, come ricorda l’A., la chiarezza del quadro giuridico e concettuale è compromessa dalla presenza di fattispecie, introdotte dal legislatore nel corso del tempo, non totalmente allineate con il modello generale appena richiamato. In particolare, il cit. art. 21 aggiunge un’altra ipotesi di responsabilità dirigenziale, che può dar luogo alla misura tipizzata della decurtazione di una quota fino all’ottanta per cento della

¹ La responsabilità dirigenziale può dunque investire soggetti, anche esterni all’ente conferente, che non rivestono formalmente la qualifica dirigenziale.

² L’A. tuttavia precisa che l’adozione della misura della revoca o del recesso per responsabilità dirigenziale a carico del dirigente di un ufficio non generale spetta al dirigente apicale, su proposta del dirigente generale (95 ss., spec. 99-101).

³ Cfr. L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000, 137 ss.

retribuzione di risultato a carico del 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’amministrazione⁴.

Non mancano altre ipotesi (anche di difficile inquadramento: pag. 241 e ss.): ai sensi dell’art. 2, c. 9, l. 241/1990, ad esempio, la mancata o tardiva emanazione dell’atto amministrativo nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale. L’ordinamento giuridico, in ogni caso, incrementa i casi in cui la violazione di specifici doveri di comportamento (e non già il mancato raggiungimento di un risultato) può costituire elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale: si pensi all’inadempimento degli obblighi di informazione o il rifiuto dell’accesso civico-*enforcement*⁵.

Per quanto attiene al modello generale di responsabilità dirigenziale, la sanzione è l’impossibilità del rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. In relazione alla gravità dei casi, l’amministrazione, inoltre, previa

⁴ Detta ipotesi non pare tanto dissimile da un caso di responsabilità disciplinare o per inadempimento contrattuale. Al riguardo, anche in riferimento ai rapporti con la contrattazione collettiva, v. M. RAGUSA, *Contrattazione collettiva e responsabilità dirigenziale*, in *Dir. econ.*, 3, 2019, 219 ss., il quale denuncia la scarsa attitudine della fonte pattizia a valorizzare il merito, atteso che essa tenderebbe piuttosto all’appiattimento dei trattamenti retributivi di parte variabile.

⁵ V. art. 46, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, secondo cui «(l’)inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente e il rifiuto, il differimento e la limitazione dell’accesso civico, al di fuori delle ipotesi previste dall’articolo 5-*bis*, costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all’immagine dell’amministrazione e sono comunque valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale dei responsabili. Tra le ulteriori ipotesi speciali di responsabilità dirigenziale si possono citare quelle relative: al mancato rispetto delle condizioni previste dall’art. 6-*bis*, comma 1, d.lgs. 165/2001 per l’acquisto di servizi originariamente prodotti al proprio interno (art. 6-*bis*, comma 3, d.lgs. 165/2001); alla violazione dei limiti al ricorso al lavoro flessibile (art. 36, commi 3, 4 e 5, d.lgs. 165/2001); all’omessa vigilanza sulle condotte assenteistiche (art. 55-*septies*, comma 6, d.lgs. 165/2001); all’omessa osservanza e attuazione delle norme contenute nel codice di amministrazione digitale (art. 12, comma 1-*ter*, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82); alla mancata adozione del Piano sulla *performance* (art. 10, comma 5, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150).

contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio, può revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo⁶.

2. *La natura contrattuale della responsabilità dirigenziale*

Celone propone una chiara chiave ricostruttiva della responsabilità dirigenziale, valorizzando il riferimento a quella contrattuale.

Più in particolare, pur dando correttamente atto della presenza di fattispecie tipizzate scaturenti dall'inosservanza di puntuali regole di condotta (che, secondo la sua opinione, andrebbero "espunte" dall'alveo della responsabilità dirigenziale per essere ricondotte all'ambito della responsabilità erariale o disciplinare), in ordine alla figura paradigmatica di responsabilità dirigenziale, sostiene che si sarebbe al cospetto di una sorta di "responsabilità contrattuale di diritto pubblico".

Aderendo all'impostazione secondo cui di natura contrattuale è la responsabilità per inadempimento di un'obbligazione preesistente, l'A. afferma (pag. 107) che quella dirigenziale deriverebbe dall'inadempimento degli obblighi di interesse pubblico discendenti dall'incarico dirigenziale e dalle direttive. Essa «trova fondamento in un rapporto ob-

⁶ Con riferimento al licenziamento per responsabilità dirigenziale, la legge riconosce ampi spazi alla contrattazione collettiva, anche se essa risulta meno articolata e puntuale di quella relativa al licenziamento disciplinare: cfr. ancora M. RAGUSA, *Contrattazione collettiva e responsabilità dirigenziale*, cit., 216 ss. Lo stesso A. tuttavia critica l'approccio ermeneutico a cui si sarebbe conformata la contrattazione collettiva nella materia in analisi. Essa sembra infatti rifarsi a quell'orientamento della Corte di Cassazione secondo cui il dirigente, pur in difetto della violazione dei doveri inerenti al rapporto di base, possa incorrere in responsabilità dirigenziale a fronte del mancato raggiungimento degli obiettivi assegnati o della violazione di direttive ricevute in occasione dell'esecuzione dell'incarico dirigenziale. Questa tesi – che si fonda sulla asserita autonomia tra il rapporto giuridico costituito con l'incarico dirigenziale e il rapporto di impiego "base" a tempo indeterminato – sarebbe smentita, secondo l'A., dal fatto che «gli effetti della responsabilità dirigenziale non si producono (...) sul rapporto di incarico, ma sul contratto di lavoro a tempo indeterminato, consentendo il recesso del datore di lavoro (...). Ciò significa che (...) il mancato raggiungimento degli obiettivi e la violazione di direttive possano giustificare il recesso del datore di lavoro solo ove denotino l'inadempimento di doveri nascenti dal rapporto fondamentale e siano «imputabili» al dirigente nella sua qualità di parte del sinallagma da quest'ultimo rapporto costituito» (218).

bligatorio e contrattuale di diritto pubblico, qual è quello che intercorre tra il dirigente preposto all'ufficio dirigenziale e l'organo politico o dirigenziale che ha conferito l'incarico» (pag. 360).

Da ciò discende l'applicazione dell'art. 1218 c.c. (norma che spiegherebbe la tendenziale imputabilità a titolo di colpa della responsabilità) nel caso in cui il dirigente possa dimostrare che l'inadempimento dell'obbligo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile⁷.

Le prestazioni dovute dal dirigente, insomma, sarebbero da considerare (ai sensi dell'art. 1173 c.c.) oggetto di vere e proprie obbligazioni di natura pubblicistica (pag. 111).

A fronte di una specifica prescrizione che parla di colpa solo per il caso di cui al comma 1-*bis*, dell'art. 21, d.lgs. 165/2001, si potrebbe forse discutere se questa ipotesi ricostruttiva si attagli anche alla figura generale di responsabilità dirigenziale, nel senso che l'incapacità manageriale (che è alla radice della responsabilità nel caso di mancato raggiungimento dei risultati) potrebbe apparire non riconducibile alla colpa (ed è questa la tesi seguita da parte della dottrina e della giurisprudenza)⁸: non si può però negare (e non apprezzare) l'interesse della teoria, la coerenza del suo sviluppo e la chiarezza della sua esposizione.

⁷ In base al criterio della cd. *culpa-diligentia*, che rimette al dirigente l'onere di provare che il mancato raggiungimento dei risultati prefissati sia ricollegabile a un fattore estraneo alla sua disponibilità, che ha reso oggettivamente impossibile l'adempimento. Secondo l'A. (110), «(l)e cause di non imputabilità attengono (...) alla carenza o all'insufficienza delle risorse attribuite, oppure all'impossibilità di raggiungere gli obiettivi assegnati, ossia dipendono da circostanze indipendenti dalla volontà del soggetto incaricato di svolgere determinate funzioni dirigenziali, sempre che questi abbia segnalato in tempo utile l'inedoneità delle risorse o l'insostenibilità degli atti di indirizzo ricevuti».

⁸ L'orientamento, anche più recente, della Corte di Cassazione sembra infatti configurare la responsabilità dirigenziale nel senso di una responsabilità sostanzialmente oggettiva: cfr. Cass. civ., sez. lav., 20 febbraio 2007, n. 3929; 20 ottobre 2017, n. 24905; 10 gennaio 2018, n. 11161. Secondo la Suprema Corte, in particolare, «(...) la volontà del legislatore (sarebbe quella) di accentuare, rispetto alla configurazione di detto tipo di responsabilità, il ruolo svolto dagli obiettivi, massimizzando l'effetto del mancato raggiungimento degli stessi ed orientando verso un accertamento di tipo oggettivo, che prescinde, cioè, da colpevoli inadempimenti nella gestione dell'ufficio e delle risorse umane e strumentali» (Cass. civ., sez. lav., n. 24905/2017). In dottrina, cfr. F. G. SCOCA, *La responsabilità dei funzionari e dei dirigenti*, in *Diritto amministrativo*, a cura dello stesso Autore, Torino, 2017, 586 ss.

3. I rapporti tra politica e amministrazione dall'angolo visuale della responsabilità dirigenziale

Uno dei meriti principali dei lavori scientifici, in particolare di quelli che colgono nel complesso le caratteristiche e i profili di criticità degli istituti giuridici, è quello di costituire uno stimolo a riflettere.

Per quanto attiene al libro di Celone, tra i numerosi spunti offerti al lettore, di specifico interesse risulta il tema dei rapporti tra politica e amministrazione. I «tratti originari» della responsabilità dirigenziale, infatti, si ricavano dalla «stretta connessione con il processo di articolazione e distribuzione dei poteri e dei ruoli all'interno degli apparati pubblici tra organi a legittimazione democratica e organi a legittimazione professionale» (358).

Non è un caso che il relativo esame impegni l'A. immediatamente (a partire dal primo capitolo): d'altro canto, come ricorda Celone, i dirigenti sono i soggetti chiamati ad attuare i programmi e gli indirizzi fissati agli organi politici.

Premesso che la figura oscilla tra il polo della managerialità e quello dell'adempimento burocratico a presidio delle indicazioni legislative, va aggiunto che i dirigenti esibiscono uno specifico profilo: da un lato, essi sono attori del sistema alla ricerca della (o preoccupati di rivendicare la propria) indipendenza manageriale; d'altro lato, questi soggetti si configurano come interlocutori privilegiati della componente politica.

In questo quadro, i principali – e assai importanti – momenti di “prevalenza” degli organi di governo sono costituiti dai poteri, spettanti all'organo politico, di annullamento in via di autotutela e di conferimento dell'incarico di direzione degli uffici di livello dirigenziale generale. Si consideri, inoltre, che, in ragione della durata temporalmente limitata dell'incarico dirigenziale e al fatto che questa sia spesso inferiore a quella del mandato elettorale, l'organo politico può decidere di non rinnovare l'incarico al termine dello stesso, senza indicare le ragioni della mancata conferma; oppure, può procedere, anche prima della scadenza di detto termine, alla revoca dell'incarico per ragioni organizzative. Di rilievo, poi, nei limiti definiti dalla giurisprudenza costituzionale, è il meccanismo dello *spoils system*⁹.

⁹ Come evidenziato dall'A. (v. *amplius* cap. VI), nell'ordinamento degli enti locali, a

Ciò chiarito in generale, è ora possibile guardare a questo complesso rapporto assumendo come punto di osservazione l'istituto della responsabilità dirigenziale.

All'interno di siffatto istituto, quale "profilo" specifico di prevalenza politica si può annoverare il fatto che la responsabilità di regola è attivata dall'organo politico, a cui spetta peraltro il potere di irrogare le sanzioni previste dalla legge.

Per altro verso, a tacere della necessaria autonomia – pur funzionalizzata – di cui deve effettivamente godere il titolare di un incarico dirigenziale nell'assunzione delle proprie decisioni, la figura riveste anche il significato di meccanismo di garanzia rispetto alla politica: la sanzione che fulmina il dirigente, ai sensi dell'art. 21, può essere comminata soltanto nel rispetto delle garanzie procedurali ivi contemplate. Da questo punto di vista, non può non criticarsi la presenza di figure, quali il mancato rinnovo o il passaggio ad altro incarico (rispettivamente artt. 9, comma 32, d.l. 78/2010, conv. nella l. 122/2010¹⁰ e 1, comma 18, d.l. 138/2011, conv. nella l. 148/2011¹¹), che indeboliscono la posizione del dirigente e la stabilità del suo incarico, "recidendo" il rapporto con la responsabilità e con le relative garanzie.

differenza di quello statale, la politica sembra prevalere in modo più netto sulla componente burocratica, per i frequenti meccanismi di mancato rinnovo, revoca *ad nutum*, o di decadenza automatica degli incarichi dirigenziali, oltre che per una serie di disposizioni che attribuiscono alla politica locale poteri di amministrazione attiva.

¹⁰ La norma stabilisce in particolare che le pubbliche amministrazioni che, alla scadenza di un incarico di livello dirigenziale, anche in dipendenza dei processi di riorganizzazione, non intendano, anche in assenza di una valutazione negativa, confermare l'incarico conferito al dirigente, conferiscono al medesimo dirigente un altro incarico, anche di valore economico inferiore.

¹¹ La disposizione in esame attribuisce alle amministrazioni la facoltà, in relazione a motivate esigenze organizzative, di disporre, nei confronti del personale appartenente alla carriera prefettizia ovvero avente qualifica dirigenziale, il passaggio ad altro incarico prima della data di scadenza dell'incarico ricoperto prevista dalla normativa o dal contratto. In tal caso il dipendente conserva, sino alla predetta data, il trattamento economico in godimento a condizione che, ove necessario, sia prevista la compensazione finanziaria, anche a carico del fondo per la retribuzione di posizione e di risultato o di altri fondi analoghi.

4. (...segue) il ricorso al “filtro” teorico di Luhmann

Arricchendo ulteriormente l’analisi mediante l’impiego di alcuni tra gli strumenti teorici e concettuali offerti dalle riflessioni di *Luhmann*¹², si può ricordare che il sistema sociale della “politica” è caratterizzato da una specifica funzione (in particolare: la ricerca del consenso) e si distingue da altri sistemi, secondo un principio di differenziazione funzionale. Le amministrazioni si configurano come organizzazioni, preordinate ad assumere decisioni per assorbire incertezza. I procedimenti, infine, sono sistemi parziali orientati ad assumere decisioni razionali, stabilizzando aspettative.

Sulla base di queste premesse, ad esempio, si può in generale osservare che ove il dirigente si preoccupi del “consenso”, si rischia di generare pericolose irritazioni nel “contesto”, così come del resto accade nel caso in cui il politico intenda assumere decisioni gestionali (o condizionarne il contenuto), sporgendosi sul terreno dell’organizzazione burocratica (a prescindere, peraltro, del giudizio sulla scelta legislativa che, forse in modo troppo drastico, ha inteso ridurre eccessivamente lo spazio della politica, attribuendo alla stessa uno spettro di poteri insufficienti rispetto alla funzione riassumibile nella formula “ricerca del consenso”).

Venendo più specificamente al tema della responsabilità dirigenziale, ci si deve intanto chiedere se il procedimento per la valutazione del dirigente e per l’applicazione della sanzione riesca davvero ad assorbire il “dissenso” o a garantire decisioni razionali, così stabilizzando le aspettative. Se, in generale, il procedimento pare sufficientemente garantista ai sensi dell’art. 21, d.lgs. 165/2001, come anticipato, non si può, per differenza e per contrasto, non rilevare l’assenza di un adeguato modulo procedimentale garantista in altre ipotesi – previste nell’ordinamento e sopra indicate – che del pari possono comportare il “sacrificio” del dirigente quanto all’incarico.

Ancora indulgiando sulle decisioni espresse dalla politica e dalla sua organizzazione (e, dunque, dagli organi politici) in ordine ai dirigenti,

¹² Al riguardo, cfr. F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti. Spunti per definire un modello teorico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all’intelligenza artificiale*, Napoli, 2020.

esse dovrebbero esprimere una prestazione tipica della politica (in sostanza, dovrebbero essere preordinate al raggiungimento dei risultati in vista del consenso); censurabile, dunque, è la prassi di stabilire obiettivi non chiari, per lasciare indebiti spazi decisori; nell'ottica della prestazione della politica, infine, appare addirittura coerente il meccanismo dello *spoils system*, certamente preordinato anche a "garantire", in definitiva, un consenso.

Giova ricorrere a un'ulteriore nozione *lubmanniana*, che consente di configurare la responsabilità dirigenziale come una forma di "accoppiamento strutturale", meccanismo che opera tra sottosistemi funzionali diversi e che contribuisce a stabilire una connessione tra gli stessi, traducendo le comunicazioni prodotte dall'uno in termini comprensibili per l'altro, in tal guisa consentendo una reciproca osservazione (la Costituzione, ad esempio, associa il sistema giuridico a quello politico; la proprietà è invece il ponte tra economia e diritto).

La politica necessita della responsabilità dirigenziale per ottenere in modo comprensibile informazioni dall'amministrazione; l'amministrazione necessita di strutture adeguate (incarichi, *spoils system*, responsabilità) per ricevere informazioni dalla politica.

Attraverso questo punto di contatto, cioè, i due sistemi si ricombinano costantemente, rimanendo però separati.

Un merito del lavoro di Celone è quello di segnalare il fatto che non sempre questo meccanismo opera adeguatamente.

Egli, infatti, ricorda alcune delle difficoltà che incontra il corretto "funzionamento" dell'istituto della responsabilità dirigenziale: tra queste si può menzionare la vischiosità che ostacola il ritirarsi della politica dalla gestione concreta, ma va pure indicata quella sorta di tacito accordo tra le due componenti che determina comunque la persistente (indebita) intromissione della politica anche nella carriera dei dirigenti; infine, la distinzione tra i due ambiti sfuma ancora di più nei piccoli enti locali.

L'osservazione dell'autore è quanto mai opportuna, posto che, in modo evidente, sussiste così il rischio che, pericolosamente, in tal guisa i due sottosistemi si ignorino o si confondano.

5. La partecipazione dei cittadini alla valutazione della performance organizzativa dell'amministrazione

Configurandosi quale “responsabilità di risultato”, volta in particolare ad accertare la corrispondenza e la congruenza fra obiettivi e indirizzi impartiti e risultati realizzati (pag. 359), un segmento procedimentale di assoluta rilevanza per l'accertamento della responsabilità dirigenziale è costituito dalla valutazione dei risultati di gestione conseguiti dal dirigente.

A questo argomento l'Autore dedica il par. 2 del Cap. III, ricordando come il d.lgs. 150/2009 abbia inaugurato un nuovo sistema di misurazione, valutazione e trasparenza delle *performance*, nonché di valorizzazione del merito, dei singoli dipendenti (*performance* individuale) e delle strutture pubbliche (*performance* organizzativa).

Nel quadro delineato dalla riforma del 2009, infatti, la valutazione – legata al concetto di origine aziendalistica della *performance* – non riguarda soltanto gli individui (con l'intento di motivarli e incentivarli), ma anche l'organizzazione nel suo complesso, le unità organizzative o le aree di responsabilità (art. 3, d.lgs. 150/2009).

In tale contesto, la valutazione costituisce una delle fasi cruciali del ciclo di gestione della *performance*¹³ e assurge a strumento “sostitutivo” della concorrenza di mercato che caratterizza il sistema privato¹⁴, anche sottoponendo l'organizzazione e i dipendenti a un controllo diffuso da parte dei cittadini, al fine di accrescere i livelli di efficienza, qualità e trasparenza dei servizi resi alla collettività¹⁵.

¹³ Ai sensi dell'art. 4, comma 2, d.lgs. 150/2009, «(i)l ciclo di gestione della *performance* 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* di cui all'articolo 10; b) collegamento tra gli obiettivi e l'allocatione delle risorse; c) monitoraggio in corso di esercizio e attivazione di eventuali interventi correttivi; d) misurazione e valutazione 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».

¹⁴ E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 182.

¹⁵ Non a caso, l'art. 3, d.lgs. 150/2009 (rubricato «Principi generali»), al comma 1

Come ricordato dall'A. (pag. 167), specialmente a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 74/2017, un «ruolo attivo» nella valutazione della *performance* (organizzativa) dell'amministrazione è stato riconosciuto ai cittadini (e agli altri utenti finali).

Oltre agli Organismi indipendenti di valutazione ("OIV") e ai dirigenti di ciascuna amministrazione, infatti, tra gli attori deputati alla funzione di misurazione e valutazione delle *performance* figurano altresì i cittadini o gli altri utenti finali in rapporto alla qualità dei servizi resi dall'amministrazione. Questi ultimi, in particolare, partecipano «alla valutazione della *performance* organizzativa dell'amministrazione, secondo quanto stabilito dagli articoli 8 e 19-*bis*» (art. 7, comma 2, d.lgs. 150/2009).

Più precisamente, i cittadini, in forma individuale o associata, partecipano al processo di «misurazione» delle performance organizzative, anche comunicando direttamente all'Organismo indipendente di valutazione il proprio grado di soddisfazione per le attività e per i servizi erogati, secondo le modalità stabilite dallo stesso Organismo. Quest'ultimo si occupa altresì di determinare i meccanismi di partecipazione degli «utenti interni alle amministrazioni» in relazione ai servizi strumentali e di supporto (art. 19-*bis*, commi 1 e 3, d.lgs. 150/2009).

A tal fine, ciascuna amministrazione ha l'obbligo di adottare sistemi di rilevazione del grado di soddisfazione degli utenti e dei cittadini in relazione alle attività e ai servizi erogati, favorendo ogni più ampia forma di partecipazione e collaborazione dei destinatari dei servizi, anche attraverso modalità interattive. Un'organizzazione amministrativa performante, infatti, dipende anche dalla capacità di sviluppare «forme di partecipazione e collaborazione» con i cittadini, i soggetti interessati, gli utenti e i destinatari dei servizi (art. 8, comma 1, lett. e), d.lgs. 150/2009).

I risultati della rilevazione del grado di soddisfazione dei soggetti summenzionati sono pubblicati annualmente sul sito istituzionale dell'amministrazione.

A tutela del principio partecipativo è posto l'organismo indipenden-

stabilisce che «La misurazione e la valutazione della *performance* sono volte al miglioramento della qualità dei servizi offerti dalle amministrazioni pubbliche, nonché alla crescita delle competenze professionali, attraverso la valorizzazione del merito e l'erogazione dei premi per i risultati perseguiti dai singoli e dalle unità organizzative in un quadro di pari opportunità di diritti e doveri, trasparenza dei risultati delle amministrazioni pubbliche e delle risorse impiegate per il loro perseguimento».

te di valutazione. Esso verifica l'effettiva adozione dei sistemi di rilevazione, assicura la pubblicazione dei risultati in forma chiara e comprensibile e ne tiene conto ai fini della valutazione della *performance* organizzativa dell'amministrazione e, in particolare, ai fini della validazione della Relazione sulla *performance* di cui all'art. 14, comma 4, lett. c), d.lgs. 150/2009¹⁶.

Con le linee guida n. 4/2019¹⁷, il Dipartimento della funzione pubblica¹⁸ ha elaborato un «modello di valutazione partecipativa», allo scopo di fornire alle amministrazioni pubbliche alcune indicazioni metodologiche sulle modalità di coinvolgimento dei cittadini nella fase di valutazione delle attività e dei servizi erogati.

Il modello si compone di taluni «requisiti minimi» (contenutistici, metodologici, tecnologici e informativi) e deve essere definito da ogni amministrazione, unitamente alla mappa degli *stakeholder*, alle attività e/o servizi da valutare, alle dimensioni di *performance* e ai soggetti valutatori. La verifica sull'adeguatezza del modello e sul suo effettivo rispetto è operata dall'OIV, mentre il ruolo riservato ai cittadini-utenti può financo comprendere l'elaborazione dei piani di miglioramento in esito al processo valutativo, mediante la co-definizione degli standard quantitativi e qualitativi del servizio¹⁹.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 14, comma 4-*bis*, d.lgs. 150/2009, gli Organismi indipendenti di valutazione esercitano i compiti di cui al comma 4 e, in particolare, procedono alla validazione della Relazione sulla *performance*, «tenendo conto anche delle risultanze delle valutazioni realizzate con il coinvolgimento dei cittadini o degli altri utenti finali per le attività e i servizi rivolti».

¹⁷ Pubblicate nel mese di novembre 2019 e consultabili al sito: https://performance.gov.it/system/files/LineeGuidaeRifNorm/LG_Valutazione_partecipativa_28-11.pdf.

¹⁸ Nel processo di misurazione e valutazione della performance organizzativa e individuale delle amministrazioni pubbliche, il Dipartimento della funzione pubblica è titolare delle funzioni di promozione, indirizzo e coordinamento, esercitate secondo le previsioni del decreto adottato ai sensi dell'art. 19, comma 10, d.l. 90/2014, conv. nella l. 114/2014 (art. 12, comma 1, lett. a), d.lgs. 150/2009).

¹⁹ Cfr. Linee guida n. 4/2019, cit., 9-12. V. altresì le linee guida n. 2/2017 «per il Sistema di Misurazione e Valutazione della *performance*». Con la deliberazione n. 88/2010, l'allora Civit aveva elaborato, tra l'altro, le dimensioni rilevanti per rappresentare la qualità dei servizi erogati, che sono le seguenti: a) l'accessibilità fisica (intesa come accessibilità a servizi/prestazioni erogati presso sedi/uffici dislocati sul territorio) e multicanale (intesa come accessibilità a servizi/prestazioni erogati ricorrendo a più canali di comunicazione); b) la tempestività, rappresentata dal tempo che intercorre dal momento della richiesta al

Il «processo di valutazione» può essere suddiviso nelle seguenti fasi: 1. mappatura degli *stakeholder* dell'amministrazione (attraverso l'utilizzo della matrice "potere/influenza – interesse")²⁰; 2. selezione graduale dei servizi e delle attività oggetto di valutazione e delle corrispondenti modalità e strumenti di coinvolgimento (tra cui: questionari, *focus groups*, interviste, e così via); 3. selezione dei cittadini e/o degli utenti dell'attività oggetto di valutazione (in base alla conoscenza, alla disponibilità di tempo e alla motivazione a collaborare); 4. definizione delle dimensioni di *performance* organizzativa per la valutazione dei servizi e delle attività selezionati, mediante l'utilizzo di indicatori multidimensionali per ciascuna tipologia di servizi e/o attività²¹; 5. motivazione dei

momento dell'erogazione del servizio o della prestazione; c) la trasparenza, caratterizzata dalla disponibilità/diffusione di un insieme predefinito di informazione che consentono a colui che richiede il servizio o la prestazione di conoscere chiaramente a chi, come e cosa richiedere e in quanto tempo ed eventualmente con quali spese poterlo ricevere; d) l'efficacia, intesa come la capacità del servizio di raggiungere gli obiettivi prefissati, in termini di affidabilità, conformità e completezza. Ulteriori dimensioni della qualità possono essere (cfr. delib. Civit n. 3/2012): e) la continuità, intesa come la capacità di garantire l'erogazione del servizio in maniera continua, regolare e senza interruzioni in un determinato intervallo di tempo; f) l'elasticità, intesa come la capacità del servizio erogato di adeguarsi al variare del volume di servizio richiesto dai clienti/utenti; g) la flessibilità, intesa come la capacità del servizio erogato di adeguarsi al variare delle specifiche richieste degli utenti; h) l'equità, intesa come la capacità del servizio di assicurare un trattamento paritario a tutti i possibili utenti; i) l'efficienza, intesa come la capacità di erogare il servizio ottimizzando il consumo di risorse; j) l'empatia, intesa come la capacità dell'amministrazione, e, specificamente, dell'interfaccia con cui interagisce l'utente, di fornire un servizio personalizzato capace di andare incontro ai reali bisogni del singolo, nella sua specificità e individualità.

²⁰ Cfr. Linee guida n. 4/2019, cit., 15: «(l)a matrice potere/influenza – interesse è uno dei modelli più diffusi per la classificazione degli *stakeholder* e per pianificarne il coinvolgimento. La matrice suddivide gli *stakeholder* in quattro gruppi, ottenuti incrociando due dimensioni: il potere di condizionare o influenzare (positivamente o negativamente) il raggiungimento degli obiettivi dell'amministrazione e l'interesse verso servizi e/o attività specifici dell'amministrazione stessa».

²¹ Ad esempio, per quanto concerne servizi di *front office*, a favore degli utenti esterni e finali, sono stati individuati i seguenti indicatori: efficacia quantitativa erogata (es. quantità output esterni); efficacia qualitativa erogata (rispetto degli *standard* di qualità dichiarati, ad esempio sui tempi erogativi, sulla trasparenza, ecc.); efficacia qualitativa percepita (es. rilevazione del grado di soddisfazione, cortesia del personale); impatti (es. effetto sul livello di benessere del cittadino/utente rispetto al periodo precedente all'erogazione del servizio): v. Linee guida n. 4, cit., 21-22.

cittadini e/o degli utenti nonché dei dipendenti coinvolti nella valutazione; 6. valutazione delle attività e/o dei servizi; 7. utilizzo dei risultati ai fini della valutazione della *performance* organizzativa e della ri-progettazione in chiave migliorativa dei servizi e/o delle attività tenendo conto delle esigenze ed aspettative del cittadino-utente.

6. Osservazioni critiche sul “modello di valutazione partecipativa”

Ciò chiarito in linea generale, s'impongono talune osservazioni critiche.

Anzitutto, la previsione normativa di meccanismi partecipativi di cittadini o di altri utenti per la valutazione della qualità dei servizi resi dall'amministrazione pubblica non costituisce una novità nel nostro ordinamento.

Invero, la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 27 gennaio 1994²² già include tra i «principi fondamentali» cui dovrebbe essere informata l'erogazione dei servizi pubblici, la «partecipazione del cittadino alla prestazione del servizio pubblico», la quale deve essere sempre garantita, «sia per tutelare il diritto alla corretta erogazione del servizio, sia per favorire la collaborazione nei confronti dei soggetti erogatori», soprattutto attraverso la formulazione di valutazioni periodiche dell'utenza sulla qualità dei servizi resi²³.

A livello legislativo, la partecipazione, anche in forma associata, dei cittadini e degli utenti alle procedure di definizione e di valutazione degli *standard* qualitativi è assicurata nei confronti di tutti i servizi pubbli-

²² Pubblicata nella G.U. 22 febbraio 1994, n. 43.

²³ Cfr. par. I.5 della direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 27 gennaio 1994. In realtà, le disposizioni della direttiva appena ricordata hanno avuto uno scarso rilievo nella realtà pratica: così, G. LO SCHIAVO, *Le misure di qualità e la customer satisfaction*, in G. AZZONE, B. DENTE (a cura di), *Valutare per governare. Il nuovo sistema dei controlli nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1999, 113. Si è, però, sostenuto (L. CARROZZA, *Partecipazione e contratto di servizio*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002, 21-23) che la riconducibilità del contratto di servizio pubblico alla figura dell'accordo sostitutivo di cui all'art. 11, l. n. 241/1990 consentirebbe di giustificare l'applicabilità degli istituti partecipativi, individuando, così, «uno spazio per interloquire sul contenuto del contratto e, dunque, sui caratteri del futuro servizio (...) a favore di tutti i soggetti legittimati a partecipare al procedimento», tra cui, appunto, gli utenti del servizio stesso.

ci nazionali e locali²⁴. Il codice del consumo, non a caso, riconosce come «fondamentale» il diritto dei consumatori e degli utenti all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza²⁵. Esso prevede, inoltre, l'obbligo, a carico di determinati enti erogatori di servizi pubblici, di adozione di apposite carte dei servizi²⁶, in cui viene di regola valorizzato il coinvolgimento attivo dell'utenza. L'obbligatoria dotazione delle carte dei servizi, sulla base di schemi generali predisposti dal Dipartimento della funzione pubblica d'intesa con le amministrazioni interessate, era peraltro già prevista dall'art. 2, d.l. 163/1995, conv. nella l. 273/1995²⁷.

Nella disciplina oggetto di nostro esame, invero, la partecipazione coinvolge un ambito valutativo più ampio, comprensivo non soltanto dei servizi erogati ma anche di tutte le attività istituzionali espletate dalla singola amministrazione. Le linee guida n. 4/2019 cit., infatti, stabiliscono che il processo di valutazione partecipativa dovrà gradualmente interessare, entro un arco temporale triennale, tutti i servizi e/o le attività dell'amministrazione²⁸.

Anche per questa ragione la legge distingue, sotto il profilo soggettivo, gli attori esterni del processo valutativo tra cittadini (anche in forma associata) e «altri utenti finali», considerandoli, rispettivamente, i fruitori delle «attività istituzionali» e dei «servizi pubblici» erogati dall'ente. Sono altresì contemplati gli «utenti interni» – ovvero coloro che, in quanto inseriti nell'organizzazione amministrativa, si avvalgono di servizi strumentali e di supporto dell'amministrazione valutata – nonché qualunque soggetto che possa essere direttamente o indirettamente interessato all'operato dell'amministrazione (i cd. *stakeholders*)²⁹.

²⁴ V. Art. 11 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286. In dottrina si è sottolineata l'importanza della partecipazione dei cittadini-utenti alla definizione degli *standard* minimi e alla successiva verifica circa il loro rispetto: G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Roma, 2000, 549 ss.

²⁵ Art. 2, comma 2, lett. g), d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

²⁶ Art. 101, del d.lgs. n. 206/2005 (c.d. Codice del consumo). In generale, sulla carta dei servizi pubblici, cfr. G. VESPERINI, S. BATTINI, *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, 1997.

²⁷ La disposizione in esame è stata abrogata dall'art. 11 del d.lgs. n. 286/1999. Essa fa comunque salvi i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri recanti gli schemi generali di riferimento delle carte dei servizi già emanati.

²⁸ Cfr. Linee guida n. 4/2019, cit., 17.

²⁹ In questo senso, cfr. Linee guida n. 4/2019, cit., 4.

In base a un'interpretazione sistematica degli artt. 7 e 19-*bis* del d.lgs. 150/2009, più che alla valutazione in senso stretto, che a rigore compete agli organi competenti, i cittadini e gli utenti partecipano al segmento procedimentale prodromico all'attività valutativa, e cioè alla «misurazione» della *performance* organizzativa dell'amministrazione, che può essere a sua volta riferita a tre diverse unità di analisi: amministrazione nel suo complesso; singole unità organizzative; processi e progetti.

Si tratta invero di un'attività piuttosto complessa almeno sotto un duplice profilo: per un verso, gli oggetti della valutazione (*recte* misurazione) presuppongono una conoscenza approfondita di dati e informazioni difficilmente acquisibili dall'"esterno" e che, comunque, richiedono un certo grado di competenze tecniche e di esperienza per essere correttamente interpretati; per altro verso, pur ammettendo la disponibilità e la comprensibilità di siffatti dati e informazioni, la rilevazione del grado di raggiungimento degli obiettivi assegnati a ciascuna struttura amministrativa – in ciò consiste infatti la misurazione delle *performance* organizzative – è effettuata mediante il ricorso a indicatori di misurazione (le cd. "dimensioni di *performance*") che possono prestarsi a giudizi di valore talora sorniti di immediati riscontri oggettivi³⁰.

Appare infatti quanto meno complesso, ad esempio, per un cittadino "misurare", in modo oggettivo, l'effettivo grado di attuazione di piani e programmi, il rispetto del livello previsto di assorbimento delle risorse, l'efficienza nel loro impiego (con particolare riferimento al contenimento e alla riduzione dei costi, nonché all'ottimizzazione dei tempi dei procedimenti amministrativi), la modernizzazione e il miglioramento qualitativo dell'organizzazione e delle competenze professionali, e così via³¹.

Già è stato ricordato che il funzionamento del sistema descritto (in

³⁰ Si pensi ad alcuni degli indicatori menzionati dalle linee guida n. 4/2019, cit., 22, quali: l'efficacia quantitativa erogata (es. quantità output interni); l'efficacia qualitativa erogata (rispetto standard di qualità dichiarati, ad esempio rispetto dei tempi di svolgimento del processo interno, ecc.); l'efficacia qualitativa percepita (es. rilevazione del grado di soddisfazione degli utenti interni, cortesia del personale); l'efficienza temporale (es. tempi di svolgimento del processo interno); l'efficienza economica (es. costi di svolgimento del processo interno).

³¹ Cfr. art. 8, comma 1, d.lgs. 150/2009.

termini di adeguatezza del modello di valutazione partecipativa, di rispetto effettivo del medesimo, di pubblicazione dei risultati in forma chiara e comprensibile) è rimesso agli OIV, i quali hanno altresì l'obbligo di "tener conto" dei risultati della partecipazione ai fini della valutazione della *performance* organizzativa e, in particolare, ai fini della validazione della Relazione sulla *performance*.

In caso di mancata ottemperanza agli obblighi previsti dall'art. 19-*bis*, comma 5, d.lgs. 150/2009, gli OIV non incorrono in alcuna specifica conseguenza sanzionatoria, sebbene non parrebbe potersi escludere in astratto la configurabilità di una responsabilità amministrativa ove ne ricorrano gli elementi costitutivi.

Agli strumenti pressoché assenti di tutela amministrativa si affiancano quelli "spuntati" della giurisdizione, in considerazione degli ostacoli di ordine sostanziale e processuale che si frappongono a una protezione piena ed effettiva delle pretese partecipative nei confronti di decisioni amministrative che non hanno un immediato e diretto impatto sull'utenza, come quelle che riguardano la valutazione della performance organizzativa dell'amministrazione³².

L'implementazione del principio partecipativo non è irrilevante sul piano finanziario e organizzativo: si richiede infatti alle amministrazioni di adottare sistemi di rilevazione del grado di soddisfazione e di sviluppare le più ampie forme di partecipazione e collaborazione dei destinatari dei servizi.

Ciò comporterebbe indubbiamente anche dei vantaggi sul piano del rafforzamento della legittimazione democratica dell'ente, del conseguimento di maggiori livelli di trasparenza amministrativa e della riduzione delle asimmetrie informative.

L'assenza di chiari meccanismi di *enforcement*, tuttavia, affida di fatto alla sensibilità di ogni singolo OIV l'effettivo funzionamento del modello di valutazione partecipativa in un contesto normativo e culturale

³² Sul punto, sia consentito il rinvio a P. PANTALONE, Organizzazione dei servizi sociali e partecipazione. Profili generali e considerazioni specifiche relative al caso della metropoli milanese, in *Dir. econ.*, 1, 2018, 83 ss., ove, per fronteggiare le difficoltà di configurare le pretese partecipative alla stregua di situazioni giuridiche soggettive tutelabili in sede giurisdizionale, si è ritenuta auspicabile l'individuazione di forme alternative di tutela non necessariamente giurisdizionali, che assicurino agli interessati la possibilità di intervenire direttamente nel concreto "farsi" della scelta organizzativa o programmatica.

nel quale sembrano prevalere le esigenze di flessibilità e informalità, anziché gli schemi più rigidi della partecipazione procedimentale “classica”³³.

Soltanto l’attuazione pratica delle suddette misure potrà mostrare se i pur buoni intendimenti legislativi avranno un positivo riscontro nell’operato quotidiano delle amministrazioni, soprattutto in termini di miglioramento della qualità dei servizi offerti al cittadino, che costituisce uno degli obiettivi primari del d.lgs. 150/2009; certo è che i precedenti degli ultimi anni non sono affatto confortanti.

³³ Così come peraltro accertato in altri settori (*Ibidem*) le forme di partecipazione non si traducono tanto in meccanismi formali di intervento, quanto in moduli informali e flessibili di consultazione, la cui concreta implementazione è spesso rimessa alla sensibilità “politica” della singola amministrazione precedente. Questa tendenza si spiega anche in ragione dello sviluppo della telematica, la quale rende viepiù obsoleti il “luoghi” tradizionali della partecipazione, che da fisici divengono sempre più spesso “piattaforme” virtuali di confronto.

L'EQUILIBRIO DI BILANCIO TRA ORGANI POLITICI E DIRIGENZIALI

di Salvatore Cimini

SOMMARIO: 1. La costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio. – 2. La nozione di amministrazione pubblica in senso finanziario. – 3. Equilibrio di bilancio, organi politici e dirigenti. – 4. Equilibrio di bilancio, principio di economicità e *performance* dei dirigenti. – 5. Vincoli di bilancio e responsabilità.

1. *La costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio*

Per riflettere sulle ricadute che l'equilibrio di bilancio può avere sugli organi di indirizzo politico e sulla dirigenza è anzitutto necessario chiarire in che cosa consiste la regola dell'equilibrio di bilancio. Si tratta di una nozione espressamente introdotta in Costituzione nel 2012¹.

A dire il vero, la regola del pareggio di bilancio poteva ricavarsi dalla Costituzione materiale già a partire dagli anni '90 del secolo scorso. A quegli anni risalgono infatti il Trattato di Maastricht e il Patto di stabilità e crescita, con l'indicazione dell'obiettivo di bilancio in pareggio o in avanzo (attualmente, com'è noto, i vincoli di bilancio derivanti dal Patto di stabilità e crescita sono stati sospesi dalla Commissione europea a causa della grave crisi economica originata dall'emergenza sanitaria da Covid-19).

Con il *Fiscal Compact* l'Unione europea ci ha chiesto di recepire espressamente il principio del pareggio o l'avanzo di bilancio, preferibilmente, ma non necessariamente, in Costituzione, in norme comunque vincolanti e di natura permanente.

Il nostro ordinamento ha scelto, come detto, la via costituzionale.

¹ Su questi temi sia consentito rinviare a S. CIMINI, *Equilibri di finanza pubblica nella prospettiva del buon andamento delle amministrazioni pubbliche*, in A. BALESTRINO, M. BERNASCONI, S. CAMPOSTRINI, G. COLOMBINI, M. DEGNI, P. FERRO, P.P. ITALIA, V. MANZETTI (a cura di), *La dimensione globale della finanza e della contabilità pubblica*, Napoli, 2020, 495 e ss., i cui contenuti sono stati in parte ripresi in questo scritto.

Non ha introdotto però in Costituzione il pareggio di bilancio, come richiesto dall'art. 3 del *Fiscal Compact*, ma la diversa nozione di equilibrio di bilancio.

Il pareggio di bilancio è richiamato solo nel titolo della legge costituzionale del 20 aprile 2012, n. 1, che ha introdotto tali vincoli di origine europea (rubricata, per l'appunto, "Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale").

Invero, ogni Stato membro ha interpretato il *Fiscal Compact* in modo diverso. Ad esempio, in Germania è stato accolto il principio del "pareggio" per i bilanci dei *Bund* e dei *Laender* (art. 109, GG): anche se si tratta di una regola a maglie larghe e difficilmente giustiziabile perché soggetta a deroghe. La Spagna ha introdotto una regola più flessibile per lo Stato e le Comunità autonome, la "stabilità di bilancio", un'altra più rigida, il "pareggio", per gli enti locali (art. 135, CE). La Francia, che non ha modificato la Costituzione pur avendo sottoscritto il *Fiscal compact*, ha mantenuto il principio di "equilibrio dei conti" (art. 34, Cost.)².

L'Italia, come detto, ha introdotto la regola dell'equilibrio di bilancio in ben tre articoli della Costituzione: 81, 97 e 119. Questa regola è stata così estesa a tutte le amministrazioni pubbliche: statali, territoriali e non territoriali.

La misura e la definizione dell'equilibrio di bilancio non è stata però costituzionalizzata.

Di essa si occupa la legge "rinforzata"³ n. 243 del 24 dicembre 2012, la quale precisa che – con l'eccezione delle Regioni e degli enti locali – l'equilibrio di bilancio coincide con l'obiettivo di medio termine. Tale obiettivo viene raggiunto con un valore del saldo strutturale (rapporto indebitamento netto/Pil) compreso nell'intervallo dello 0,5% del Pil (disavanzo strutturale), il pareggio o l'attivo (avanzo strutturale)⁴. Per le

² Così G. PESCE, *La sostenibilità del debito pubblico della pubblica amministrazione nella nuova costituzione finanziaria dello Stato*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2015, 531 e ss., spec. par. 8. Per un'analisi comparata su questi temi si veda I. CIOLLI, *I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012.

³ "Rinforzata" perché approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, come previsto dal novellato art. 81, co. 6, Cost.

⁴ Si veda l'art. 5 della l. n. 243 del 2012, ove si precisa che l'equilibrio dei bilanci si

Regioni e gli enti locali, invece, i bilanci si considerano in equilibrio quando, sia nella fase di previsione che di rendiconto, conseguono un saldo non negativo, in termini di competenza, tra le entrate finali e le spese finali⁵.

L'equilibrio di bilancio è quindi una nozione dinamica e non statica come quella di pareggio.

Anche la Corte costituzionale ha precisato che si tratta di una nozione dinamica che proietta l'equilibrio di bilancio in una dimensione pluriennale⁶.

È importante sottolineare che il nuovo art. 81 Cost. lascia margini di discrezionalità al legislatore, disponendo, al primo comma, che lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Al secondo comma si precisa che il “ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali”.

La nuova formulazione dell'art. 81 Cost. ammette quindi politiche discrezionali della spesa in *deficit*, anche se solo per contrastare il ciclo economico negativo o per il governo di eventi eccezionali (come l'attuale emergenza da Covid-19). Rispetto al previgente art. 81 della Costituzione vi è quindi un maggiore rigore in quanto il ricorso all'indebitamento è consentito solo in via straordinaria.

considera conseguito anche quando il saldo strutturale assicura il rispetto del percorso di avvicinamento all'obiettivo di medio termine nei casi di eventi eccezionali (art. 6 della l. n. 243/2012) o nelle ipotesi in cui scatti il meccanismo di correzione degli scostamenti rispetto all'obiettivo programmatico strutturale (art. 8 della l. n. 243/2012). L'equilibrio di bilancio si intende conseguito anche nel caso in cui il saldo strutturale evidenzia uno scostamento inferiore a quello che fa scattare il meccanismo di correzione di cui all'art. 8, co. 1, l. n. 243/2012.

⁵ Così dispone l'art. 9 della l. n. 243/2012 come modificato dall'art. 1, co. 1, della l. 12 agosto 2016, n. 164.

⁶ Corte cost., 10 giugno 2016, n. 133; Id., 16 dicembre 2016, n. 279. Più di recente, Corte cost., 14 febbraio 2019, n. 18, ha chiarito che il “principio dell'equilibrio di bilancio non corrisponde ad un formale pareggio contabile, essendo intrinsecamente collegato alla continua ricerca di una stabilità economica di media e lunga durata, nell'ambito della quale la responsabilità politica del mandato elettorale si esercita, non solo attraverso il rendiconto del realizzato, ma anche in relazione al consumo delle risorse impiegate”.

La puntuale disciplina sul ricorso all'indebitamento è stata affidata alla già citata legge rinforzata n. 243 del 2012, la quale ha previsto formule piuttosto elastiche, che hanno poi di fatto consentito di ricorrere, con una certa frequenza, a tale pratica, soprattutto nei periodi di difficoltà economica.

Il ricorso all'indebitamento da parte degli altri enti territoriali (enti locali e regioni) è, invece, fortemente limitato. Oltre al vincolo introdotto dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, che ha riscritto l'art. 119, co. 6, Cost. stabilendo che tali enti "possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento", la nuova versione dell'art. 119, co. 6, Cost., come novellata nel 2012, aggiunge due ulteriori vincoli per il ricorso all'indebitamento da parte degli enti territoriali: "la contestuale definizione di piani di ammortamento" e il rispetto della condizione secondo cui "per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio".

In sostanza, dalla nuova disciplina costituzionale si ricava che è il bilancio dello Stato a doversi "equilibrare" allo scopo di raggiungere gli obiettivi di finanza pubblica, potendo ricorrere all'indebitamento in funzione anticiclica o per eventi eccezionali in via tendenzialmente esclusiva ed a favore dell'intero sistema pubblico⁷. Ed è quello che sta accadendo nell'attuale periodo di emergenza causato dalla pandemia da Covid-19, in cui è sostanzialmente lo Stato che si sta indebitando in via esclusiva trasferendo agli enti territoriali o alle comunità da loro amministrate una parte delle risorse reperite sul mercato.

È evidente l'impatto che questa rafforzata funzione statale di coordinamento finanziario e contabile può provocare sull'autonomia degli enti locali e delle regioni.

Come si è già detto, anche l'art. 97 Cost. è stato novellato dalla riforma costituzionale del 2012. A questa norma, centrale per quanto riguarda le pubbliche amministrazioni, la riforma costituzionale del 2012 ha aggiunto ai tradizionali principi di buon andamento e imparzialità due ulteriori principi – o meglio regole – quelle dell'equilibrio dei bilanci e della sostenibilità del debito pubblico.

⁷ Così W. GIULIETTI - M. TRIMARCHI, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2016, 926 e ss., i quali mettono in evidenza l'impatto che questa rafforzata funzione statale di coordinamento finanziario e contabile può provocare sull'autonomia degli enti locali e sulle regioni.

Per inciso va evidenziato che per la prima volta il legislatore menziona il debito pubblico e la sua sostenibilità in Costituzione, riferendola a tutte le amministrazioni pubbliche.

Dunque, i principi dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico si aggiungono al principio di buon andamento e di imparzialità. Si tratta di principi diversi tra loro, che non sono però inconciliabili e devono anzi essere letti in modo sistematico.

La diversità tra questi principi si evince anche dal fatto che hanno un ambito soggettivo diverso. Infatti, a differenza dei principi di buon andamento e imparzialità che sono testualmente riferiti ai “pubblici uffici”, i principi “dell'equilibrio di bilancio” e della “sostenibilità del debito pubblico” devono essere assicurati dalle “pubbliche amministrazioni”.

2. La nozione di amministrazione pubblica in senso finanziario

Giova precisare a quali “pubbliche amministrazioni” si riferisce il novellato art. 97 Cost. Ebbene, anche in virtù dell'espreso richiamo all'ordinamento europeo, la nozione di amministrazione pubblica che viene in rilievo non è quella classica, ma quella di amministrazione finanziaria.

È del resto una tendenza normativa, che adesso ritroviamo anche in Costituzione, quella di differenziare la nozione di pubblica amministrazione in ragione dei settori o degli scopi presi in considerazione⁸.

Il compito di individuare il significato da attribuire alle parole “pubbliche amministrazioni”, e di stabilire quindi l'ambito soggettivo di applicazione della nuova norma costituzionale, è assolto dalla legge rinforzata n. 243 del 2012, che, all'art. 2, co. 1, lett. a), dispone che si intendono per “amministrazioni pubbliche” gli enti individuati con le procedure e gli atti previsti, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, dalla normativa in materia di contabilità e finanza pubblica, articolati nei sottosectori delle amministrazioni centrali, delle amministrazioni locali e degli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale.

⁸ In argomento sia consentito il rinvio a S. CIMINI, *L'attualità della nozione di ente pubblico*, in *www.federalismi.it*, 2015, ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

In sostanza, si fa rinvio all'“Elenco annuale delle Amministrazioni pubbliche” annualmente redatto dall'ISTAT, ai sensi della legge di contabilità e finanza pubblica del 2009 (art. 1, co. 2 e 3, l. 31 dicembre 2009, n. 196).

Secondo le regole contabili dell'Unione Europea (SEC 2010), il predetto elenco include le unità istituzionali che agiscono da produttori di beni e servizi non destinabili alla vendita. Tali soggetti, che concorrono alla formazione del conto economico consolidato delle Amministrazioni pubbliche, si caratterizzano dall'essere controllati e prevalentemente finanziati da enti pubblici nonché per il fatto che la maggior parte dei propri costi di produzione non è coperta con ricavi dal mercato in quanto le entrate provenienti dal mercato o da soggetti diversi da quelli che li controllano non raggiungono la soglia del 50%⁹.

Facendo riferimento al criterio *market/no market*, la definizione di cui alla legge n. 243/2012 include nel novero delle “pubbliche amministrazioni” molti soggetti che hanno natura privata¹⁰, ai quali non è detto

⁹ Come evidenziato da G. COLOMBINI, *Buon andamento ed equilibrio finanziario nella nuova formulazione dell'art. 97 Cost.*, in *Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria. Atti del convegno del 16-17 marzo 2017 dedicato alla magistratura contabile*, Milano, 2019, 381 e ss., spec. par. 2, “per quanto concerne la classificazione delle unità *market/non market*, ai fini dell'inserimento nel settore S-13 (pubbliche amministrazioni), il nuovo regolamento, pur mantenendo la regola del 50% nel rapporto costi ricavi, per cui una unità istituzionale è considerata *market* o *non market* a seconda che le vendite coprano o meno più del 50% dei costi di produzione, ha introdotto tra i costi di produzione anche il costo del capitale (costo che può essere approssimato alla spesa per interessi, vale a dire differenza tra gli interessi passivi pagati dall'impresa per il finanziamento degli investimenti ed interessi attivi riscossi dall'impresa in relazione alla attività detenute) andando così ad incidere sul rapporto costi-ricavi, e dunque rapporto del 50%. Ne consegue che le nuove regole del SEC 2010, se applicate nei termini descritti, vanno ad ampliare il numero delle unità *non market* e dunque il perimetro delle amministrazioni pubbliche”.

¹⁰ Invero, la giurisprudenza sul punto – devoluta prima al giudice amministrativo e attualmente al giudice contabile – è già cospicua e ha visto coinvolte le Fondazioni lirico-sinfoniche, le Federazioni sportive, le Casse previdenziali privatizzate degli ordini professionali, le Società a partecipazione pubblica, ecc. Per una puntuale analisi si rinvia a G. COLOMBINI, *La dimensione finanziaria dell'amministrazione pubblica e gli antidoti ai fenomeni gestionali di cattiva amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 2017, 9 e ss.; in argomento, si veda anche, della stessa Autrice, *Notazioni a margine del processo di costituzionalizzazione della nozione finanziaria di amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Pas-*

che si applichi il principio di buon andamento (precetto che si applica senz'altro ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative, come sancito dall'art. 1, co. 1-ter, l. 7 agosto 1990, n. 241). È da ritenere pertanto che vi possano essere soggetti privati, inclusi nell'elenco annuale delle Amministrazioni pubbliche redatto dall'Istat, sottoposti solo al primo e non al secondo comma dell'art. 97 Cost., vale a dire soltanto alle regole dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico e non anche ai principi di buon andamento e imparzialità.

La novella dell'art. 97 Cost. ha dunque portato al riconoscimento della nozione di amministrazione finanziaria, elevando al rango costituzionale una nozione già presente, a livello di legislazione ordinaria, nella legge di riforma della contabilità e della finanza pubblica del 2009 (l. n. 196 del 2009).

3. Equilibrio di bilancio, organi politici e dirigenti

Alla luce di quanto detto ci si deve chiedere a chi si riferiscono le regole dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico: all'organo politico o alla dirigenza?

Ebbene, quello che sembra emergere dalla riforma costituzionale è che tali regole si riferiscano in particolare all'organo di indirizzo politico, piuttosto che ai dirigenti che devono dare esecuzione alle scelte politiche.

Come si è visto, il richiamo all'art. 97 Cost. di queste nozioni, con l'introduzione della nozione di amministrazione pubblica finanziaria, ha il fine precipuo di ridurre e razionalizzare la spesa pubblica, allargando la platea dei soggetti che possono subire tagli di spesa e di risorse.

In altre parole, queste regole limitano principalmente la discrezionalità decisionale di natura politica, anche se poi esse finiscono comunque per condizionare il sistema delle decisioni riconducibili all'attività amministrativa (in senso proprio).

L'equilibrio di bilancio si rivolge cioè in prima battuta – direi principalmente – al legislatore.

Limita la sua discrezionalità, perché taglia le risorse, e lo obbliga – o

forse sarebbe meglio dire, dovrebbe obbligarlo – a migliorare la qualità delle decisioni pubbliche, anche attraverso politiche di investimento e di riforma.

Questo vale a cascata anche per gli organi di indirizzo politico dell'ente, che sono chiamati ad effettuare un'attenta programmazione tenendo conto delle minori risorse a disposizione.

In definitiva, l'equilibrio di bilancio esalta il ruolo di programmazione del decisore pubblico.

Anche negli enti locali i destinatari principali della regola dell'equilibrio di bilancio sono gli organi di indirizzo politico, sebbene l'art. 153, co. 4, del d.lgs. n. 267/2000 (TUEL) attribuisca al responsabile finanziario di questi enti il compito di salvaguardare gli equilibri finanziari e i vincoli di finanza pubblica. Al responsabile finanziario viene attribuito così un compito di controllo di scelte che rimangono però sempre in capo – e non potrebbe essere altrimenti – all'organo di indirizzo politico.

L'equilibrio di bilancio riguarda quindi anzitutto e principalmente il legislatore e l'organo di indirizzo politico.

Tuttavia le minori risorse a disposizione possono avere un impatto sulla dirigenza e sugli obiettivi che i dirigenti devono raggiungere.

Come ha ben evidenziato Cristiano Celone¹¹, per l'effettiva attivazione della responsabilità dirigenziale è necessario assegnare adeguate risorse finanziarie per il raggiungimento degli obiettivi strategici.

Del resto, oggi, è la stessa normativa (penso all'art. 5 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, come riscritto dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 74) a stabilire che gli organi di indirizzo politico sono tenuti a programmare e definire gli obiettivi, non solo con l'apporto collaborativo dei dirigenti, ma anche e soprattutto in maniera coerente con gli obiettivi di bilancio indicati nelle leggi di contabilità e finanza pubblica.

Come notato da attenta dottrina già nel 2011¹², quindi prima della riforma del 2012, nella Carta costituzionale esiste un nesso tra il principio dell'equilibrio finanziario e il principio di efficienza (artt. 81 e 97).

¹¹ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, 22, 109, 117, 145, 214, 222.

¹² M. IMMORDINO, *Prospettive di riforma dell'amministrazione regionale*, in AA. VV., *Riforma della contabilità pubblica, avvio del federalismo fiscale e adeguamenti organizzativi*, Atti del Convegno di studi di Palermo, 4-5 marzo 2011, 421-422.

Quel collegamento tra “efficienza allocativa” ed “efficienza operativa”, vale a dire tra l’articolazione del bilancio in missioni e programmi (impostazione che è volta ad evidenziare i principali obiettivi strategici, le misure adottate per raggiungerli e le risorse utilizzate) ed i nuovi modelli organizzativi disegnati dal d.lgs. n. 150/2009, in cui l’efficienza e la produttività delle strutture amministrative, dei dipendenti e in particolare della dirigenza viene per l’appunto valutata in relazione agli obiettivi perseguiti ed effettivamente raggiunti, alle misure adottate per ottenerli, alle risorse stanziare ed impiegate.

Dunque, si deve convenire con Celone quando ricorda che l’insufficienza delle risorse finanziarie conferite al dirigente rilevano come causa di esclusione della responsabilità dirigenziale.

4. Equilibrio di bilancio, principio di economicità e performance dei dirigenti

Un ulteriore aspetto dell’equilibrio di bilancio potrebbe impattare sull’attività dirigenziale.

I principi oggi elencati all’art. 97 Cost., quelli di buon andamento, imparzialità, equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico, vanno letti, come già accennato, in modo sistematico.

Essi costituiscono il nuovo statuto costituzionale della pubblica amministrazione.

Da questo nuovo statuto emerge in particolare la costituzionalizzazione del principio (sarebbe meglio dire criterio) di “economicità”, prima richiamato solo nella legge n. 241 del 1990¹³.

Secondo alcuni, in dottrina, con l’introduzione dell’equilibrio di bilancio in Costituzione il principio di economicità dell’azione amministrativa, inteso nella sua accezione di massima attenzione per l’uso oculato delle risorse, costituisce non più solo uno dei criteri a cui conformare l’azione amministrativa (come già previsto dall’art. 1, l. n. 241 del

¹³ In argomento G. BOTTINO, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 691 e ss., secondo cui con la riforma costituzionale dell’art. 97 Cost. l’economicità “esce” dalla sua tradizionale riferibilità al principio costituzionale di “buon andamento”, per assumere una natura, ed una rilevanza, propria ed autonoma, divenendo parte integrante e sostanziale del principio dell’equilibrio di bilancio.

1990), ma una sorta di superprincipio, inderogabile per l'Amministrazione come per il legislatore, e quindi criterio di interpretazione di tutte le norme regolative delle potestà ed attività amministrative¹⁴.

Anche la Corte costituzionale ha rilevato che l'equilibrio di bilancio "si risolve nel criterio di economicità secondo cui l'azione delle pubbliche amministrazioni deve perseguire i propri obiettivi, garantendo il buon andamento e l'imparzialità con il minimo dispendio di risorse"¹⁵.

In effetti, non può essere revocato in dubbio che le nuove regole finanziarie e le minori risorse a disposizione impongono alla pubblica amministrazione una gestione sempre più efficace, efficiente ed economica, valorizzando ed enfatizzando proprio l'economicità dell'azione.

Non si tratta però della novità più rilevante introdotta dalla riforma del 2012, atteso che già prima di questa novella costituzionale la pubblica amministrazione e i dipendenti pubblici erano tenuti ad agire nel pieno rispetto del criterio di economicità, utilizzando al meglio le risorse pubbliche a disposizione, anche per non arrecare un danno all'erario¹⁶.

Né si può ritenere che la collocazione al primo comma dell'art. 97

¹⁴ Così F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. econ.*, 2013, 67 e 69. Nello stesso senso R. URSI, *Il paradigma europeo dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni*, in *Istituzioni del federalismo*, 2018, 854, sottolinea "la valenza prioritaria, e prevalente, da attribuire al criterio dell'economicità, intesa come obbligo di impiegare la minore quantità possibile di risorse pubbliche".

¹⁵ Corte cost., n. 133/2016, cit.

¹⁶ Com'è noto, la giurisprudenza contabile da tempo ritiene il principio del buon andamento della pubblica amministrazione un interesse pubblico generale la lesione del quale costituisce in sé un danno erariale. Il danno consiste nella disutilità della spesa e nella violazione, in sostanza, del criterio di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa. In questo contesto può essere inserito il danno da disservizio. Si vedano, ad esempio: Corte dei conti, sez. II, 23 maggio 1983, n. 56; sez. I, 25 maggio 1989, n. 181; sez. II, 30 gennaio 2014, n. 38; sez. III, 22 luglio 2013, n. 522. Sul danno all'erario come pregiudizio al buon andamento della pubblica amministrazione e all'impiego efficiente delle risorse si veda, per tutti, A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997, 100 e ss. In argomento sia altresì consentito rinviare a S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile*, in G.F. FERRARI - E. MADEO, *Manuale di Contabilità pubblica*, Milano, 2019, 223 e ss., spec. 233; ID., *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Milano, 2003.

Cost. dei principi di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico delinei un modello di pubblica amministrazione orientato principalmente ed esclusivamente al contenimento dei costi¹⁷, giacché, a tacer d'altro, alla luce del principio di legalità, la pubblica amministrazione continua ad avere come suo preminente e fondamentale compito quello di perseguire interessi pubblici, sia pure utilizzando – come sempre avrebbe dovuto fare – le minori risorse possibili.

L'esaltazione del principio di economicità può tuttavia portare ad una maggiore attenzione verso la *performance* del dirigente.

Non va dimenticato poi che la giuridificazione della regola di economicità ed efficienza – invero già esistente prima della riforma del 2012 – è la premessa necessaria per la configurazione di forme di responsabilità dei dirigenti (che hanno obblighi di risultato).

Le riforme costituzionali introdotte, inoltre, imponendo il rispetto di determinati parametri, fanno sì che ci siano minori risorse a disposizione.

È necessario pertanto un uso attento e virtuoso delle risorse pubbliche.

5. Vincoli di bilancio e responsabilità

Vorrei concludere osservando come la giuridicità dei vincoli di bilancio produce delle conseguenze soprattutto nel campo della responsabilità amministrativa.

È nota la giurisprudenza della Corte dei conti sulla responsabilità amministrativa per violazione del Patto di stabilità, che oggi potrebbe essere letta come violazione della regola dell'equilibrio di bilancio¹⁸.

In questa direzione va anche il legislatore che ha introdotto diverse

¹⁷ In senso diverso sembra andare R. URSI, *Il paradigma europeo dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni*, cit., 856, secondo cui “dopo la svolta dell'amministrazione di risultato si conclama definitivamente la stagione del legalismo dell'efficienza, caratterizzato come supino rispetto delle norme che comportano risparmio e permettono la compressione del debito pubblico”.

¹⁸ Su questo profilo si veda G. DE GIORGI CEZZI - M. PAPA, *Il danno da elusione del patto di stabilità interno e dell'equilibrio di bilancio*, in C. MIRABELLI - E.F. SCHLITZER (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Napoli, 2018, 255 e ss.

fattispecie tipizzate di responsabilità sanzionatoria pecuniaria per violazione delle norme a tutela della finanza pubblica, come la responsabilità per gli amministratori degli enti locali che, in violazione dell'art. 119, co. 6, Cost., si indebitano per spese non di investimento (art. 15, co. 30, legge 27 dicembre 2002, n. 289).

Ma se la responsabilità è chiara nelle ipotesi di violazione dei vincoli di bilancio a livello locale e regionale, così non è quando si volge lo sguardo a livello statale.

A livello nazionale va anzitutto evidenziato che, se si considera il continuo richiamo alle norme europee posto in essere dagli artt. 81 e 97 Cost., le regole dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico possono dirsi senz'altro violate quando l'Unione europea apre nei confronti dello Stato una procedura di infrazione (un ruolo importante in quest'ambito può essere svolto anche dalla Corte dei conti e dall'Ufficio parlamentare del bilancio). In tal modo viene certificata la non coerenza dei nostri bilanci con l'ordinamento dell'Unione europea.

Più in generale va osservato che l'osservanza delle regole costituzionali – che sono formulate con concetti vaghi, come quello di “equilibrio di bilancio” e “sostenibilità del debito pubblico” – è di fatto sottoposta al vaglio esterno delle istituzioni europee. La definizione di senso di una norma costituzionale è infatti rimessa a periodiche decisioni assunte in una sede sovra nazionale, con la conseguenza che le decisioni e comunicazioni assunte dalla Commissione e dal Consiglio europeo, di concerto con il nostro Governo, che ha la possibilità di negoziare con le istituzioni europee margini di scostamento, assumono per effetto della riforma del 2012 forza vincolante a livello costituzionale.

Ciò vale sia per l'equilibrio di bilancio che per la sostenibilità del debito pubblico.

Il mancato rispetto delle decisioni prese a livello europeo comporta, di conseguenza, una violazione costituzionale da parte del legislatore che può produrre anche un ingente danno all'erario. Si pensi all'ipotesi in cui si dovesse aprire e concludere una procedura di infrazione da parte dell'UE per violazione delle regole sul debito, che comporta sanzioni importanti¹⁹ e un conseguente aumento dei tassi di interesse dei titoli di Stato.

¹⁹ Che, com'è noto, possono consistere in una multa (fino ad un importo massimo

Ora, al di là del sindacato della Corte costituzionale e delle altre magistrature sugli atti di natura finanziaria, ci si dovrebbe interrogare sulle responsabilità conseguenti alla violazione delle regole costituzionalizzate dell'equilibrio di bilancio, qualora da tale violazione dovesse scaturire un danno all'erario.

Mentre, come detto, per gli enti locali e le regioni la responsabilità per violazione dei vincoli finanziari è codificata dal legislatore (anche con alcune fattispecie tipizzate di responsabilità devolute alla giurisdizione della Corte dei conti), così non è per lo Stato, che in caso di emissione di debito pubblico in violazione dei vincoli di bilancio europei può arrecare danni erariali molto più ingenti rispetto a quelli che possono essere prodotti dagli enti territoriali.

Non sono previste infatti espresse ipotesi di responsabilità nel caso di danni derivanti da una procedura di infrazione posta in essere dall'UE per violazione da parte dello Stato dei vincoli di bilancio²⁰.

Nondimeno, in tali casi sembrano rinvenirsi alcuni elementi costitutivi della responsabilità amministrativa, come il danno all'erario, la condotta antiggiuridica derivante dalla violazione di norme costituzionali e sovranazionali, il nesso di causalità, forse anche la colpa grave considerato che prima di arrivare alla irrogazione della sanzione a seguito di una procedura di infrazione vi sono diverse fasi nell'ambito delle quali sussiste la concreta possibilità di trovare un'intesa con gli organi dell'UE.

Per affermare la responsabilità erariale sussistono tuttavia grosse difficoltà nella imputabilità dei soggetti, dal momento che la violazio-

pari allo 0,5% del PIL), nel congelamento dei fondi strutturali, nell'interruzione dei prestiti concessi dalla Banca europea degli investimenti e anche nell'uscita dal programma di acquisto di titoli di Stato della BCE.

²⁰ Può essere utile ricordare che l'art. 43, comma 4, della legge 24 dicembre 2012, n. 234, prevede che nei confronti delle regioni, delle province autonome, degli enti territoriali e degli altri enti pubblici che si rendono responsabili di violazioni degli obblighi degli Stati nazionali derivanti dalla normativa dell'Unione europea, lo Stato ha diritto di rivalersi degli oneri finanziari derivanti dalle sentenze di condanna rese dalla Corte di Giustizia. In tali casi, dunque, come precisato dal giudice amministrativo (Tar Lazio, Roma, sez. II, 10 marzo 2017, n. 3400), lo Stato deve individuare i responsabili della violazione del diritto dell'Unione europea al fine di procedere legittimamente all'azione di rivalsa.

ne viene realizzata dal legislatore con la legge di bilancio (la quale però, in questi casi, dovrebbe essere ritenuta incostituzionale per contrasto, in particolare, con gli artt. 81 e 97, Cost.). Non sembra quindi che si possa fare ricorso alla responsabilità erariale né, probabilmente, ad altro tipo di responsabilità, ad eccezione di una responsabilità di tipo politico.

Sul punto va comunque ricordato che la dottrina, pur se in una prospettiva diversa rispetto all'ipotesi qui presa in considerazione, da tempo si interroga sulla possibilità di ritenere responsabile civilmente il legislatore per i danni conseguenti ad una legge poi dichiarata incostituzionale: la figura dell'illecito costituzionale o dell'illecito per fatto del legislatore è però molto controversa²¹, a differenza dell'illecito comunitario che trova ormai pacifica ammissione²².

Si tratta di un profilo stimolante e carico di risvolti problematici, che in questa sede non può essere sviluppato.

Esso però ci dimostra come la principale responsabilità per viola-

²¹ Sul tema si vedano L. MONTESANO, *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, in *Foro it.*, 1952, IV, 144 e ss.; L. PALADIN, *Cenni sul sistema delle responsabilità civili per l'applicazione di leggi incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1960, 1029 e ss.; V. ROPPO, *Appunti in tema di illecito "comunitario" e illecito "costituzionale" del legislatore*, in *Danno e resp.*, 1998, 961 e ss.; ID., *Responsabilità pubblica per atto lecito e per atto legislativo*, in *Corr. giur.*, 2017, 366 e ss.; C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Pol. dir.*, 2007, 347 e ss.; una esaustiva analisi della responsabilità da attività legislativa si trova in C. PASQUINELLI, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, Torino, 2013. In giurisprudenza, di recente, si segnala Cass. civ., sez. III, 22 novembre 2016, n. 23730, che si orienta in modo negativo affermando che – a differenza della responsabilità derivante dalla violazione dei vincoli comunitari – una legge incostituzionale non comporta un'ingiustizia che possa essere qualificata in termini di illecito (così da fondare il diritto al risarcimento del danno), in quanto l'esercizio del potere legislativo è libero nei fini e quindi sottratto a qualsiasi sindacato giurisdizionale. Critico su questa sentenza M. MATTIONI, *Una sentenza d'altri tempi sulla responsabilità del legislatore per danni da legge incostituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1911 e ss.

²² Si vedano, indicativamente: G. ALPA, *La responsabilità civile dello Stato per violazione di obblighi comunitari*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 487 e ss.; G. PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1992, IV, 150 e ss.; A. CIATTI CAIMI, *Appunti sull'illecito del legislatore*, in *Contr. impr. Eur.*, 2009, 553 e ss.; C. PASQUINELLI, *La responsabilità dello Stato legislatore tra illecito "comunitario" e illecito "costituzionale". Prime riflessioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 171 e ss.

zione dell'equilibrio di bilancio riguarda l'organo politico più che quello dirigenziale.

PRINCIPIO DELL'EQUILIBRIO DI BILANCIO E SUOI EFFETTI SULL'ORGANIZZAZIONE E SULL'AZIONE AMMINISTRATIVA

di Alberto Zito

SOMMARIO: 1. L'introduzione in Costituzione del principio dell'equilibrio di bilancio: considerazioni introduttive. – 2. Vincoli di bilancio e organizzazione amministrativa: il responsabile finanziario dell'ente locale e la “nuova” funzione di salvaguardia degli equilibri finanziari della gestione e dei vincoli di finanza pubblica. – 3. Vincoli di bilancio e tutela dei diritti sociali: quale regola per l'allocazione delle risorse?

1. L'introduzione in Costituzione del principio dell'equilibrio di bilancio: considerazioni introduttive

Se l'agire amministrativo, come ci ricordano gli studiosi di management pubblico, consiste nel collegare risorse finanziarie, obiettivi, processi e risultati, è evidente come le risorse disponibili costituiscano un fattore che incide inevitabilmente e sulle scelte degli organi titolari dell'indirizzo politico-amministrativo e della stessa dirigenza. Naturalmente, quando il diritto positivo, nella fonte di livello più elevato, pone norme agli enti pubblici che impongono di operare in una situazione di equilibrio di bilancio, l'incidenza sulle suddette scelte dal piano propriamente fattuale si converte in vincolo giuridico con effetti che investono, come si dirà, sia il piano dell'organizzazione sia il piano dell'azione amministrativa.

Ciò è quanto è accaduto nel nostro sistema giuridico a seguito della riforma costituzionale del 2012 derivata dagli impegni aggiunti a livello europeo. Per effetto di tale riforma è stato tra gli altri modificato l'art. 81 della Costituzione, il quale prevede oggi che lo Stato assicuri l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico (comma 1)¹ e

¹ L'art. 81 prevede altresì che il ricorso all'indebitamento sia consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere, adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali (comma 2); che il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i

l'art. 97 il quale prevede che le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurino l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico².

Le norme costituzionali ricordate sono riconducibili secondo una parte della dottrina alle cosiddette *balanced budget rules*, ossia a quelle regole che esprimono prescrizioni puntuali in tema di bilancio pubblico sia di tipo procedurale sia di tipo sostanziale (in quest'ultimo caso attraverso l'utilizzo di grandezze numeriche o l'implicito rinvio ad esse)³. Anche a non volere ricondurre le norme costituzionali all'interno della ricordata categoria, esse hanno avuto comunque un impatto particolarmente significativo nell'ambito del nostro sistema. Ciò è dipeso anche dal fatto che, per effetto del principio dell'equilibrio di bilancio, è venuta meno la possibilità di finanziare le spese attraverso il ricorso generalizzato all'indebitamento, che era stato, se non giustificato, quanto meno tollerato da una lettura dell'art. 81 della Costituzione che, salvo qualche eccezione⁴, non ravvisava nell'originaria formulazione la regola del pareggio di bilancio⁵.

criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni siano stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti (comma 6).

² Si deve ricordare come anche l'art. 119 contiene un esplicito riferimento ai bilanci e all'equilibrio stabilendo che i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni abbiano autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrano ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea (comma 1) e che possano ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento, con la contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio (comma 6). Parimenti è opportuno ricordare che le modifiche, collegate alla problematica del bilancio, hanno riguardato anche l'art. 117 nella parte relativa all'attribuzione alla competenza legislativa esclusiva dello Stato del coordinamento della finanza pubblica.

³ Sulle *balanced budget rules* e sulla loro classificazione cfr. in particolare M. MARÈ - M. SARCINELLI, *La regola del bilancio in pareggio: come assicurarla e a quale livello di governo*, in *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Roma, 2013, 51 ss. Si esprime con decisione per la riconduzione delle regole introdotte con la riforma costituzionale del 2012 nella categoria delle *balanced budget rules* O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, in *Quaderni Costituzionali*, 2016, 455 ss.

⁴ Cfr. G. DI GASPARE, *L'art. 81 della Costituzione, abdicazione della sovranità finanziaria dello Stato?*, in *Amministrazione in cammino*, 2014, 2-4.

⁵ Sull'argomento cfr. di recente G. RIVOCCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla rifor-*

È del tutto naturale pertanto che le modifiche introdotte abbiano fatto sorgere una serie di questioni assai rilevanti quali in particolare l'esatta individuazione della nozione di equilibrio di bilancio (pareggio di bilancio o sostenibilità?), gli effetti che il principio in questione ha determinato sul rapporto Governo-Parlamento e dunque sulla stessa forma di governo, nonché le conseguenze indotte sull'autonomia finanziaria delle Regioni⁶.

L'obiettivo delle riflessioni che seguono non è tanto di affrontare le richiamate problematiche che sono maggiormente di pertinenza della scienza del diritto costituzionale, quanto svolgere alcune sintetiche considerazioni su altri due aspetti di più stretta competenza della scienza del diritto amministrativo, quali le modifiche che l'introduzione del principio dell'equilibrio di bilancio ha determinato per un verso sul terreno dell'organizzazione amministrativa e per altro verso sull'azione volta a tutelare i diritti sociali.

2. Vincoli di bilancio e organizzazione amministrativa: il responsabile finanziario dell'ente locale e la "nuova" funzione di salvaguardia degli equilibri finanziari della gestione e dei vincoli di finanza pubblica

Sul terreno dell'organizzazione amministrativa la novità più rilevante è data dalla nuova competenza attribuita alla figura del responsabile fi-

ma costituzionale alla giustiziabilità, in Rivista AIC, n. 3, 2016, 1-26, secondo cui "non può non convenirsi che, quantomeno in origine la nostra Carta fondamentale non aveva accolto alcun vincolo prescrittivo nel senso del pareggio del bilancio, il quale non poteva ritenersi ontologicamente sovraordinato rispetto allo squilibrio o all'avanzo" (2).

⁶ Sulle tematiche richiamate nel testo cfr., tra i contributi più significativi O. CHES-
SA, *Pareggio strutturale di bilanci ...*, cit.; M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in *Il principio dell'equilibrio di bilancio ...*, cit., 153; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 1, 6; G. SCACCIA, *L'equilibrio di bilancio tra Costituzione e vincoli europei*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2013, n. 2; L. ANTONINI, *Armonizzazione contabile e autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 1; M. CECCHETTI, *Legge costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della Parte II della Costituzione: profili di contro-riforma dell'autonomia regionale e locale*, in *La nuova governance fiscale europea: Fiscal Pact, cornice europea e modifiche costituzionali in Italia: problemi aperti e prospettive* (Atti del Seminario Luiss Guido Carli, 9 novembre 2012).

nanziario degli enti locali. L'art. 153, comma 4, del TUEL prevede oggi che *“Il responsabile del servizio finanziario, di ragioneria o qualificazione corrispondente, è preposto alla verifica di veridicità delle previsioni di entrata e di compatibilità delle previsioni di spesa, avanzate dai vari servizi, da iscriversi nel bilancio di previsione ed alla verifica periodica dello stato di accertamento delle entrate e di impegno delle spese, alla regolare tenuta della contabilità economico-patrimoniale e più in generale alla salvaguardia degli equilibri finanziari e complessivi della gestione e dei vincoli di finanza pubblica. Nell'esercizio di tali funzioni il responsabile del servizio finanziario agisce in autonomia nei limiti di quanto disposto dai principi finanziari e contabili, dalle norme ordinamentali e dai vincoli di finanza pubblica”*. L'attuale versione della norma è il frutto delle modifiche introdotte dal D.L. 10 ottobre 2012, n. 174, *Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012*, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 7 dicembre 2012, n. 213.

Il profilo innovativo ha riguardato l'attribuzione al responsabile finanziario degli enti locali anche del compito di salvaguardia degli equilibri finanziari della gestione e dei vincoli di finanza pubblica. Ebbene l'aspetto più interessante di tale nuova attribuzione, immediatamente colto dalla dottrina più attenta, è che in questo modo il responsabile finanziario è stato investito della cura di un interesse generale avente rilevanza costituzionale ed europea che travalica gli interessi dell'ente pubblico di riferimento⁷.

Non è azzardato dire che siamo di fronte ad un soggetto che assume nella materia economico-finanziaria una funzione di contropotere rispetto agli stessi organi titolari dell'indirizzo politico-amministrativo con un effetto di indubbio condizionamento delle scelte che sono riservate a tali organi.

Posto infatti che oggetto della funzione di salvaguardia sono gli equilibri finanziari della gestione, nonché i vincoli della finanza pubblica, riesce difficile escludere che la funzione del responsabile finanziario non possa non indirizzarsi anche all'esame e al controllo degli atti di

⁷ Su questa tematica il saggio più impegnato a livello di analisi sistematica è quello di S. DETTORI, *La funzione di salvaguardia del responsabile del servizio finanziario degli enti locali nella teoria dell'organizzazione amministrativa: profili ricostruttivi*, in *Nuove Autonomie*, 2017, 583-605.

programmazione e di rendicontazione che, a ben vedere, non sono propriamente riconducibili nella categoria degli atti di gestione. Ma ciò non è tutto perché, una volta che al suddetto soggetto è attribuita la funzione in questione, non ci si può non interrogare se lo stesso sia anche legittimato ad impugnare, a tutela sia dell'ente locale sia della propria posizione, gli atti che pongono a rischio gli equilibri di bilancio nonché i vincoli di finanza pubblica⁸.

Insomma siamo in presenza di una modifica concernente il profilo organizzativo dell'ente locale che probabilmente è ben più complessa e profonda di quanto a prima vista si potrebbe ritenere, atteso che essa solleva nuovi e non ancora esplorati problemi di un certo spessore teorico-dogmatico.

3. Vincoli di bilancio e tutela dei diritti sociali: quale regola per l'allocatione delle risorse?

L'introduzione del principio dell'equilibrio del bilancio non è senza effetti sui diritti sociali e sulla garanzia di una loro effettiva tutela da parte dei pubblici poteri. Il problema non è certamente nuovo e la dottrina si è da sempre interrogata sul rapporto tra risorse disponibili e tutela dei suddetti diritti ed in proposito tre sono i modelli che vengono offerti dalla comunità dei giuristi sul tema.

Vi è in primo luogo il modello, per così dire, classico basato sulla teoria del nucleo indefettibile di tali diritti che si può definire come modello del diritto sociale esternamente condizionato. In tale modello il principio dell'equilibrio di bilancio gioca un duplice ruolo: è un vincolo per l'appunto esterno al diritto sociale ed è un vincolo che incontra un limite costituito dal nucleo indefettibile del diritto sociale stesso⁹.

⁸ Secondo S. DETTORI, *La funzione di salvaguardia ...*, cit., la risposta potrebbe (e forse dovrebbe) essere positiva anche se un'apertura nel senso indicato si scontra con la tradizionale chiusura della giurisprudenza che, come è noto, ammette la tutela giurisdizionale nel rapporto tra organi ed uffici solo allorquando l'azione avanzata dal titolare di uno di essi sia diretta a far valere una lesione della propria sfera giuridica soggettiva.

⁹ Sull'impostazione tradizionale cfr. F. PALLANTE, *Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio*, in *Giur. cost.*, 2016, 2498 ss., al quale si rinvia per le ulteriori indicazioni bibliografiche contenute nella nota 53 del lavoro.

Vi è poi il modello, recentemente proposto, che si può definire modello del diritto sociale costitutivamente condizionato nel quale il principio dell'equilibrio di bilancio entra per l'appunto come elemento costitutivo e dunque strutturale dello stesso diritto sociale¹⁰. Si tratta, come è evidente, di due modelli antitetici che possono portare a conseguenze opposte sul piano pratico.

Vi è infine un terzo modello, che è bene ricordare, perché ad esso sembra rinviare la sentenza della Corte Costituzionale n. 275/2016, che può essere definito del diritto sociale costruito non come diritto vincolato dall'equilibrio di bilancio, ma come diritto vincolante il bilancio¹¹. Le caratteristiche di questo modello sono così sintetizzabili: il diritto sociale non è subordinato ai vincoli di bilancio, ma vincola le scelte del legislatore (e si può aggiungere della pubblica amministrazione) in tema di costruzione del bilancio eliminando o riducendo fortemente la sua discrezionalità.

Senza volere entrare nel merito delle diverse posizioni, un dato però è certo. Se si vuole mantenere la centralità dei diritti sociali, anche in presenza di stringenti vincoli di bilancio, contenuti nella stessa Costituzione, si deve innanzi tutto rifiutare una loro ricostruzione in termini di diritti costitutivamente o, se si preferisce, intrinsecamente condizionati dai suddetti vincoli. Si tratta di una lettura cui non è possibile aderire perché in questo modo il principio dell'equilibrio di bilancio finisce per assumere un inaccettabile ruolo preminente rispetto ai diritti sociali.

Conseguentemente si deve ritenere che oggi la prima regola del rapporto tra diritti sociali e vincoli di bilancio debba essere quella che impone, nel momento in cui si compiono le scelte relative al bilancio, la prioritaria destinazione delle risorse al soddisfacimento dei diritti sociali.

Si tratta di una regola forse non sconosciuta al nostro sistema giuridico, dal momento che sembra essere sottesa alla nota distinzione tra

¹⁰ Così F. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubb. com.*, 2017, 623 ss.

¹¹ La sentenza della Corte Costituzionale citata nel testo è molto nota e commentata. Approfondite considerazioni sulla sentenza si possono trovare, oltre che nel già citato saggio di F. PALLANTE, anche nel saggio di A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, in *Giur. cost.*, 2016, 2343 ss. Significative sono però anche le sintetiche considerazioni di L. CARLASSARE, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti invalicabili alla discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2016, 2339 ss.

spese obbligatorie e spese facoltative. Tuttavia affermarne la diretta rilevanza costituzionale e la sua non derogabilità può rappresentare oggi lo strumento principale per non svuotare, in presenza di vincoli di bilancio sempre più stringenti, la tutela dei diritti sociali.

LE DIFFERENTI FIGURE DI RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE E LE “INTERFERENZE” CON LA RESPONSABILITÀ ERARIALE

di Fabrizio Tigano

SOMMARIO: 1. Il dirigente e la sua funzione nella nuova amministrazione pubblica. – 2. La responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi, risultati negativi della gestione e inosservanza delle direttive impartite. – 3. La violazione degli obblighi di condotta e l’omessa vigilanza sui dipendenti. – 4. Il caso del ritardo e quello di mancata emanazione del provvedimento. – 5. Le responsabilità dirigenziali per violazione di obblighi puntuali. – 6. Alcune osservazioni conclusive.

1. Il dirigente e la sua funzione nella nuova amministrazione pubblica

Costituisce un dato ampiamente noto quello secondo il quale la c.d. “*amministrazione di risultato*”¹ – frutto della emancipazione del principio di buon andamento nell’accezione latamente riconnessa a profili di corretta gestione delle risorse pubbliche in forza di espressi obiettivi previamente programmati² – per trovare concreta attuazione ed effetti-

¹ G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario dell’Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2002, 127 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, *ivi*, 107 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «Amministrazione per risultati»*, in *Studi in onore di Elio Casetta*, II, Napoli 2018, 815 ss; ID., *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, in *Annuario Aipda* 2007, 66 ss.; L. PERFETTI, *Analisi economica, amministrazione di risultato e metodo giuridico in Antonio Romano Tassone. Osservazioni minime intorno alla relazione tra ordine giuridico dell’Autorità ed ordine giuridico della società*, in F. ASTONE - M. CALDARERA - F. MANGANARO - F. SAITTA - N. SAITTA - A. TIGANO (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, III, Napoli, 2017, 2010 ss.

² R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993, 371 ss., secondo cui “*il buon andamento consiste nella realizzazione di quelle condizioni attraverso le quali il nostro ordinamento giuridico amministrativo tende a realizzare al meglio quelle garanzie individuali e sociali volte a promuovere il pieno sviluppo della persona umana*”; P. CARETTI, *La pubblica am-*

vità presupponga, sul piano organizzativo, un apposito e rinnovato assetto incentrato su strutture decisionali improntate alla funzione di direzione³, ridimensionando significativamente, quando non abbandonando *tout court*, la tradizionale e generale matrice gerarchica⁴.

ministrazione, in G. BRANCA - A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Pubblica amministrazione. Artt. 97-98*, Bologna, 1994, 1 ss.

³ F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007.

⁴ M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3 ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.; AA.VV., in M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno, 27-28 febbraio 2003, Torino, 2004, ove si rinvencono i seguenti contributi: A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*; F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'Amministrazione del mercato*; S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*; E. PICOZZA, *Principio di legalità e risultato amministrativo, ovvero del nuovo diritto pubblico italiano*; M. D'ORSOGNA, *Teoria dell'invalidità e risultato*; V. CERULLI IRELLI, *Invalidità e risultato amministrativo*; A. BARTOLINI, *Nullità e risultato*; A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*; G. CORSO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*; A. POLICE, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*; D. SORACE, *Sul risultato nel processo amministrativo: i due tipi di interesse legittimo e la loro tutela risarcitoria*; R. LA BARBERA, *Amministrazione di risultati e principio di responsabilità*; I.M. MARINO, *Responsabilità dell'Amministrazione e risultati*; F. DE LEONARDIS, *Responsabilità dell'Amministrazione e risultati*; M.L. BASSI, *Scelte di finanza pubblica e risultati*; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Scelte di finanza pubblica e risultati*; F. FIGORILLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*; M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*; S. COGNETTI, *Procedura amministrativa e amministrazione di risultati*; R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo"*; A. CONTIERI, *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato*; D. D'ORSOGNA, *Una terapia sistemico-relazionale per la pubblica amministrazione: l'operazione amministrativa*; E. FOLLIERI, *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*; M. CAMMELLI, *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*; L. GIANI, *Regolazione amministrativa e realizzazione del risultato*; C. CELONE, *Legalità, interpretazione adeguatrice e risultato amministrativo nell'attività di regolazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*; M. RAGUSA, *Risultati e servizi pubblici*; M.R. SPASIANO, *Organizzazione e risultato amministrativo*; A. OLMEDA GAYA, *Estrategia de modernización de las administraciones públicas: responder al cambio con el cambio*; N. PAOLANTONIO, *Controllo di gestione e amministrazione di risultati*; C. MARZUOLI, *Brevi note in tema di controllo di gestione e*

Fondamentale conseguenza di questa mutata impostazione dei rapporti organizzativi è la scelta di porre una cesura tra le competenze del livello politico, incentrate sulla individuazione e determinazione degli indirizzi politici e degli obiettivi da perseguire, e quelle prettamente amministrative, attuative di siffatti indirizzi⁵.

La separazione tra livello politico e livello amministrativo, affermata con decisione alla fine degli anni '90 non ha, però, interrotto il dialogo tra gli organi politici e gli organi amministrativi: è, infatti, normativamente previsto che i dirigenti, in un certo qual modo, partecipino ai procedimenti di formazione degli obiettivi⁶.

amministrazione di risultati; C. MODICA, *L'«amministrazione per risultati» nella giurisprudenza amministrativa*; S. RAIMONDI, *L'amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*; S. PENSABENE LIONTI, *L'amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*.

⁵ F. BENVENUTI *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato contemporaneo*, in G. MARONGIU e G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Milano, 1992, 27 ss.: «Di fronte al principio di accentramento tipico dello Stato assoluto, la costituzione ha immaginato una decontrazione (diversa dal semplice decentramento) attraverso la istituzione delle regioni e la valorizzazione della autonomia degli enti territoriali contrapposta alla originaria autarchia. ... Quale è, dunque, il ruolo dell'amministrazione in questo Stato? La risposta è ormai in ciò che si è detto: è la trasformazione dell'amministrazione in senso democratico che costituisce il punto di forza per la trasformazione dello Stato in senso ugualmente democratico ... L'amministrazione dello Stato democratico, fondandosi sul principio di partecipazione, è dunque, il motore del rivolgimento che i nostri tempi richiedono. Partendo dall'amministrazione, come uno dei punti nodali della struttura e dell'azione dello Stato, si può, anzi si deve, giungere a quella nuova forma di Stato che può superare i vecchi macro-paradigmi, offrendone, con uno stacco preciso di qualità, uno nuovo consono ai tempi»; V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, 1988, 378 ss.

⁶ Cfr. art. 5 d.lgs. n. 150/2009: «Gli obiettivi sono programmati 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 quelli di bilancio indicati nei documenti programmatici di cui alla legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni, e il loro conseguimento costituisce condizione per l'erogazione degli incentivi previsti dalla contrattazione integrativa. Gli obiettivi sono: 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

Il dialogo è, invece, proseguito con forme e modalità differenti, privilegiando, almeno nelle intenzioni, il senso ed il valore di una amministrazione in grado di perseguire i suoi obiettivi secondo procedure legittime, imparziali, talora semplificate e comunque efficienti.

Il riconoscimento della qualità di organo al dirigente pubblico, peraltro, non ha soltanto inciso sulla impostazione dei rapporti tra sfera politica e sfera amministrativa, ma ha anche posto il complesso tema della sua legittimazione in chiave democratica. A fronte della scelta operata dal legislatore, infatti, il profilo della legittimazione ha, in un certo qual modo, visto mutato il suo “baricentro” e si è spostato sul versante “attuativo-procedimentale”, investendo specificamente l’esercizio delle facoltà partecipative riconosciute ai soggetti contemplati dagli artt. 7 e 9 della legge n. 241 del 1990⁷.

Pur condivisibile, siffatta impostazione, ove non precisata, rischia di creare più problemi di quanti non ne risolva. Essa, infatti, ove riferita esclusivamente ai procedimenti con destinatari singoli, è affidata a due variabili: a) l’effettiva comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti ex art. 7 e, nel contempo, la scelta di partecipare di questi come dei soggetti contemplati dall’art. 9; b) il ruolo di responsabile del procedimento e/o di decisore del dirigente: quando questi non svolge anche il compito di responsabile dell’istruttoria, il “dialogo” sulla proposta di provvedimento si svolge all’interno dell’amministrazione (tra dirigente e funzionario nominato ex art. 6, lett. e, della l.n. 241/1990), escludendo gli altri soggetti.

Tali dubbi paiono tuttavia superabili in un’ottica di ampio respiro, che, cioè, rivaluti opportunamente il tema della partecipazione “sociale” (non solo nei procedimenti con destinatari singoli, ma soprattutto) nei procedimenti di carattere generale⁸.

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 corrispondente 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».

⁷ Tuttora attuali paiono in proposito le osservazioni di A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, nonché di M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.

⁸ In proposito, assai interessanti le osservazioni di I.M. MARINO, *Dirigenza locale e*

Si pensi, paradigmaticamente, alla “contrattazione” del peg e più in generale al c.d. “ciclo della *performance*”, laddove a ciascuno degli “attori” è assegnato un ruolo diverso e di rilievo⁹: gli organi politico-amministrativi fissano (attraverso procedimenti più o meno formali e/o formalizzati con i dirigenti) gli obiettivi e le relative risorse disponibili; i dirigenti, con impronta latamente manageriale, gestiscono le risorse assegnate (frattanto, opportunamente iscritte negli atti di programmazione finanziaria annuale e triennale) e indirizzano l’azione amministrativa al raggiungimento degli obiettivi medesimi; gli organismi indipendenti di valutazione (c.d. “OIV”) esaminano la correttezza dell’intero ciclo della *performance*, valutano l’operato dei dirigenti ed, infine, *validano* la Relazione redatta al termine del ciclo annuale.

La Corte dei conti interviene anzitutto in sede di controllo (collaborativo ed esterno) sulla gestione, ma poi anche quale magistratura che esercita la giurisdizione (che si vorrebbe “esclusiva”, anche in recenti

Unione europea, in *Aspetti della recente riforma del diritto degli enti locali*, Palermo, 2002, 16-17, il quale, sulla scorta della constatata pubblicizzazione della società come effetto della crisi dello Stato liberale, osserva: «Ciò non soltanto ha messo in discussione la nozione tradizionale di “pubblico” riferita prevalentemente al soggetto ..., ma depone conseguentemente per una maggiore rilevanza, anche ai fini della democraticità, della disciplina dell’azione pubblica, del procedimento e della partecipazione ad esso. La partecipazione in generale e la partecipazione al procedimento in particolare sembra, infatti, che divenga momento di legittimazione per la dirigenza, per gli organi burocratici, spezzando così il dilemma-alternativa fra politica e amministrazione e fungendo, invece, da catalizzatore: non è necessaria una legittimazione della amministrazione “d’attuazione”, perché la partecipazione la legittima con la presenza costante dei cittadini, del corpo sociale, prima nei procedimenti generali: anzitutto quelli di piano e, dopo la legge n. 241 del 1990, anche nei procedimenti che conducono atti ad efficacia singolare».

⁹ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, 233: «Il mancato raggiungimento degli obiettivi e la violazione delle direttive presuppongono ... la previa definizione degli obiettivi da parte degli organi di indirizzo politico, in modo da avere i parametri di riferimento per la successiva valutazione dei dirigenti ... La collaborazione tra politici e dirigenti nella definizione degli obiettivi non vuol significare naturalmente l’introduzione di una procedura “negoziata”, pena l’impossibilità per gli organi d’indirizzo di “forzare” la situazione, fissando obiettivi che, a loro giudizio, dopo il confronto con i dirigenti, sono impegnativi ed effettivamente raggiungibili, ma non del tutto condivisi dai dirigenti».

disegni di riforma, ai sensi dell'art. 103, Cost., e dell'art. 172, d.lgs. n. 174/2016¹⁰) nelle materie di contabilità pubblica, al fine di far valere le responsabilità per danno erariale di ciascuno dei suddetti attori (dagli organi politico-amministrativi, ai dirigenti¹¹ e funzionari pubblici, nonché ai componenti degli OIV).

La giurisprudenza della Corte dei conti ha, in particolare, ripetutamente sanzionato, anche con pronunce assai recenti, sia gli organi politico-amministrativi, sia lo stesso Organo Indipendente di Valutazione nell'ipotesi in cui la retribuzione di risultato sia stata erogata in assenza della previa fissazione degli obiettivi (e dei parametri), nonché quando gli obiettivi stessi siano espressione di attività generiche ed ordinarie¹².

¹⁰ Di "*vis expansiva*" della giurisdizione contabile parla, in particolare, F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006, 37 ss.

¹¹ Corte dei conti, sez. giurisd. Lazio, 30 settembre 2017, n. 272: «Nel giudizio di responsabilità amministrativo-contabile, il mancato rispetto di semplici regole contabili da parte del Dirigente pubblico (e.g. la rendicontazione delle spese sostenute e il riscontro delle motivazioni istituzionali ad esse correlate o la presentazione della documentazione contabile a giustificazione delle spese effettuate) comporta l'obbligo di restituire le spese sostenute. Ai fini della sussistenza del danno e dell'imputabilità della condotta a chi lo ha causato è sufficiente l'elemento soggettivo della colpa grave, atteso che il Dirigente non può non sapere di essere tenuto a giustificare dettagliatamente l'utilizzo del denaro pubblico in modo da comprovare il rispetto del fine pubblico per il quale le somme erano state assegnate».

¹² Paradigmatica Corte dei conti, sez. giurisd. Sicilia, 19 aprile 2018, n. 355, laddove vi è un addebito in termini di responsabilità a carico degli organi politico-amministrativi, nonché del Nucleo di valutazione, per avere erogato indebitamente l'indennità di risultato «prescindendo del tutto dalla fissazione di obiettivi specifici a favore dei dirigenti», determinando, così, «un esborso ingiustificato per l'amministrazione», non essendo stati previamente individuati gli obiettivi ed essendo stata omessa ogni forma di vigilanza «sull'attuazione del sistema legale di assegnazione della retribuzione di risultato». La responsabilità discende *de plano* dal fatto che «l'erogazione della retribuzione di risultato... è avvenuta in assenza della preventiva fissazione degli obiettivi attesi e, conseguentemente, in assenza della verifica del raggiungimento dei risultati attesi». Altrettanto significativa è altra decisione della medesima sezione giurisdizionale della Corte dei conti, la n. 941 del 23 dicembre 2019, ove, parimenti, la responsabilità è riconnessa alla mancata analitica fissazione delle attività svolte ed alla assenza di obiettivi specifici. La condanna discende dal presupposto secondo cui l'erogazione della retribuzione di risultato sia avvenuta «prescindendo sia dall'assegnazione di obiettivi effettivi, seri, specifici e misurabili attraverso indicatori oggettivi sia da un'effettiva verifica del rag-

La scelta di ridisegnare le strutture amministrative in senso efficientistico e votarle al perseguimento di risultati “misurabili” e “tangibili” ha imposto l’adozione di riforme, ora intese alla “privatizzazione” e/o

giungimento dei risultati comprovata da dati oggettivi e criteri congrui». Infatti, il processo di valutazione non consiste in una «affermazione sbrigativa ed apodittica, contenuta nei verbali del nucleo di valutazione, e reiterata per tutti i dirigenti, con cui i valutatori in poche battute “prendono atto” dell’avvenuto svolgimento delle attività riferite dai valutati nella c.d. “auto-relazione” e, quindi, “attestano” automaticamente il conseguimento degli obiettivi assegnati”, pur essendo, “di contro, del tutto carenti i contenuti valutativi sostanziali ed ogni riferimento motivazionale e documentale». La responsabilità viene così riconosciuta nella misura in cui «manca nel processo valutativo effettuato un riscontro effettivo tra obiettivi affidati e risultati conseguiti, non vi è riferimento a qualsivoglia indicatore così come non è dato il supporto di schede valutative e/o di misurazione dei risultati attestati, tanto meno supportate dagli esiti del controllo di gestione, talché il sintetico giudizio di mero favore, reiterato per tutti i dirigenti, appare gratuito». S’intende, in sintesi, che l’addebito ha ragion d’essere quando ci si trovi di fronte ad «elementi di valutazione formulati senza reale significatività del raggiungimento di “risultati” e dunque senza un’adeguata giustificazione del binomio merito-premialità, con conseguente grave inadempimento dei principi di buon andamento che governano l’organizzazione (art. 97, Cost.), lo svolgimento dell’azione amministrativa e la legittima attribuzione di emolumenti ulteriori a titolo di retribuzione accessoria». Dello stesso tenore Corte dei conti, sez. app., 25 giugno 2019, n. 64, la quale, confermando la n. 355/2018, fa discendere la responsabilità dall’aver seguito un procedimento differente da quello prescritto ed in assenza, ancora una volta, di fissazione di obiettivi: «Occorre ricordare che nell’ambito della quota delle risorse effettivamente finalizzata al finanziamento della retribuzione di posizione, l’ente deve fissare in via preventiva, tramite regolamento o qualsiasi altro atto di natura amministrativa, i criteri e le relative metodologie sulla base dei quali graduare il diverso peso che ciascun ufficio dirigenziale occupa all’interno della struttura amministrativa, tenendo conto per esempio della dotazione finanziaria e della consistenza delle risorse umane assegnate nonché della dimensione e complessità organizzativa della struttura in relazione alle attività espletate, attribuendo il relativo e differenziato punteggio a ciascun elemento da valutare; solo operando in tal modo è possibile dare piena attuazione al dettato contrattuale. L’adozione di tali parametri ha lo scopo di delimitare la discrezionalità amministrativa, agganciando la retribuzione di posizione a presupposti concreti, la cui sussistenza sia previamente e agevolmente verificabile, impedendo così che tale discrezionalità trasmodi in puro arbitrio». Corte dei conti, sez. giurisd. Puglia, 5 giugno 2019, n. 343, di contro, ha escluso la responsabilità dei componenti dell’OIV allorché sia rispettato il ciclo della *performance* e quando «la validazione non è avvenuta sulla base della sola ritenuta credibilità delle informazioni contenute nei rapporti» e sempreché l’attività valutativa dell’OIV abbia tenuto conto «della preventiva assegnazione degli obiettivi da raggiungere contenuti nel p.e.g. ... fondamentale strumento operativo di programmazione annuale, che viene approvato dall’organo esecutivo, prima dell’esercizio di riferimento, sulla base del bilancio preventivo».

alla “contrattualizzazione” dei rapporti di lavoro pubblico, ora alla “aziendalizzazione” degli enti pubblici con conseguenti specifiche responsabilità in termini di gestione e di rendiconto circa l’impiego delle risorse in funzione degli obiettivi assegnati e dei risultati ottenuti¹³.

In questo quadro, pur sommariamente descritto, il dirigente si iscrive a buon diritto e diviene il “perno” attorno al quale ruota e nel contempo si incardina il senso stesso di una amministrazione fondata sulla capacità di condensare, nelle scelte politiche ed amministrative, i profili della legalità con quelli dell’efficienza in senso lato¹⁴.

E così, accanto all’ordinario sindacato sulla legittimità dei provvedimenti amministrativi (e degli atti e comportamenti ad essi assoggettati alla giurisdizione amministrativa dal Codice del processo del 2010), emergono i criteri legati all’equilibrio dei bilanci pubblici, al rispetto dei *budget* ed alla assegnazione di risorse in vista di obiettivi più o meno specifici, in armonia con il rivitalizzato principio del buon andamento, fino a quel momento posto in un angolo, all’ombra dell’imparzialità, direttamente collegato ad alcuni tra i più rilevanti vizi sintomatici, propri dell’eccesso di potere, come la disparità di trattamento¹⁵.

Tuttavia, nel momento in cui al profilo strettamente attinente la legalità si somma quello concernente la gestione delle risorse pubbliche (abbandonato il dogma secondo cui l’interesse pubblico non possa subire compressioni di carattere finanziario), non solo il ruolo della Corte dei conti è divenuto più rilevante, ma è stata altresì necessaria una vera

¹³ P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 2002, 33 ss.; L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2013, 265 ss.; R. URSI, *Le stagioni dell’efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016, 285 ss.; E.A. APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego “privatizzato”*, Milano, 2012.

¹⁴ F. MERLONI, *Commento all’art. 3*, in A. CORPACI - M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell’organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 1085 ss.

¹⁵ Il buon andamento, al contrario, è considerato da Massimo Severo Giannini una “originalità della Costituzione italiana” e come tale viene tradizionalmente invocato (*recte*: applicato) con relativa convinzione soprattutto dalla Corte dei conti, quale fondamento dell’azione di responsabilità. Sul punto, per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali e richiami bibliografici, per ragioni di brevità, sia consentito il rinvio a F. TIGANO, *Amministrazione, Costituzione e buon andamento. Profili della nuova legalità amministrativa*, in *Recenti profili evolutivi dell’attività amministrativa*, Torino, 2008, 1 ss.

e propria mutazione (non proprio una metamorfosi) in capo alle amministrazioni pubbliche, alle quali è richiesto di (continuare a) perseguire gli interessi pubblici in tempo di risorse “scarse”.

D’altro canto, il ricorso al debito pubblico ha finito per determinare una *impasse* di non poco momento nelle stesse politiche di sviluppo, al punto da creare ben più di un momento di frizione con gli organi comunitari – in specie, la Commissione – in relazione all’eccessivo indebitamento dell’Italia.

Tramontata senza grandi scossoni la prima riforma del 1972, dunque, a partire dalla legge n. 142 del 1990, si inaugura un nuovo corso, che vede, infine, nella emersione, in qualità di organo – segnatamente dopo le riforme operate dal Ministro Bassanini tra il 1997 ed il 2001 – del dirigente pubblico uno dei tratti più significativi. A questa figura, sia esso il *manager* di un Azienda Sanitaria, sia esso il Dirigente generale di un Ministero (o di un ente locale), è demandata la effettiva attuazione delle politiche pubbliche, ma anche il compito di (ri)costruire il rapporto amministrazione-cittadino secondo trasparenza, assecondando il dialogo e la composizione degli interessi (ove possibile), aprendo l’amministrazione a forme di collaborazione e partenariato in linea con il principio di sussidiarietà (soprattutto orizzontale).

La separazione tra livello politico e livello amministrativo, ne è il presupposto fondamentale ed anzi proprio la conflittualità (a volte latente, a volte espressa) tra questi due livelli, ha determinato l’insorgere di problematiche di vario genere, prima fra tutte, quella relativa ai provvedimenti di revoca dell’incarico e/o di recesso dal contratto, che, ove formalizzate in via legislativa, hanno ripetutamente richiesto – ci si riferisce, in specie, alla “prima” normazione in materia di *spoils system*¹⁶

¹⁶ In proposito, è appena il caso di richiamare Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103, la quale ha ritenuto illegittimo il meccanismo previsto dall’art. 3, c. 7, della legge 15 luglio 2002, n. 145, ai sensi del quale erano previste forme di cessazione automatica degli incarichi dirigenziali. Tale meccanismo, infatti, «si pone in contrasto con gli artt. 97 e 98 della Costituzione. La suddetta disposizione, così formulata, infatti – determinando una interruzione ... automatica del rapporto di ufficio ancora in corso prima dello spirare del termine stabilito – viola, in carenza di garanzie procedurali, gli indicati principi costituzionali e, in particolare, il principio di continuità dell’azione amministrativa che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell’azione stessa». Siffatto principio ha trovato, in seguito, applicazione costante nella giurisprudenza della Corte costituzionale (si vedano, in particolare: Corte cost., 28 marzo 2007,

– l'intervento della Corte costituzionale quanto alla sua legittimità, nonché delle Sezioni Unite della Cassazione in relazione all'assai problematico riparto di giurisdizione¹⁷.

n. 104; 22 ottobre 2008, n. 351; 24 febbraio 2010, n. 81; 10 marzo 2010, n. 81; 28 ottobre 2010, n. 304; 11 aprile 2011, n. 124; 27 luglio 2011, n. 246).

¹⁷ P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *E.d.D.*, IV, Milano, 1959, 220 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1961; V. BACHELLET, *Profili giuridici della organizzazione amministrativa*, Milano, 1965; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzativa della p.a.*, Milano, 1966; A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 758 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1967, 320: «La difficoltà di differenziare in pratica l'attività di governo da quella dell'amministrazione è accresciuta dal fatto che l'esercizio della prima è, in parte nel nostro diritto e in tutto in altri ordinamenti, attribuito a organi che sono titolari anche di funzioni amministrative ... Ma siffatta riunione nelle stesse mani delle due serie di attività non può incidere sulla differenza di natura: differenza che ... si riflette anche sul trattamento giuridico fatto agli atti in cui ciascuna si concreta»; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, 1984; V. OTTAVIANO, *Dovere di rendere pubblico conto, responsabilità dei dirigenti e determinazione degli indirizzi e dei programmi*, in *Democrazia e amministrazione*, cit., 260: «Per dare coerenza all'azione amministrativa e meglio tutelare i cittadini, appare rilevante determinare gli indirizzi da seguire da parte dell'amministrazione e specificarli con riferimento alle varie branche di essa, e quindi stabilire i conseguenti programmi e relative scale di priorità»; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996; A. ROMANO TASSONE, *Sul contratto di lavoro del dirigente pubblico*, in *Giust. civ.*, 2000, II, 147 ss.; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, 2003, *passim*; F. SALVIA, *Valore e limiti della managerialità nella pubblica amministrazione*, in *Archivio di diritto costituzionale*, 1994, 260 ss.; G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Torino, 1995, 523 ss.; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2019, 39 ss.; C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione tra politica e amministrazione*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1994, 190 ss.; ID., *Distinzione tra politica e amministrazione*, in *Lav. Pubbl. amm.*, 1999, 903 ss.; ID., *Politica e amministrazione*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2000, 371 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 191 ss.; L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000; S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, Torino, 2000; S. BATTINI, *Il personale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2000, 335 ss.; R. D'AMICO, *Il manager pubblico nell'ente locale*, Milano, 2001; C. COLAPIETRO, *Politica e amministrazione: riflessioni a margine di un rapporto controverso*, in *www.federalismi.it*, n. 10/2012.

2. La responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi, risultati negativi della gestione e inosservanza delle direttive impartite

Questo collegamento assai stretto con il buon andamento ha fatto del dirigente una figura “ibrida” anche sul piano delle relative responsabilità, fondamentalmente collegate all’incarico piuttosto che alla qualifica (non necessaria, peraltro)¹⁸.

La responsabilità prima e fondamentale del dirigente deriva dal mancato raggiungimento degli obiettivi, ma anche dal risultato negativo della gestione nonché dalla inosservanza (deliberata) delle direttive impartite.

Si tratta di una forma di responsabilità della quale è assai discussa la qualificazione – ancorché l’appartenenza all’ambito contrattuale sia da preferire – ove all’elemento soggettivo è assegnato un ruolo marginale¹⁹.

È evidente, infatti, che, se il mancato raggiungimento degli obiettivi e/o del risultato, come anche l’inosservanza delle direttive, è frutto di attività dolosa, il titolo della responsabilità si modificherà sensibilmente, non foss’altro che per il venir meno del nesso di immedesimazione organica, nel caso di responsabilità amministrativa (con la correlativa esclusione del potere riduttivo).

Questa ipotesi di responsabilità è frutto della verifica, operata dall’ente, circa il raggiungimento degli obiettivi, ai sensi dell’art. 21, c.

¹⁸ G. PASTORI – E. SGROI, *Dirigenti pubblici*, in *E.d.D.*, Agg., V., Milano, 2001, 357 ss.

¹⁹ Cfr. Trib. L’Aquila, sez. lav., 27 giugno 2018, n. 74, il quale, sulla scorta dell’indirizzo affermato dalla Corte costituzionale con la “storica” sentenza n. 103/2007, cit., pone in diretta correlazione il principio di continuità dell’azione amministrativa con il principio di buon andamento: «Il principio di continuità dell’azione amministrativa è strettamente correlato a quello del buon andamento dell’azione stessa, criterio che comporta – per i dirigenti – una valutazione fondata sui risultati da perseguire, nel rispetto degli indirizzi posti dal vertice politico. La previsione di un’anticipata cessazione *ex lege* dell’incarico dirigenziale deresponsabilizza il dirigente dall’assunzione dei risultati amministrativi e rende arbitraria l’adozione di poteri di rimozione causalmente giustificabili soltanto nell’ottica della rispondenza ad un pubblico superiore interesse o in conseguenza di una accertata responsabilità dirigenziale, in presenza di determinati presupposti e all’esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato, ovvero in presenza di un processo di ristrutturazione dell’organizzazione dell’ente».

1, del d. lgs. n. 165/2001 e dell'art. 109 del d. lgs. n. 267/2000²⁰. Il mancato raggiungimento degli obiettivi, ovviamente, va "certificato" in relazione alle risultanze della valutazione della *performance*, sistema introdotto dal d. lgs. n. 150/2009, c.d. "legge Brunetta" e presente anche in sede di contrattazione collettiva²¹.

Ne discende che la revoca dell'incarico non può prescindere da tale valutazione e questo costituisce, per altri versi, una garanzia (per il dirigente come, a ben guardare, anche per la stessa amministrazione) – riconosciuta dalla Corte costituzionale²² – al fine di evitare che l'attività gestoria del dirigente sia oggetto di valutazioni sperequate o *ad personam*.

Si badi che i risultati negativi della gestione rappresentano un'ipotesi differente dal mancato raggiungimento degli obiettivi, ancorché possano sussistere entrambi in sede di valutazione: infatti, una cosa è il mancato raggiungimento degli obiettivi, altra cosa sono i risultati della gestione, che concorrono nella valutazione della responsabilità dirigenziale ed anzi, per molti versi, ne costituiscono il nucleo fondamentale.

Il raggiungimento degli obiettivi, infatti, *ex se*, potrebbe non fornire la esatta misura della perizia e competenza del dirigente, che, ad esempio, sia ad essi pervenuto con una cattiva gestione (per paradosso, anche attraverso lo spreco) delle risorse assegnate.

²⁰ Trib. Caltagirone, sez. lav., 5 maggio 2011: «La responsabilità dirigenziale è correlata al mancato raggiungimento di obiettivi particolarmente rilevanti per il conseguimento dei fini istituzionali dell'Ente e all'inosservanza delle direttive generali per l'attività amministrativa. Tale imputazione di responsabilità consente all'Amministrazione di rimuovere il dirigente dall'incarico, senza interferire con il sottostante rapporto di lavoro, ovvero, nei casi più gravi, di recedere dal rapporto di lavoro, in una sorta di progressione di gravità comportamentale che segna il discostarsi dell'attività dirigenziale dagli obiettivi prefissati dall'organo di governo. La previa individuazione e comunicazione, da parte dell'Amministrazione al dirigente, delle direttive e degli obiettivi connessi all'incarico costituisce, quindi, la necessaria premessa per la corretta gestione del rapporto di lavoro dirigenziale».

²¹ S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la "riforma Brunetta": verso un equilibrio tra distinzione e politica?*, in *Giorn. dir. Amm.*, 2010, 43 ss.; E.A. APICELLA, *Conferme e novità in tema di conferimento di incarichi dirigenziali dopo la riforma "Brunetta"*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 1332 ss.

²² Si rinvia ancora a Corte cost. n. 103/2007.

L'*optimum*, pertanto, è segnato dalla quadratura tra il raggiungimento degli obiettivi e le risorse impiegate, consentendo di individuare non solo l'efficacia dell'azione (ossia il rapporto tra gli obiettivi programmati e quelli raggiunti), ma anche la sua efficienza (rapporto tra *inputs* ed *outputs*), in funzione della economicità complessiva dell'attività. Si può, anzi, affermare che il raggiungimento degli obiettivi a costi pletorici non permetta valutazioni favorevoli, dal momento che entrambi i criteri di valutazione convergono congiuntamente nel consentire di esitare positivamente (o meno) il procedimento di verifica della *performance* e dunque dei risultati complessivamente raggiunti.

Questa precisazione non è ultronea, se si considera che la medesima valutazione, anche in presenza del mancato raggiungimento degli obiettivi, può essere positiva non solo nel caso-limite della sopravvenienza di esigenze fortuite o di forza maggiore, ma anche quando le risorse si siano rivelate, in concreto, insufficienti o gli obiettivi irraggiungibili per ragioni che prescindono dalla capacità del dirigente sottoposto a valutazione.

La giurisprudenza della Corte dei conti, del resto, ha ritenuto, in sede di rivalsa per danno indiretto, di individuare talune esimenti in grado di determinare l'applicazione del c.d. "potere riduttivo" a favore di colui il quale si trovi a dirigere un ufficio di grandi dimensioni, a gestire un numero elevato di pratiche in relazione al personale disponibile, nonché quando, in senso generale, ci si trovi di fronte ad obiettive ed evidenti carenze organizzative²³. Specificamente, tra le circostanze oggettive in grado di attenuare l'obbligo risarcitorio si annoverano: la rilevante mole e complessità del lavoro, l'impreparazione professionale del personale, l'urgenza del servizio e la sua gravosità, l'onerosità e la pericolosità delle prestazioni. Tra le circostanze soggettive si possono enumerare: i precedenti di carriera, la stanchezza per la gravosità oltre misura del servizio, l'essere ottemperanti alla prassi dell'ufficio, l'età dell'autore del fatto, nonché il comportamento successivo inteso a limitare la portata del danno arrecato²⁴.

²³ Cfr. art. 83, c. 1, r.d. n. 2240/1923, art. 52 t.u. n. 1214/1934, ed oggi art. 1, c. 1 *bis*, l. n. 20/1994. Sul punto, sia consentito rinviare ancora a F. TIGANO, *Corte dei conti e attività amministrativa*, Torino, 2008, 134 ss.

²⁴ In proposito, di recente, Corte dei conti, sez. giurisd. Lazio, 26 settembre 2016,

Per quel che concerne la inosservanza delle direttive, fattispecie riportabile anch'essa nell'orbita dell'art. 21 del d. lgs. n. 165/2001, premesso che trattasi di fattispecie non formalmente rientrante nella valutazione della *performance* sulla scorta dei parametri posti dal d. lgs. n. 150/2009, non può escludersene a priori una certa qual rilevanza.

Infatti, non è immaginabile che la inosservanza di una direttiva (a prescindere dalla sua legittimità), che, per il suo contenuto circa i tempi e le modalità di azione, si ponga in termini ostativi al raggiungimento del risultato sul piano degli obiettivi e del corretto impiego delle risorse, nell'ambito della complessiva valutazione possa assumere autonoma rilevanza ed essere ascritta in termini di responsabilità.

A ragionare diversamente, si registrerebbero, contemporaneamente, una contraddizione ed un paradosso: la contraddizione investe il (già problematico) rapporto di (tendenziale, invero) separazione con il livello politico, che assumerebbe il carattere del vincolo (con buona pace dell'autonomia dirigenziale), contrariamente a quanto dispone il quadro normativo vigente ed, in fondo, alla *ratio* stessa degli orientamenti espressi in materia dalla Corte costituzionale; il paradosso è che dovrebbe essere valutata positivamente la gestione operata dal dirigente "ortodosso" – cioè rigoroso "osservante" della direttiva – a prescindere dai risultati e dal raggiungimento degli obiettivi.

D'altro canto, è appena il caso di rammentare che le direttive, per loro stessa natura, non sono poste al fine di determinare vincoli specifici e puntuali, quanto, piuttosto, per definire, da parte dell'autorità politica, indirizzi ed obiettivi strategici, senza, però, che da ciò derivino vincoli di dettaglio.

È immaginabile, del resto, che in una condizione nella quale la direttiva assuma carattere "stringente", laddove il dirigente se ne discosti in modo più o meno netto e la sua inosservanza determini la revoca dell'incarico, la questione potrebbe sfociare in contenzioso giurisdizionale, dal momento che una direttiva che non contenesse prescrizioni generali dovrebbe ritenersi *contra legem* rispetto agli artt. 2 e 4 del d. lgs. n. 165/2001.

Siffatta evenienza, invero, dovrebbe essere scongiurata dalla parte-

n. 269; si veda anche già Corte dei conti, sez. giurisd. Veneto, 8 ottobre 2003, n. 1051, in ordine alla spontanea rifusione di una parte del danno che, ove effettuata in misura ritenuta congrua, "*costituisce una circostanza suscettibile di particolare valutazione*".

cipazione dei dirigenti al processo di formazione degli obiettivi, ai sensi dell'art. 5, c. 1, d. lgs. n. 150/2009. E ciò anche perché il sistema è affatto incentrato sulla contrapposizione *tout court*, quanto, piuttosto, sul confronto e sulla presumibile convergenza (pur non trattandosi, a rigore, di una convenzione) circa le strategie e gli obiettivi che le parti – ordinariamente, quella politica e quella amministrativa – concordano essere prioritari, anche in relazione ai metodi ed alle strategie da seguire.

In altri termini, l'ipotesi che si è sopra formulata immagina una patologia ben più grave rispetto al mancato raggiungimento degli obiettivi, ai risultati negativi della gestione ed alla stessa inosservanza delle direttive; essa riguarda ipotesi nelle quali gli equilibri tra le strutture direttive di rango politico non è improntato al confronto ed alla collaborazione, contraddicendo lo spirito delle norme che riguardano *ab imis* la valutazione della *performance*.

3. La violazione degli obblighi di condotta e l'omessa vigilanza sui dipendenti

In esecuzione della delega contenuta nell'art. 6, c. 2, della legge n. 15/2009, l'art. 41 del d. lgs. n. 150/2009 ha inserito, nel corpo dell'art. 21 del d. lgs. n. 165/2001, il comma 1 *bis* contenente una "nuova" ipotesi di responsabilità dirigenziale, quella per omessa vigilanza sul personale degli uffici ad esso assegnati circa il rispetto degli *standard* quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, conformemente agli indirizzi deliberati da Anac e Dipartimento della funzione pubblica, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni²⁵.

In questo caso, previa contestazione, nel rispetto del principio del contraddittorio, la retribuzione di risultato può subire una decurtazione, sentito il Comitato dei garanti, fino all'ottanta per cento della retribuzione di risultato.

²⁵ Corte dei conti, sez. giurisd. Lazio, 13 giugno 2011, n. 906: «Sussiste la responsabilità del dirigente pubblico per il danno erariale derivante dall'aver lo stesso consentito che i dipendenti svolgessero per lungo tempo mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza».

Si tratta di una responsabilità la cui latitudine resta alquanto nebulosa, pur dovendosi ammettere che ben difficilmente essa possa farsi rientrare in quella propria del dirigente, che, come si è detto, è incentrata (*recte*: deve necessariamente vertere, trovandovi la sua più intima ragion d'essere) sui risultati della gestione²⁶.

È pur vero che, nel complesso, l'attività del dirigente è strumentale all'efficiente ed efficace svolgimento dell'attività amministrativa, in essa rientrando, ovviamente, anche quella concernente i compiti assegnati al personale sottoposto (fermo restando che la vigilanza sul personale rientra nelle competenze dirigenziali); però, anche qui è immaginabile il paradosso di una "inefficienza interna" che si accompagna, per qualsiasi ragione (si immagini il caso del dirigente "stacanovista" e "accentratore", il quale si occupi personalmente della gran parte dei procedimenti) al raggiungimento degli obiettivi e dei risultati programmati.

Il paradosso può parzialmente mitigarsi solo immaginando che il titolo della responsabilità sia differente; attenga, cioè, ad una, per quanto singolare, responsabilità disciplinare, prescindendo essa dai risultati del sistema di misurazione e valutazione della *performance* individuale.

Quanto al suo ambito di applicazione, pur essendo sorti alcuni interrogativi, invero, il rinvio "aperto" del TUEL operato dagli artt. 88 e 111, nonché l'obbligo di regioni ed enti locali di adeguarsi ai principi della dirigenza statale, consente di ritenere che si tratti di una forma di responsabilità estensibile al personale delle regioni e degli enti locali, venendo in gioco principi (in particolare, il buon andamento) certamente riportabili nell'alveo dell'art. 97 della Costituzione²⁷.

²⁶ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 236-237: «Malgrado la norma in questione abbia una finalità ragionevole e coerente con la costruzione di una dirigenza responsabile del buon andamento degli uffici dei quali ha la titolarità, la sua formulazione non convince in quanto il riferimento al concetto di omessa vigilanza sul rendimento del personale risulta vago ed impreciso ... soltanto i difetti di produttività e di efficienza dei propri dipendenti, ovvero il mancato rispetto ... degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, possono essere fonte di responsabilità dirigenziale».

²⁷ R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 31 ss.

4. Il caso del ritardo e quello di mancata emanazione del provvedimento

Non è una novità la rilevanza che il “tempo” ha assunto, per ragioni storiche, economiche e forse anche culturali, nei tempi attuali²⁸.

La stessa disciplina del procedimento amministrativo, già nella sua versione originaria, assegnava al tempo della decisione un ruolo fondamentale, attraverso i principi generali di economicità ed efficacia, la fissazione dei termini di conclusione del procedimento, il coordinamento della fase istruttoria da parte di un apposito responsabile, nonché mediante gli istituti di semplificazione, in grado di disegnare una sorta di *consecutio* tra tempo e decisione adeguata, peraltro, rivelatosi talora frutto di una equazione mal posta. Se la semplificazione, infatti, è intesa a consentire una decisione in tempi (rapidi e) certi, essa non devia dal vincolo funzionale, disegnandosi così il minimo comune denominatore degli istituti di semplificazione nel profilo teleologico²⁹.

Come è ormai comunemente ritenuto, il “tempo” della decisione, non è indifferente (come non lo è rispetto al processo), fermo restando che la celerità non deve tradursi in un mancato (o frettoloso) esame istruttorio, perché ne discenderebbe un diverso scartamento rispetto alle decisioni “non semplificate” con riferimento al perseguimento dell’interesse pubblico³⁰.

²⁸ Per alcune interessanti osservazioni in proposito, M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, in A. CONTIERI - F. FRANCARIO - M. IMMORDINO - A. ZITO (a cura di), *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, II, 59 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La definizione dell’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, *ibidem*, 349 ss.; si veda anche M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, *passim*.

²⁹ I.M. MARINO, *Sulla semplificazione amministrativa, con particolare riferimento all’ordinamento locale*, in *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, Palermo, 2008, oggi in *Scritti giuridici*, Napoli, 2015, 1283 ss.: «Non bisogna caricare di valore i singoli aspetti della semplificazione, al di là di ciò che con essi si mira contingentemente a raggiungere, bensì occorre dare forza e valore al traguardo che, anche attraverso la semplificazione, si tende a raggiungere: lo scopo della semplificazione è di gran lunga meno effimero e più importante degli strumenti adoperati per semplificare ... In realtà, nell’agevolare la costruzione di questo nuovo modello di Amministrazione pubblica e dei rapporti fra questa e i cittadini, la semplificazione tende a perseguire una nuova democraticità» (1287-1289); E. CASETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, 340 ss.

³⁰ M. IMMORDINO, *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo tra certezza ed incertezza*, in *Annuario AIPDA 2014, L’incertezza delle regole*, Napoli, 2015, 102 ss.

La rilevanza della “tempistica” incide non solo in termini risarcitori (si pensi al c.d. danno da ritardo³¹), ma anche (diremmo: ben più significativamente) in relazione allo svolgimento delle attività economiche ed imprenditoriali (paradigmatico il caso degli sportelli unici, c.d. “SUAP”), alla possibilità di concludere accordi preliminari o sostitutivi di provvedimenti, alla conferenza dei servizi, alle autocertificazioni o alle dichiarazioni sostitutive.

A ciò si aggiunga che uno dei temi sui quali la dottrina e la giurisprudenza più accreditate si erano misurate con alterne fortune era (ma lo è ancora oggi, per molti versi) quello del silenzio, nell’ambito del quale rientrano gli atti soprassessori e/o dilatori³², considerato che l’inerzia – per molto tempo vera e propria espressione di potere³³ – costituisce l’esatta antitesi di ciò che si richiede alle amministrazioni, ancor più in un’ottica “di risultato”³⁴.

³¹ Tar Puglia, Lecce, sez. II, 23 marzo 2016, n. 549.

³² Tar Puglia, Lecce, sez. I, 5 aprile 2018, n. 553.

³³ F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964.

³⁴ La tardiva adozione del provvedimento di demolizione di un abuso, come noto, non “sana” l’abuso stesso; cfr. Tar Campania, Salerno, sez. II, 4 febbraio 2019, n. 217: «Nel caso di tardiva adozione del provvedimento di demolizione di un abuso edilizio, la mera inerzia da parte dell’Amministrazione nell’esercizio di un potere/dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non è idonea a far divenire legittimo ciò che (l’edificazione sine titulo) è sin dall’origine illegittimo; allo stesso modo, tale inerzia non può certamente radicare un affidamento di carattere “legittimo” in capo al proprietario dell’abuso, giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un’aspettativa giuridicamente qualificata». In proposito, già Cons. St., ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 9: «L’art. 31, comma 4-*bis*, d.p.r. n. 380 del 2001 (introdotto dal comma 1, lettera q-*bis*) dell’art. 17 d.l. 12 settembre 2014 n. 133, e secondo cui “la mancata o tardiva emanazione del provvedimento sanzionatorio, fatte salve le responsabilità penali, costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente”, chiarisce che il decorso del tempo dal momento del commesso abuso non priva giammai l’Amministrazione del potere di adottare l’ordine di demolizione, configurando piuttosto specifiche – e diverse – conseguenze in termini di responsabilità in capo al dirigente o al funzionario responsabili dell’omissione o del ritardo nell’adozione di un atto che è e resta doveroso nonostante il decorso del tempo». È stata, peraltro, esclusa di recente ogni ipotesi di responsabilità oggettiva del dirigente comunale per omessa denuncia di abusi edilizi: «In tema di omessa denuncia da parte del capo ufficio tecnico comunale per l’omessa denuncia all’autorità giudiziaria

La tutela avverso il silenzio ha conosciuto stagioni di grande considerazione, ancorché l'attuale disciplina processuale, in specie riguardo ai termini per l'esercizio dell'azione (anche a fini risarcitori), lasciasse, almeno fino a tempi recenti, molti margini di perplessità (invero, ancora oggi la giurisprudenza si interroga sui casi nei quali si può parlare di silenzio o meno³⁵).

Da questo punto di vista, assai più efficace appare la prospettiva rigorosa assunta dalla Corte dei conti, laddove sono foriere di responsabilità amministrativa la mancata esecuzione del giudicato come anche (in caso di perdurante inerzia) la nomina del Commissario *ad acta*, nonché ogni forma di inerzia incidente sulla efficienza e sulla tempestività dell'azione amministrativa.

Se questo, per grandi linee, è l'*humus* nel quale è inserito il dirigente – quale soggetto deputato alla emanazione del provvedimento, sovente anche responsabile del procedimento in virtù del meccanismo di designazione di cui all'art. 5 della l.n. 241/1990 – era presumibile che questi, in un'ottica di valutazione dei “tempi” della decisione, prima o poi sarebbe stato espressamente oggetto dell'attenzione del legislatore.

L'art. 2 della legge n. 241/1990, come riformato dall'art. 7, l.n. 69/2009 e poi anche dall'art. 1, c. 1, l.n. 35/2012, sanziona, infatti, la “*mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini*”, che “*costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente*”.

Nella versione originaria – quella contenuta nella l.n. 69/2009 – invero, la mancata emanazione del provvedimento costituiva elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, mentre il ritardo nella

di abusi edilizi di cui sia venuto a conoscenza nella propria attività, è necessario il previo accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo sull'esistenza della “notitia criminis”, non potendosi ipotizzare una responsabilità in capo al pubblico ufficiale responsabile in base alla sola funzione amministrativa esercitata all'interno della struttura burocratica comunale» (Cass. pen., sez. VI, 23 gennaio 2019, n. 16577).

³⁵ Sulla coercibilità “materiale” dell'inerzia, Tar Campania, Napoli, sez. VI, 8 marzo 2011, n. 1337; Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2565; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 21 ottobre 2013, n. 984; in senso favorevole, Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 31 gennaio 2019, n. 26.

emanazione della decisione costituiva elemento di valutazione del dirigente ai fini della corresponsione della indennità di risultato³⁶.

L'attuale versione è frutto di importanti interventi che hanno apportato modifiche in latitudine come in longitudine: sotto il primo profilo, sia la mancata che la tardiva emanazione del provvedimento costituiscono elementi rilevanti ai fini della *performance* individuale e dunque non solo di quella dirigenziale; sotto il secondo profilo, il medesimo presupposto può essere oggetto di valutazione ai fini della responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile in capo al dirigente come al funzionario responsabile³⁷.

Ora, per quanto riguarda la "latitudine", è abbastanza comprensibile che i due presupposti siano tenuti in considerazione in termini generalissimi. Non vi è, infatti, ragione alcuna per limitare gli effetti pregiudizievoli sulla *performance* individuale ai soli dirigenti, ben potendo accadere che il ritardo o la emanazione del provvedimento discenda da una ingiustificata inerzia, ritrosia, persino pigrizia (e forse anche scarsità di numero e di capacità) del personale, le cui carenze, come si diceva, non possono essere sempre *de plano* addebitate al dirigente sotto forma di *culpa in vigilando*, rischiando di declinare sul versante di una inaccettabile responsabilità oggettiva.

Il riferimento alla responsabilità disciplinare e a quella amministrativo-contabile, al di là della sua evidente inutilità, è, in una certa misura, più sorprendente.

³⁶ Corte dei conti, sez. giurisd. Sicilia, 28 novembre 2011, n. 282: «Sussiste la responsabilità per colpa grave del dirigente di una unità organizzativa regionale nel caso in cui egli, senza alcuna giustificazione, ritardi l'adozione di un provvedimento e procuri perciò delle pregiudizievoli conseguenze in capo all'Amministrazione regionale, pur avendo approfondita cognizione della problematica inerente al provvedimento omesso e pur avendo la consapevolezza della possibilità di proporre l'adozione di provvedimenti che avrebbero assicurato il raggiungimento dello scopo pubblico».

³⁷ Non esiste, è appena il caso di precisarlo, nesso alcuno tra il mancato esercizio dell'azione disciplinare e la legittimità del rifiuto opposto da un dipendente a svolgere una determinata prestazione lavorativa: «In tema di pubblico impiego, l'esercizio dell'azione disciplinare è obbligatorio a tutela del buon andamento della P.A., tuttavia il suo mancato esercizio non vale a rendere legittimo il rifiuto di svolgere la prestazione lavorativa opposto da un dipendente, anzi, in detta ipotesi, occorrerà valutare la sussistenza di una responsabilità omissiva del dirigente preposto alla attivazione del procedimento disciplinare» (Cass. civ., sez. lav., 29 ottobre 2018, n. 27387).

Non ci si può nascondere che il richiamo, soprattutto, alla possibilità di incorrere nel giudizio di responsabilità costituisca una sorta di avviso preventivo il cui fine è semplicemente incutere un certo *metus* (e quindi, in tesi, ulteriore remora a comportamenti caratterizzati da ingiustificata inerzia) a colui al quale è diretto. Si tratta di una vera e propria tecnica di *drafting* legislativo che, soprattutto a partire dal 2009 (e certamente almeno fino al 2012, dove, come si dirà tra poco, è stato in parte soppiantato dalle norme in materia di trasparenza in funzione anticorruptiva) ha trovato, via via, spazio.

Tale tecnica è sicuramente deprecabile e superficiale, con effetti nefasti sulla serenità dei dipendenti pubblici e assai poco produttiva sul piano della efficienza se si considera che il complesso “Corte dei conti/Anac” costituisce, per i dipendenti pubblici in genere, una sorta di *moloch* in grado di paralizzare l’attività amministrativa, con buona pace dei Padri costituenti e dell’art. 28 della Costituzione³⁸.

È sufficiente osservare, in proposito, che il ritardo nella emanazione di un provvedimento, come la sua stessa mancata adozione, siano, *ex se* – ossia a prescindere da quel che afferma l’art. 2, comma 9 – possibili presupposti per la attivazione di procedimenti disciplinari (sempreché si ravvisi la violazione di un dovere d’ufficio e quant’altro funzionale ad individuare gli elementi per irrogare sanzioni disciplinari), come per dar corso alla responsabilità amministrativo-contabile. Non trattandosi, infatti, di una delle ipotesi di responsabilità precostituita *ex lege* – ossia di quelle ipotesi nelle quali la stessa fattispecie normativa, in caso di violazione di un dovere puntuale, fa discendere *de plano* l’attivazione dell’azione per danno erariale – anche se non fosse stato inserito nel comma 9, il ritardo nella emanazione del provvedimento o la sua mancata emanazione avrebbero comunque potuto costituire voci di danno indiretto.

Quanto al ruolo del dirigente nell’ambito del procedimento, vanno distinte diverse ipotesi:

- a) il caso in cui il dirigente – soggetto competente alla emanazione del provvedimento finale – sia anche responsabile del procedimento;
- b) il caso in cui il dirigente sia responsabile del procedimento, ma

³⁸ E. CASSETTA, *L’illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, *passim*.

deleghi il compimento di alcuni (o anche di tutti gli) atti istruttori a suoi sottoposti;

c) il caso in cui alla delega al compimento si accompagni la delega di firma del provvedimento;

d) il caso in cui il dirigente, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 241/1990, assegni la responsabilità dell'istruttoria ad un funzionario³⁹.

In relazione agli elencati scenari, occorre dire subito che, in termini generali, la responsabilità per i danni discendenti da un provvedimento illegittimo e produttivo di danno (non tutti i provvedimenti illegittimi lo sono, ovviamente) è riportabile *in primis* in capo al dirigente che ha emanato il provvedimento in questione, eccettuato il caso di dolo nella conduzione delle attività istruttorie da parte del delegato o del responsabile nominato ai sensi dell'art. 5 della legge n. 241 del 1990.

La delega al compimento di singoli atti o di intere sequenze istruttorie, come anche la stessa delega di firma (ipotesi estrema, quanto frequente), invece, non determinano alcuno spostamento in termini di competenza. Quindi, escluse possibili responsabilità interne al procedimento (in via remota e ricorrendone i presupposti, anche ai sensi dell'art. 328 c.p.) ed alla conduzione della istruttoria, il delegato non soffre di alcuna specifica responsabilità. Di ciò costituisce chiara conferma l'art. 6, lett. e) della legge n. 241/1990, laddove consente al "decisore" di discostarsi motivatamente dalla presumibile proposta di provvedimento proveniente dal responsabile dell'istruttoria, così come è pensabile che l'istruttoria carente o mal condotta potrà e dovrà essere integrata, previa riapertura (motivata) del procedimento al fine della sua integrazione e/o correzione⁴⁰.

Quindi, se da un lato è comprensibile che si dia importanza al ritardo o all'omissione rispetto alla emanazione del provvedimento espresso che, non solo deve essere tempestiva, ma, dopo le modifiche (per la verità, un po' ingenua) apportate dalla legge n. 190/2012 – secondo cui il riscontro va operato anche in caso di istanze irricevibili, inammissibili,

³⁹ M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 525 ss.

⁴⁰ Sia ancora consentito un rinvio, per brevità, a F. TIGANO, *Spunti di riflessione su trasparenza ed effettività della partecipazione dopo la riforma della legge sul procedimento*, in *Recenti profili evolutivi...*, cit., 71 ss.

improcedibili o infondate (in contrasto con una giurisprudenza che era consolidata in senso diametralmente opposto) – non può mancare anche a fini di trasparenza in funzione anticorruptiva, appare affatto necessaria l'affermazione secondo la quale, nella valutazione sul ritardo o sull'inerzia serbata in termini definitivi, possano farsi rientrare profili inerenti ai procedimenti disciplinari o concernenti la configurazione di ipotesi di responsabilità amministrativa.

È ovvio, poi, che nella valutazione occorre tenere conto della “ampiezza” dell'inerzia sia temporalmente, sia rispetto alla complessiva mole di attività dell'ufficio. Un piccolo ritardo, cioè, relativo ad un singolo provvedimento in un contesto organizzativo “difficile” (v. *supra*), non dovrebbe assumere una rilevanza tale da determinare l'avvio di una azione di responsabilità.

Vi è anche da aggiungere, fermo restando quanto rilevato rispetto all'art. 6, lett. e), della legge n. 241/1990, che, anche in assenza di alcuna specifica norma, il rapporto tra responsabile dell'istruttoria designato e soggetto competente alla adozione del provvedimento è certamente affidato a principi di leale cooperazione e di buona amministrazione, incumbenti su ciascun dipendente pubblico in vista del buon andamento dell'amministrazione.

Da un lato, infatti, il dirigente, una volta effettuata la nomina, non dovrà ingerirsi oltre misura, se non nei limiti di una ordinaria vigilanza; dall'altro lato, il responsabile nominato, potrà svolgere il suo compito istruttorio in un contesto caratterizzato da una significativa (pur non totale) autonomia, seppure non vi sia ragione alcuna di escludere che possa tenere informato il futuro “decidente” circa l'andamento dell'istruttoria.

Al dirigente spetta, in ogni caso, esercitare una vigilanza di carattere generale (può informarsi e chiedere di conoscere, ad esempio, lo stato dell'istruttoria e gli atti che sono stati compiuti), la cui inosservanza può tradursi, seppure dopo averne accertata la reale ed effettiva portata (ossia la rilevanza causale anche con riferimento a possibili voci di danno), in *culpa in vigilando*.

Si può, invece, discutere, se, nella specie, ci si trovi di fronte ad una ipotesi di responsabilità disciplinare o dirigenziale.

La norma porterebbe ad escludere a priori l'una e l'altra, sia perché rinvia ad eventuali responsabilità disciplinari future, sia perché il novero dei soggetti contemplati non è, specificamente, quello dei dirigenti.

Le soluzioni, invero, sono aperte, ma un dato resta fermo, ossia che, in un modo o nell'altro, si tratta di una fattispecie che, per lo più, ricade nell'ambito riservato alla sfera d'azione del dirigente e quindi sovente lo investirà nell'ambito della valutazione della *performance* che lo riguarda⁴¹.

5. *Le responsabilità dirigenziali per violazione di obblighi puntuali*

La normativa più recente, soprattutto dopo l'avvento della legge n. 190 del 2012 ha declinato sempre più verso forme di responsabilità tassonomiche, direttamente connesse, cioè, alla osservanza di singoli adempimenti e al compimento di singole attività a carico, per lo più, del dirigente.

Questa svolta, invero, è ben più sorprendente di quella del 2009, perché frutto della volontà di rendere più trasparente e, in un certo qual modo, “verificabile” l'attività delle pubbliche amministrazioni in chiave anticorruptiva.

Da questo punto di vista, lo stesso principio di trasparenza – come anche il suo istituto di riferimento, quello dell'accesso agli atti – ha conosciuto una inusitata quanto accattivante stagione: nato per consentire un nuovo rapporto amministrazione/cittadino in chiave difensiva, ampliando in modo esponenziale la possibilità per quest'ultimo di far valere le proprie ragioni soprattutto nella sede processuale entrando in possesso dei medesimi documenti sui quali l'amministrazione ha formato il suo convincimento, diventa, ad un tratto, una sorta di strumento “diffuso” atto a sindacare l'operato delle pubbliche amministrazioni a prescindere da un interesse personale e diretto (tranne che nell'accesso ci-

⁴¹ M. IMMORDINO - N. GULLO - M.C. CAVALLARO, *Responsabile del procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 525 ss.: «Questa condivisione della decisione e, si aggiunga, dell'istruttoria tra responsabile ed organo decidente, presuppone l'idea che nell'ambito del procedimento sia possibile distinguere una fase decisoria in senso stretto, in cui viene fissato il contenuto della decisione, da considerare autonoma rispetto a quella provvedimentoale, in cui viene emanato il provvedimento con il quale si dà forma alla decisione medesima. Con conseguente collocazione del responsabile sino al momento dell'agire per la decisione amministrativa, rimanendo alla competenza esclusiva dell'ufficio-organo soltanto l'adozione dell'atto per la produzione dell'effetto giuridico».

vico generalizzato non si rinvenga, come pure è stato detto, una ipotesi di azione popolare di marca procedimentale, in contrasto, peraltro con la granitica posizione della giurisprudenza sul punto⁴²), esattamente l'opposto dell'accesso disciplinato dal capo V della legge sul procedimento amministrativo.

In una condizione del genere, parlare di responsabilità dirigenziale in senso proprio⁴³ risulta faticoso e forse anche inappropriato, sempreché ci si ancori ad una concezione della responsabilità dirigenziale "tradizionale", discendente, cioè, dalla valutazione di attività gestorie inadeguate, con risultati negativi, obiettivi mai raggiunti e violazione di direttive⁴⁴.

Alcune forme di responsabilità, peraltro, discendono da disposizioni introdotte nel Codice dell'amministrazione digitale ed attengono alle modalità di comunicazione e/o di trasmissione di atti, documenti, indirizzi e così via.

Altre forme di responsabilità sono proprie del decreto legislativo n. 33/2013, integrato profondamente dal c.d. "FOIA" (d.lgs. n. 97/2016), concernendo esse soprattutto la diffusione di informazioni, l'adempimento di obblighi di pubblicità e trasparenza, ma anche il differimento, il rifiuto e la limitazione dell'accesso civico al di fuori delle ipotesi espressamente previste dall'art. 5 *bis* ed infine la mancata predisposizione del piano triennale anticorruzione e l'omessa vigilanza sulla sua osservanza.

⁴² Ulteriore rinvio, per brevità e in ragione dell'esame giurisprudenziale *ivi* condotto, sia consentito a F. TIGANO, *Le azioni popolari suppletive e correttive. Attualità di una distinzione*, Torino, 2008, 101 ss.; ulteriori ed assai interessanti osservazioni in F. CINTIOLI, *L'azione popolare nel contenzioso elettorale amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 329 ss.

⁴³ In proposito, S. BATTINI, *La dirigenza*, cit., 247, il quale ritiene si tratti della sostituzione della coppia "autonomia-responsabilità di risultato" con la diversa coppia "obbligo legislativo-responsabilità da trasgressione di regole di condotta" e quindi "responsabilità per violazione di obblighi di processo".

⁴⁴ Cass. civ., sez. lav., 9 maggio 2018, n. 11161: «Nell'ambito del rapporto pubblico, 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».

Rispetto a tale congerie di fattispecie dal sapore sanzionatorio, non si può, tuttavia, parlare di responsabilità oggettiva, ben potendo il dirigente far valere le ragioni del suo contestato inadempimento.

In altri termini, la previsione di specifiche fattispecie da cui deriva *ex lege* una responsabilità non significa incorrere sempre in sanzioni e/o in valutazioni negative, dal momento che è garantito il contraddittorio, dal quale possono emergere le ragioni da cui discende un certo contestato inadempimento ad un obbligo di legge.

Questo, però, non deve condurre a ritenere che siffatte fattispecie precostituite siano da salutare con favore: non è dimostrato che contribuiscano a rendere maggiormente efficienti le amministrazioni ed i loro dirigenti, né che contrastino efficacemente i diffusi fenomeni di illegalità e corruzione.

Il rischio, semmai è opposto, ossia che la loro concreta applicazione sia accompagnata da un diffuso “giustizialismo” fine a sé stesso e certo non utile all’interesse pubblico.

6. *Alcune osservazioni conclusive*

Considerato il quadro emerso, la prima critica, riprendendo le osservazioni appena formulate, va rivolta rispetto alle responsabilità connesse all’ottemperanza agli adempimenti richiesti a fini di trasparenza ed anticorruzione, giacché siffatti adempimenti, pur posti con le migliori intenzioni, costituiscono una forma di complicazione dell’attività delle amministrazioni pubbliche.

Tali adempimenti, inoltre, sono sovente imposti a risorse invariate, con l’unico vero risultato di distogliere risorse dalle attività di amministrazione attiva o comunque addette a certi compiti all’interno dell’ente, per dedicarle, nei tempi assegnati ora dall’Anac, ora dalla Corte dei conti, ora dalla legge stessa, allo svolgimento di mere (quanto spesso inutili) attività materiali, in ossequio ad una “trasparenza esasperata” (ancorché spesso contrastata dal suo estremismo⁴⁵) da cui è disceso un quadro che si può definire in un certo qual modo “esasperante”.

⁴⁵ Si pensi al caso dei concorsi pubblici, laddove, per ragioni di riservatezza, non si

Tutto ciò, lo si ribadisce, ha una sua logica e non può essere criticato a priori o per partito preso. Ma non vi è dubbio che il sistema che ne è venuto fuori non sia effettivamente (e sicuramente) funzionale a combattere la corruzione, mentre è certo che crei impaccio nella gestione della cosa pubblica.

Paradigmatico, da questo punto di vista, è il caso degli appalti pubblici, laddove i Codici sono soggetti a ripetuti correttivi ed a forme di intervento a volte prima ancora che una certa disciplina abbia il tempo di sedimentare e radicarsi su una certa interpretazione, a scapito delle c.d. *best practices*.

Sullo sfondo vi è il ruolo della magistratura amministrativa, sia quella rappresentata dai Tar e dal Consiglio di Stato, sia quella della Corte dei conti: i primi sono impegnati in una attività interpretativo/attuativa dettata dalla difficoltà di orientarsi nel ginepraio che il legislatore ha creato, contornando ogni regola da mille eccezioni ed altrettanti adempimenti formali, contribuendo (*in primis*, proprio il legislatore) ad operare quella “ossificazione” dei procedimenti di cui si parla sempre più spesso⁴⁶, che si traduce, in ultima analisi, nella perdita di identità in rapporto alle finalità originarie delle normative degli anni ‘90, intese soprattutto a consentire procedure snelle con controlli solo nello stretto necessario, compresi quelli della Corte dei conti la cui natura collaborativa ha conosciuto l'*imprimatur* della stessa Corte costituzionale⁴⁷, ma si è spesso prestata a costituire un prodromo di molte azioni di responsabilità⁴⁸.

procede più alla pubblicazione dei nominativi dei concorrenti, ma di semplici riferimenti numerici, con il risultato di impedire l'emersione di possibili ipotesi di conflitto di interessi, di incompatibilità quando non di vera e propria illegalità, impedendo nel contempo ogni forma di controllo diffuso.

⁴⁶ S. CASSESE, *Riforme istituzionali e disciplina della politica*, Milano, 2015, *passim*.

⁴⁷ Ci si riferisce alla nota sentenza della Corte costituzionale n. 29 del 12-27 gennaio 1995.

⁴⁸ Al dirigente si richiede, però, in ogni caso, una specifica competenza nella materia dei contratti pubblici, come afferma Corte dei conti, sez. giurisd. Lazio, 6 aprile 2011, n. 572: «Nel giudizio di responsabilità amministrativa, risponde per colpa grave il dirigente di un ente pubblico che abbia violato disposizioni, quali quelle costituenti la disciplina dei contratti e la corretta formazione della volontà dell'amministrazione, la cui applicazione rientrava nella sua specifica competenza professionale (nella specie,

Le procedure attuali, cui sono preposti i dirigenti pubblici, appaiono, perciò sovente complicate senza alcun rilevante costrutto e fondamentalmente inefficienti, in ragione del fatto che gli uffici – la cui dotazione di personale è stata fortemente ridimensionata da anni di blocco del *turn over* e di *spending review* – sono impegnati nel “dribblare” la “giungla delle incerte e talora indefinite (anche quando “predefinite”) responsabilità”, cui si aggiungono, *last but not least*, i “proclami”, contenuti in numerose norme-annuncio, sotto la minaccia dell’intervento del giudice contabile o dell’apertura di procedimenti disciplinari dal vago sapore inquisitorio, prefigurando responsabilità che, spesso, non ci sono o non si riesce ad accertare.

Il quadro delle responsabilità che emerge non è desolante, ma mostra, tenuto conto anche dei recenti decreti legislativi nn. 74 e 75 del 2017, che la fase transitoria, destinata a ridisegnare (per l’ennesima volta) le attività dirigenziali, non si è ancora conclusa.

Le differenti responsabilità rapidamente delineate mostrano un panorama assai variegato, che, per ragioni di omogeneità di trattamento ed, in fondo, di certezza del diritto andrebbe sfrondata rendendo chiare le attese e le pretese dell’ordinamento nei confronti dei dirigenti pubblici⁴⁹.

alcuni dirigenti di un ente pubblico avevano proceduto ad aggiudicare un contratto di servizio in scadenza ad uno degli aspiranti, dopo aver illegittimamente interrotto le trattative per il rinnovo dello stesso col precedente titolare)».

⁴⁹ G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *E.d.D.*, XXXIV, Milano, 1985, 695; S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, I, a cura dello stesso Autore, Milano, 2000, 159 ss.

LA RESPONSABILITÀ PER INOSSERVANZA DEL TERMINE DI CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO

di Edoardo Giardino

SOMMARIO: 1. La tempestività dell'azione amministrativa e la pretesa all'osservanza del termine di conclusione del procedimento. – 2. La mancata o tardiva emanazione del provvedimento quale elemento di valutazione della performance individuale. – 3. Le plurime ipotesi di responsabilità derivanti dalla inosservanza del termine di conclusione del procedimento: la colpa (grave) come assioma. – 4. Il disvalore dell'inerzia, il tempo come autonomo bene della vita e l'irrelevanza della fondatezza dell'istanza: il danno da ritardo amministrativo.

1. La tempestività dell'azione amministrativa e la pretesa all'osservanza del termine di conclusione del procedimento

La responsabilità derivante dal disvalore dell'inerzia trae origine dalla consapevolezza che proprio il “comportamento omissivo del decidente o di altra parte necessaria del procedimento”¹ rifletta “la più grave delle fattispecie omissive, e anche la più insidiosa”².

L'inerzia, infatti, rivela una intrinseca contrarietà all'ordinamento, contravvenendo al naturale bisogno di rendere evidente il potere, esplicitandolo e, quindi, giustificandolo. L'omissione della scelta, infatti, preclude la fisiologia della funzione, negandone il regolare divenire, quindi, il suo inverarsi nell'atto, in spregio al fine che il procedimento stesso deve perseguire, ossia tutelare l'interesse pubblico primario attraverso l'evidenza dell'azione e della decisione.

Di qui, il bisogno non solo di assicurare la funzione quanto di espletarla nel termine previsto, in tal guisa, assicurando l'osservanza del valore della tempestività dell'azione amministrativa, alla cui strega l'esercizio del potere deve esaurirsi nel termine contemplato dall'ordi-

¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, 642.

² *Ibidem*.

namento, ove il tempo, assumendo valore in sé, si rivela bene meritevole di tutela.

E così, la tempestività della funzione, maturata all'ombra dei vincoli del buon andamento (art. 97, Cost.) e della buona amministrazione (art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE), ha, nel tempo, vieppiù acquisito una sua autonomia concettuale, sino ad assumere quella dignità di principio, che colloca l'esigenza della tempestività tra i vincoli dell'agire pubblico, la cui violazione legittima la reazione dell'ordinamento attraverso la previsione di puntuali ipotesi di responsabilità³.

L'autonomia concettuale del principio di tempestività ha contribuito, e non poco, all'idea del 'tempo'⁴, quale bene della vita vantato dal cittadino, il quale, correlandosi ad una obbligazione legale dell'amministrazione, diventa, così, titolare del diritto soggettivo alla tempestività dell'azione amministrativa⁵.

Del resto, è l'ordinamento che ascrive al tempo procedimentale⁶ na-

³ D. VAIANO, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in M. RENNA - F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 478.

⁴ Sulla rilevanza, altresì, giuridica del tempo, cfr. G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di Filosofia del diritto*, Milano, 1998; M. HEIDDEGER, *Il concetto del tempo*, Milano, 1998; C. ROVELLI, *L'ordine del tempo*, Milano, 2017; E. RESTA, *Il tempo e lo spazio del giurista*, in G. COMANDÈ e G. PONZARELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, 253 ss..

⁵ D. VAIANO, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, cit., 486. Cfr. inoltre, M. RENNA - F. FIGORILLI, *Commento agli artt. 2 e 2-bis della legge n. 241/1990*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 105.

⁶ Sul rilievo assunto dal tempo nel diritto amministrativo, cfr. M. IMMORDINO, *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo tra certezza ed incertezza*, in *L'incertezza delle regole. Atti del Convegno annuale Aipda*, Napoli, 3-4 ottobre 2014, 93 ss.; ID., *Tempo ed efficienza nell'azione amministrativa*, in A. CONTIERI, F. FRANCARIO e A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, 56 ss.; L. TORCHIA, *L'amministrazione italiana (ri)entra nello spazio-tempo: le regole sul termine e sul responsabile del procedimento*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, 345; ID., *Si scrive semplificare, si legge ridurre e rispettare i tempi*, in *Amministrazione civile*, 2008, 123; A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in *Dir e proc. amm.*, n. 2/2007, 23; ID., *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, 697 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, Tomo secondo,

tura sostanziale e non già meramente strumentale, laddove: contempla il risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento⁷; devolve la controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁸; dispone che proprio l'obbligo di concludere il procedimento entro il termine prefissato attenga ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lettera m), della Costituzione⁹.

Peraltro, è sempre l'ordinamento che, all'art. 2 della legge n. 241 del 1990, qualifica "inadempimento" proprio l'inosservanza del termine per la conclusione del procedimento, a riprova, quindi, di una obbligazione *ex lege* che si correla al diritto soggettivo del privato alla tempestività dell'*agere publicum*.

La norma, in tal guisa, sottraendo il tempo del procedimento alla disponibilità dell'amministrazione, conferisce alla suddetta pretesa del privato la "consistenza di un diritto soggettivo (un modo di essere della libertà di autodeterminazione negoziale) a fronte della quale l'amministrazione non dispone di un potere ma è gravata da un obbligo"¹⁰.

Ed invero, sebbene sia pacifico in giurisprudenza ascrivere al termine procedimentale natura ordinatoria¹¹, in tal guisa postulando un pote-

Milano, 2003, 1175 ss.; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; F.G. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in *giustamm.it*, 2005, 704 ss.; G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 251 ss.; A. SPEZZATI, *Obbligo di conclusione del procedimento e responsabilità della pubblica amministrazione*, in A. SANDULLI e G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo. Vent'anni dopo*, Napoli, 2011, 267 ss..

⁷ Cfr. art. 2 *bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241.

⁸ Cfr. Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

⁹ Cfr. art. 29, comma 2 *bis*, della legge n. 241 del 1990.

¹⁰ Cons. St., ad. plen., n. 5/2018.

¹¹ In giurisprudenza, cfr. TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 31 agosto 2018, n. 1863; TAR Piemonte, sez. I, 28 giugno 2017, n. 764; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 13 ottobre 2015, n. 2157; TAR Umbria, sez. I, 5 aprile 2012, n. 111; Cons. St., sez. III, 18 maggio 2016, n. 2019; Cons. St., sez. V, 11 ottobre 2013, n. 4980. In dottrina, al riguardo, cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 272 ss., per il quale detto orientamento giurisprudenziale «oltre ad essere privo di consistenza teorica perché fondato sulla distinzione tra termini perentori e ordinatori, è in diverse occasioni contraddetto dalla stessa giurisprudenza. Dall'esame delle pronunce

re amministrativo inesauribile¹², tuttavia, la previsione di un limite temporale all'esercizio della funzione non solo comprime la prerogativa di-

sul tema emerge che, accanto a termini ritenuti ordinatori (o meramente acceleratori, comunque influenti sulla validità dell'atto tardivo) ve ne sono altri i quali, senza che vi sia una precisa indicazione da parte del legislatore, vengono ritenuti perentori con la conseguente illegittimità dell'atto tardivo: si pensi, per rimanere nell'ambito della legge generale sul procedimento, al termine di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio e la sospensione dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici (artt. 21-*nonies* e 21-*quater*, l. n. 241/1990), oppure al termine di sessanta giorni per l'esercizio del potere inibitorio in relazione alle attività avviate con SCIA (art. 19, comma 3, l. n. 241/1990) ovvero di diciotto mesi per la rimozione dell'attività segnalata quando ricorrono i presupposti prescritti dall'art. 21-*nonies* per l'annullamento d'ufficio (art. 19, comma 4, l. n. 241/1990) (...). Ciò dimostra, oltre all'asistematicità del comune approccio al tema, che quella dell'invalidità dell'atto tardivo non è una regola sconosciuta al c.d. "diritto vivente". Più esattamente, essa è comunemente accettata in relazione a taluni termini mentre è infondatamente (una volta dimostrata l'inappropriatezza del ricorso della distinzione tra termini ordinatori e perentori) rifiutata in relazione ad altri, che non presentano caratteristiche diverse sotto il profilo della inerenza al paradigma della validità formale del provvedimento. Non si tratta dunque di introdurre nell'ordinamento una interpretazione forzata oppure particolarmente innovativa, ma soltanto di superare talune resistenze che, secondo l'analisi qui condotta, trovano spiegazione (ma non giustificazione) soltanto nell'influenza che ha tuttora il pregiudizio dell'inesauribilità del potere amministrativo come criterio di interpretazione del diritto positivo».

¹² Sul rapporto tra l'inesauribilità del potere amministrativo e l'inerzia amministrativa, cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., 125 ss. e 256 ss.. Secondo l'Autore: "(a)ssunta la logica del rapporto, infatti, parrebbe coerente ritenere che l'art. 2, l.n. 241/1990, nei procedimenti ad istanza di parte riconosce al cittadino il diritto ad ottenere un provvedimento entro il termine (quale che sia il contenuto della decisione) e, nei procedimenti d'ufficio, il diritto ad essere liberato entro un tempo definito dall'incertezza giuridica derivante dal possibile esercizio di un potere limitativo da parte dell'amministrazione. In altre parole: se l'art. 2 è fonte di una obbligazione, per ogni aspetto riconducibile a quella di diritto civile, allora non v'è ragione per negare che il diritto e l'obbligo sussistano anche nei procedimenti d'ufficio" (ID., *op. ult. cit.*, 129). Cfr., inoltre, M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., 53, per il quale il "principio dell'inesauribilità del potere amministrativo, che nei procedimenti a istanza di parte trova una perfetta corrispondenza nella regola del perpetuarsi in capo al debitore del dovere di eseguire la prestazione anche dopo la scadenza del termine, riferito ai procedimenti d'ufficio appare privo di una giustificazione razionale, coerente con la struttura e la dinamica delle situazioni giuridiche potestative".

screzionale dell'amministrazione di definire il tempo dell'azione¹³, quanto, in ogni caso, ascrive rilevanza al disvalore inveratosi e, quindi, alla consequenziale responsabilità.

Al riguardo, infatti, in linea con quanto avviene nella relazione *iure privatorum*, i vincoli di correttezza e buona fede si rilevano regole non già di validità del provvedimento, bensì di responsabilità per la condotta profusa¹⁴.

La violazione del termine di conclusione del procedimento «di per sé non determina, infatti, l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini "perentori"), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli danni patrimoniali»¹⁵.

L'obbligo di provvedere assume, quindi, una valenza sostanziale nei confronti non solo della sfera del diretto destinatario, quanto di tutte quelle differenti posizioni giuridiche ad esso connesse o collegate, giacché, ove si limitasse il predetto vincolo di provvedere esclusivamente alle ipotesi in cui fosse solo il diretto destinatario a lamentarsi dell'inadempimento procedimentale, molte situazioni giuridiche soggettive risulterebbero prive di tutela. Si consideri, al riguardo, il terzo rispetto ad un dato rapporto di diritto pubblico, i cui interessi materiali potrebbero ugualmente essere lambiti negativamente dalla violazione dell'obbligo di provvedere, donde il possibile inverarsi del pregiudizio. In tal guisa, infatti, si negherebbe tutela ad interessi, del pari, meritevoli di salvaguardia in ragione di una concezione formalistica dell'obbligo di provvedere, che mal si concilia con l'indefettibile tutela costituzionale del diritto di azione e di difesa¹⁶.

¹³ Cfr. S. SCREPANTI, *I tempi delle opere pubbliche e la relatività del tempo nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2019, 1205. Per l'Autrice il valore del tempo è sostanzialmente ridimensionato "dal punto di vista attuativo, non solo in ragione del valore non perentorio del termine procedurale (...) ma anche perché la panoplia di strumenti di tutela del privato contro inerzie e ritardi burocratici non sembra fungere da efficace deterrente contro i predetti comportamenti patologici" (ID., *op. ult. cit.*, 1210).

¹⁴ Cons. St., ad. plen., n. 5/2018.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Cfr. TAR Lazio, sez. II, 28 aprile 2020, n. 4333; Cons. St., sez. IV, 27 aprile 2012,

2. *La mancata o tardiva emanazione del provvedimento quale elemento di valutazione della performance individuale*

La rilevanza assunta dal ‘tempo’ nella dinamica della funzione palese le ragioni che hanno indotto l’ordinamento a reagire all’inerzia amministrativa, attraverso la previsione di plurime forme di responsabilità.

E ciò diviene vieppiù rilevante se si considera la posizione del dirigente, la cui responsabilità, a ben vedere, trascurando il risultato, si è trasformata, per molti versi, in responsabilità di condotta¹⁷, nel segno di una volontà legislativa, che, dequotingo l’agire discrezionale dell’amministrazione, ha preferito vincolarne l’azione, sanzionandone¹⁸ l’inosservanza.

Si assiste, così, ad una implementazione delle forme di responsabilità ascrivibili al dirigente, sempre più orientate a privilegiare la sanzione dell’inerzia, in aggiunta alle classiche ipotesi di responsabilità dirigenziale legate, tra l’altro, ai risultati negativi di gestione, al mancato raggiungimento degli obiettivi o alla inosservanza di direttive¹⁹.

E così, è in tale quadro evolutivo e di trasformazione che deve esse-

n. 2468; Cons. St., sez. V, 3 giugno 2010, n. 3487. Sui diritti del terzo in ordine al procedimento amministrativo, cfr. L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, 111 ss. e 140 ss.

¹⁷ In argomento, cfr. S. BATTINI, *La dirigenza*, in B.G. MATTARELLA ed E. D’ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione, Commento alla Legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Milano, 2017, 247; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, 248-249, per il quale “si è passati da una responsabilità originariamente concepita per inadempimento di obblighi di risultato ad una responsabilità inclusiva di violazioni di puntuali regole di condotta”.

¹⁸ Secondo C. CELONE (*La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 253-254), utilizzare la responsabilità dirigenziale “come strumento di *enforcement* a carattere sanzionatorio, al fine di dissuadere i soggetti che svolgono funzioni dirigenziali dal porre in essere comportamenti violativi degli obblighi (...) non appare, tra l’altro, convincente, né adeguato rispetto allo scopo che si intende perseguire. La ragione di simili perplessità risiede nella logica che ispira la responsabilità dirigenziale, che non è, né dovrebbe essere, quella di reagire alla violazione di una regola o alla produzione di un danno, bensì quella, ben diversa, di garantire la realizzazione di un obiettivo prefissato, ovvero il raggiungimento di un risultato voluto dall’organo di indirizzo politico, rimuovendo tempestivamente il dirigente dimostratosi inadeguato all’incarico”.

¹⁹ Cfr. art. 21, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

re vagliata la fattispecie contemplata dal comma 9 dell'art. 2 della legge n. 241/1990, secondo cui: "La mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente".

La novella di cui all'art. 1, comma 1, della legge n. 190/2012, che ha innovato il suddetto comma 9, ha inciso, non poco, sulla natura della suddetta fattispecie di responsabilità, se si considera l'eliminazione del riferimento espresso alla responsabilità dirigenziale, in tal guisa, prevedendosi che la mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisca elemento di valutazione non più della responsabilità dirigenziale (come viceversa disposto dalla previsione previgente), bensì "della performance individuale". Novella, questa, che ha, altresì, ampliato sia le tipologie di responsabilità derivanti dalla predetta inerzia, sia il novero dei soggetti responsabili, prevedendo, infatti, che proprio la mancata o tardiva adozione del provvedimento costituisca elemento di valutazione altresì "della responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente".

Ebbene, onde non vanificare la novella legislativa, vieppiù chiara perché incidente su una disposizione previgente, è necessario assicurare un'interpretazione del portato quanto più possibile ancorato alla lettera della norma, dovendosi, quindi, considerare dirimente tanto l'eliminazione del riferimento alla "responsabilità dirigenziale", quanto la previsione delle ulteriori forme di responsabilità, disciplinare ed amministrativo-contabile.

Sicché, il vigente art. 2, comma 9, contempla non già un'ipotesi autonoma di responsabilità dirigenziale, bensì una fattispecie di responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi e solo laddove il rispetto del termine di conclusione del procedimento costituisca un risultato da conseguire ai sensi dell'incarico conferito²⁰.

²⁰ Sulla natura giuridica della tipologia di responsabilità di cui all'art. 2, comma 9, della legge n. 241/1990, cfr. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 244-245, per il quale "circa la vera natura della fattispecie in esame, anche qui vi può essere il legittimo dubbio, sul piano concettuale, che essa sia da ricondurre, al di là del dato letterale, non ad un'ipotesi di responsabilità dirigenziale, ma ad un'ipotesi di responsabilità disciplinare. (...) Laddove si opti, invece, per la qualificazione della

In tutti gli altri casi, poiché *ubi lex voluit dixit*, la sussunzione della fattispecie nell'alveo della responsabilità dirigenziale sarebbe ostacolata dalla lettera della norma, la cui osservanza, invece, induce a ricondurre detta ipotesi nel tipo della responsabilità per inadempimento e, in specie, per inadempimento dell'obbligo "per la pubblica amministrazione (...) di concludere il procedimento entro il termine prefissato"²¹. Obbligo, questo, la cui rilevanza e la cui indefettibilità trovano piena riprova nell'art. 29, comma 2 *bis*, della legge n. 241/1990, il quale infatti valorizza l'osservanza del vincolo temporale, sussumendone l'obbligo finanche tra i "livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione".

Si tratta, del resto, di un inadempimento che si consuma nel corpo di una relazione giuridica, che genera un vincolo in capo all'Amministrazione e la cui osservanza è volta a soddisfare una data situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il privato. Da tale inosservanza deriva, così, il "mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblicistici, aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative"²².

Del resto, l'art. 1173 cod. civ. riconduce la genesi delle obbligazioni non solo al contratto, quanto, altresì, al fatto illecito o ad ogni altro atto

fattispecie in termini di responsabilità dirigenziale, ci si domanda se essa goda o meno di autonomia rispetto alle principali ipotesi di responsabilità dirigenziale (...) Dalla lettura combinata delle norme relative alla figura in parola – in base alle quali il mancato rispetto del termine per l'emanazione del provvedimento diventa un elemento da valutare ai fini dell'accertamento della responsabilità dirigenziale e dell'applicazione della misura della riduzione o dell'azzeramento della retribuzione di risultato – sembra potersi dedurre l'esistenza di una nuova ed autonoma fattispecie di responsabilità dirigenziale, non riconducibile propriamente né al risultato negativo di gestione, né al mancato raggiungimento degli obiettivi, né alla inosservanza delle direttive. A meno che il rispetto del termine di conclusione di ciascun procedimento non sia inserito tra gli obiettivi operativi specifici individuati nell'atto di conferimento dell'incarico o nella direttiva emanata nel corso del rapporto". In argomento, cfr., altresì, C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale per mancata emanazione del provvedimento entro il termine di conclusione del procedimento*, in A. SANDULLI e G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo. Vent'anni dopo*, Napoli, 2011, 279 ss..

²¹ Art. 29, comma 2-*bis*, della legge n. 241/1990.

²² Cons. St., ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7.

o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, nel segno della primigenia idea di *obligatio*, che identificava i tratti costitutivi della relazione “nella necessità giuridica di un soggetto di eseguire una prestazione a favore di un altro”²³.

Né va taciuto il vantaggio che si conseguirebbe se si scollasse l'ipotesi in esame dalla *species* della responsabilità dirigenziale, potendosi, in tal modo, ulteriormente valorizzare l'esigenza della soggettivizzazione della fattispecie, condizionando, pertanto, la reazione dell'ordinamento alla insopprimibile ricorrenza, quanto meno, della colpa.

Un elemento soggettivo, quindi, che si appalesa, non già svanendo o coincidendo con la sola capacità del dirigente di perseguire il risultato, donde il rischio di concepirlo come mera conseguenza del relativo mancato conseguimento, bensì, come elemento costitutivo, ulteriore e diverso dalla componente oggettiva del disvalore, da accertare in concreto e nel contesto determinatosi.

La responsabilità dirigenziale, del resto, essendo cagionata dal mancato conseguimento del risultato, prescinde sia dall'inadempimento degli obblighi di azione sanciti, sia dal danno conseguente all'inadempimento medesimo, tant'è che la stessa non implica alcun risarcimento del danno, postulando, invece, reazioni di carattere correttivo e sanzionatorio²⁴.

3. *Le plurime ipotesi di responsabilità derivanti dalla inosservanza del termine di conclusione del procedimento: la colpa (grave) come assioma*

L'inosservanza del termine di conclusione del procedimento può

²³ C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, vol. IV, Milano, 1995, 4.

²⁴ In argomento, cfr. L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000, 142; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 130, il quale osserva che “la responsabilità dirigenziale, analogamente alla responsabilità disciplinare, ma anche alla responsabilità da illecito amministrativo, prescinde dalla produzione del danno, perché ciò che rileva è l'illecito in sé, non l'illecito in quanto elemento che ha causato un danno (patrimoniale o non patrimoniale). Il danno come conseguenza dell'illecito non è, cioè, oggetto di accertamento, proprio perché non è elemento costitutivo della responsabilità dirigenziale”.

cagionare ulteriori possibili disvalori, divenendo, pertanto, fonte di plurime ipotesi di responsabilità.

Detta omissione, infatti, potrebbe rilevare, oltre che sul piano penale, altresì, sul fronte disciplinare, dirigenziale ed amministrativo-contabile, in linea con un ordinamento che ha progressivamente avvertito l'inerzia, attraverso una serie di riforme volte a scongiurare il ritardo amministrativo e, quindi, l'inadempimento dell'obbligo di provvedere.

Tale consapevolezza legislativa trova compiuto ed eloquente riflesso nel novellato art. 2 della legge n. 241/1990, laddove il legislatore, nel segno di una visione unitaria della giurisdizione, incidendo altresì sugli assetti organizzativi dell'amministrazione, ha preteso che: «4-bis. Le pubbliche amministrazioni misurano e pubblicano nel proprio sito internet istituzionale, nella sezione "Amministrazione trasparente", i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i termini previsti dalla normativa vigente. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, previa intesa in Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono definiti modalità e criteri di misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti, nonché le ulteriori modalità di pubblicazione di cui al primo periodo. ... 8. ... Le sentenze passate in giudicato che accolgono il ricorso proposto avverso il silenzio inadempimento dell'amministrazione sono trasmesse, in via telematica, alla Corte dei conti. 8-bis. Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni. 9. La mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente. 9-bis. L'organo di governo individuale, nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione, il soggetto cui

attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia. Nell'ipotesi di omessa individuazione il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o in mancanza al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione. Per ciascun procedimento, sul sito internet istituzionale dell'amministrazione è pubblicata, in formato tabellare e con collegamento ben visibile nella homepage, l'indicazione del soggetto a cui è attribuito il potere sostitutivo e a cui l'interessato può rivolgersi ai sensi e per gli effetti del comma 9-ter. Tale soggetto, in caso di ritardo, comunica senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del proprio ordinamento e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, e, in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni del presente comma, assume la sua medesima responsabilità oltre a quella propria. 9-ter. Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il privato può rivolgersi al responsabile di cui al comma 9-bis perché, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concluda il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario. 9-quater. Il responsabile individuato ai sensi del comma 9-bis, entro il 30 gennaio di ogni anno, comunica all'organo di governo, i procedimenti, suddivisi per tipologia e strutture amministrative competenti, nei quali non è stato rispettato il termine di conclusione previsti dalla legge o dai regolamenti. Le Amministrazioni provvedono all'attuazione del presente comma, con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. 9-quinquies. Nei provvedimenti rilasciati in ritardo su istanza di parte è espressamente indicato il termine previsto dalla legge o dai regolamenti e quello effettivamente impiegato».

Al riguardo, preme rimarcare e, per molti versi, auspicare l'indefettibilità dell'elemento soggettivo quale tratto costitutivo delle suddette ulteriori forme di responsabilità, onde scongiurare derive interpretative volte a dequotare l'indefettibilità del tratto soggettivo della responsabilità.

E ciò deve valere, *a fortiori*, per tutte quelle condotte che si intrecciano ovvero postulano condotte altrui, laddove oltremodo risulta necessario preservare la natura costitutiva dell'elemento soggettivo, pur consapevoli delle peculiarità che segnano l'ontologia di date fattispecie

di responsabilità (ad es. quella dirigenziale), il cui accertamento non può prescindere dalla loro ontologia.

In tali ipotesi, sarà quindi possibile far coincidere l'elemento soggettivo "non già con la colpa, bensì con la capacità manageriale, organizzativa e di direzione propria di ciascun dirigente, alla quale sono da riconnettere anche i risultati ottenuti dall'ufficio nel suo complesso e l'attività svolta da tutto il personale assegnato all'ufficio stesso"²⁵. Quanto detto troverebbe *ratio* non già nel rifiuto del carattere costitutivo dell'elemento soggettivo, bensì nel tipo di responsabilità, ossia in "una responsabilità indissolubilmente legata al buon funzionamento dell'amministrazione e quale strumento volto, appunto, a misurare, controllare e incentivare la buona amministrazione"²⁶.

E così, anche il vaglio dell'operato del dirigente, a fronte dei risultati conseguiti, non può tralasciare o trascurare la ricorrenza dell'elemento soggettivo, nel segno del vincolo della diligenza di cui all'art. 1176 cod. civ., che, in quanto "regola generale delle obbligazioni"²⁷, rifiuta il di-

²⁵ L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 137-138.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Cfr. M.C. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 74-75, per il quale: "La tesi che ravvisa nelle obbligazioni di mezzi e di risultato due categorie contrapposte non può essere condivisa. In particolare, non può essere condivisa l'idea secondo la quale l'indicazione di un risultato significherebbe che il debitore assicura tale risultato ed è comunque oggettivamente responsabile se esso non viene realizzato. Al riguardo, va rilevato che il riferimento all'attività o al risultato attiene alla identificazione della prestazione e non deroga come tale alla regola della responsabilità per inadempimento. Questa identificazione può rilevare indirettamente anche sul piano della responsabilità ma non in quanto essa comporti una diversa disciplina di essa. Piuttosto, la diversa delimitazione della prestazione dovuta incide sull'oggetto del giudizio di impossibilità: nelle obbligazioni di mezzi, precisamente, il debitore è esonerato quando risulta impossibile quella specifica attività assunta a contenuto della prestazione (...) Nelle obbligazioni di risultato, invece, il debitore è esonerato solo quando risulta impossibile realizzare la finalità dovuta mediante qualsiasi attività strumentale (...) Ma già in radice dev'essere contestata l'idea di obbligazioni in cui sia dovuto esclusivamente il risultato e non lo sforzo necessario per conseguirlo (...) il debitore può anche avere un'ampia scelta discrezionale sul come adempiere, ma ciò non toglie che egli sia obbligato ad adoperarsi diligentemente per conseguire il risultato previsto. La regola della diligenza (art. 1176 cc) è infatti dettata dalla legge come regola generale delle obbligazioni. Va poi rilevato che l'obbligo di realizzare il risultato, e più in generale il programma obbligatorio, implica comunque la

stinguo obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, dovendosi detto vincolo applicare ad entrambe.

Non è dato, quindi, ascrivere il disvalore sulla base del solo riscontro dell'inadempimento, potendo, questo, non essere riconducibile al dirigente per sua negligenza, imprudenza, imperizia, ovvero per incapacità manageriale o inidoneità dello stesso all'incarico²⁸.

Del pari, essenziale, in capo al dipendente pubblico (o a chi è legato alla pubblica amministrazione da un rapporto di servizio) è la ricorrenza della colpa, peraltro grave, nel caso della responsabilità amministrativo-contabile, il cui inverarsi deve trovare, proprio nell'elemento soggettivo, requisito e causa, non dovendosi né potendosi ipotizzare pretese di danno erariale fondate, in sostanza, sulla sola ed esclusiva ricorrenza del dato oggettivo (condotta, nesso eziologico ed evento), ritenendo così l'elemento soggettivo un mero tratto assiomatico o presunto ovvero una implicita conseguenza del disvalore contestato.

Tuttavia, il legislatore, ai sensi dell'art. 21 del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 (conv. con mod. dalla legge 11 settembre 2020, n. 120), ha innovato, al riguardo, la disciplina, prevedendo che: «1. All'articolo 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo il primo periodo è inserito il seguente: “La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso.” 2. Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, 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».

necessità dell'attività preparatoria. Trattandosi di un'attività che il debitore deve svolgere nell'interesse del creditore, essa è un momento inseparabile della prestazione”. Sulla distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato, cfr. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, Paris, 1925, 578.

²⁸ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 118.

4. *Il disvalore dell'inerzia, il tempo come autonomo bene della vita e l'irrelevanza della fondatezza dell'istanza: il danno da ritardo amministrativo*

Nel novero delle tipologie di responsabilità derivanti dall'inerzia amministrativa decisamente significativa è, di certo, l'ipotesi del danno da ritardo consumato dall'amministrazione.

Detta fattispecie è disciplinata dall'art. 2 *bis* della legge n. 241/1990, il quale, al comma 1 così recita: "Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-*ter*, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento".

Come già chiarito, la fattispecie in esame postula un danno derivante non già da provvedimento bensì da comportamento, giacché – salvo le ipotesi eccezionali di procedimenti soggetti a termini perentori – la violazione del termine di conclusione del procedimento non determina di per sé l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo.

Tale inosservanza, infatti, riflette un comportamento scorretto dell'amministrazione, che incide sulla libertà negoziale del privato, generando incertezze e, quindi, rivelandosi eventuale fonte di danni²⁹.

Si assiste, così, all'inverarsi di un danno cagionato dalla lesione del diritto soggettivo all'autodeterminazione negoziale, ove il privato, a causa della situazione di incertezza generata dall'inerzia, può essere indotto "a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione"³⁰.

Ed in tal senso – è d'uopo rimarcare – muovono tanto l'art. 133, co. 1, lett. a), cpa, che ascrive alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di "risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento"³¹, quanto l'art. 2 della legge n. 241/1990.

²⁹ Cfr. Cons. St., ad. plen., n. 5/2018.

³⁰ *Ibidem*. Cfr., inoltre CGA Sicilia, 28 marzo 2019, n. 282.

³¹ Cfr. Cons. St., ad. plen., n. 5/2018, secondo cui: "Alla luce della concezione c.d. rimediabile del risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo (abbracciata dalla Corte costituzionale nella storica sentenza n. 204 del 2004 e ripresa dall'art. 7 del Codice

Quest'ultima disposizione, infatti, sottraendo il tempo del procedimento alla disponibilità dell'amministrazione, rende la pretesa al rispetto del termine un diritto soggettivo, riflesso, in specie, della libertà di autodeterminazione negoziale.

Tale diritto, pertanto, si correla non già ad un potere bensì ad un obbligo dell'amministrazione³², donde l'osservanza dei noti vincoli di correttezza, lealtà, buona fede, i quali, infatti, operando anche al di là dell'agire consensuale dell'amministrazione, permeano integralmente la funzione³³.

E, sebbene il citato art. 2 *bis* corrobora la tutela del privato a fronte del ritardo dell'amministrazione, detta pretesa risarcitoria deve, in ogni caso, sussumersi nell'alveo dell'art. 2043 cod. civ., per quanto attiene all'identificazione dei suoi tratti costitutivi. Sicché, il disvalore generato dall'inerzia non potrà essere presunto *iuris et de iure*, quale effetto naturale del mero decorso temporale, risultando invece necessario verificare la sussistenza dei presupposti di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante) ed oggettivo (ingiustizia del danno, nesso causale, prova del pregiudizio subito³⁴).

Tutto questo determina la non risarcibilità dei danni evitabili, considerata l'incidenza dell'interruzione del nesso causale, tra la violazione del termine procedimentale ed il danno lamentato, causata dal comportamento del presunto danneggiato³⁵.

Tale ipotesi risarcitoria deve essere distinta dalla fattispecie indenni-

del processo amministrativo), la previsione per il danno da ritardo della giurisdizione esclusiva implica necessariamente la (e si giustifica alla luce della) qualificazione in termini di diritto soggettivo della situazione giuridica lesa dal ritardo dell'amministrazione".

³² Cfr. Cons. St., ad. plen., n. 5/2018.

³³ Cfr. *Ibidem*. Ai sensi dell'art. 1, comma 2 *bis*, della legge n. 241/1990: «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

³⁴ Cfr. TAR Calabria, Reggio Calabria, 23 marzo 2020, n. 257; Cons. St., sez. III, 23 maggio 2019, n. 3362; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 16 ottobre 2019, n. 1602. Sempre in giurisprudenza è stato chiarito che il citato comma 1 dell'art. 2 *bis* "non ha previsto il diritto al risarcimento in ogni caso in cui si verifichi un ritardo per il solo fatto dell'inadempimento nell'azione amministrativa, ma che l'inerzia o il ritardo giustifica il risarcimento solo se si prova che il danno è diretta conseguenza della disfunzione che si è verificata nel procedimento amministrativo" (Cons. St., sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 358).

³⁵ Cfr. Cons. St., sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 271.

taria di cui al comma 1 *bis*³⁶ del medesimo art. 2 *bis*, giacché mentre la fattispecie risarcitoria postula la prova del danno, del comportamento colposo o doloso dell'amministrazione nonché del nesso eziologico, quella indennitaria prescinde dall'evidenza dei suddetti elementi, risultando all'uopo sufficiente la prova della sola violazione del termine di conclusione del procedimento.

In tal contesto, quindi, il tempo risulta meritevole in sé di tutela, a fronte di una inerzia che, riflettendo un disvalore, deve essere censurata a prescindere dalla spettanza del bene della vita cui il privato aspira.

Solo così si preservano, altresì, quelle situazioni giuridiche, diverse dalla pretesa all'utilità finale, di eguale rilievo sostanziale ed incise proprio dalla violazione della suddetta regola, che impone la tempestività e, quindi, la certezza del tempo procedimentale.

Invero, sul ruolo assunto dalla spettanza del bene della vita ai fini in esame, si registrano letture affatto univoche, le quali hanno alimentato un contrasto interpretativo che, a tutt'oggi, perdura. Infatti, già prima dell'entrata in vigore del citato art. 2 *bis*, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato aveva ritenuto che «il sistema di tutela degli interessi pretensivi – nelle ipotesi in cui si fa affidamento sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione – consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (suscettibile di appagare un "bene della vita")»³⁷.

La tipizzazione del danno da ritardo amministrativo, di cui al citato art. 2 *bis*, non ha, invero, rimosso le aporie e le diffidenze interpretative, per-

³⁶ Ex art. 2 *bis*, comma 1 *bis*, della legge n. 241/1990: "1-*bis*. Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento".

³⁷ Cons. St., ad. plen., 18 aprile 2007, n. 5.

manendo, in parte della giurisprudenza, il rifiuto di qualificare la pretesa al rispetto dei termini procedurali come bene della vita, quindi, negandole un'autonoma protezione risarcitoria, avulsa dalla spettanza dell'interesse sostanziale, al cui conseguimento il procedimento stesso è funzionalizzato³⁸.

E ciò, sebbene, con diversa pronuncia, l'Adunanza Plenaria abbia rilevato che "(s)econdo l'interpretazione più accreditata", con il comma 1 del citato art. 2 *bis* il legislatore "superando *per tabulas* il diverso orientamento in passato espresso dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria 15 settembre 2005, n. 7 (...) ha introdotto la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento (...)"³⁹.

³⁸ Cfr. CGA Sicilia, 28 marzo 2019, n. 282; Cons. St., sez. VI, 19 novembre 2018, n. 6506; Cons. St., sez. III, 12 novembre 2018, n. 6345; TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 12 aprile 2019, n. 4821; TAR Campania, Salerno, sez. II, 4 settembre 2019, n. 1499; TAR Puglia, Bari, sez. III, 18 luglio 2019, n. 1045; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 16 ottobre 2018, n. 2113. Sulla differenza che intercorre tra la fattispecie del danno da ritardo di cui all'art. 2 *bis* e quella relativa al danno da ritardo nell'aggiudicazione a fronte dell'art. 30 cpa, è stato rilevato che: «La prima poggia infatti sull'inerzia colposa nell'esercizio del potere autoritativo (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. IV, 12 luglio 2019, n. 4894) ovvero sulla violazione del termine di conclusione del procedimento e mira, nel caso di specie, al risarcimento del danno emergente pari ai sostenuti oneri retributivi del personale asseritamente destinato all'esecuzione del contratto. La seconda, invece, è come detto consequenziale all'illegittimità dell'aggiudicazione, presuppone rigorosamente la spettanza, anche in termini di sola "*chance*", del bene della vita (*ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2015, n. 4499) non richiede l'elemento soggettivo della colpa (Corte di Giustizia CE, sez. III, 30 settembre 2010, causa C 314/2009; Consiglio di Stato, ad. plen., n. 2 del 2017; Id., sez. V, 2 gennaio 2019, n. 14) ed è diretta al ristoro principalmente della mancata percezione dell'utile contrattuale (Consiglio di Stato, sez. V, 26 luglio 2019, n. 5283)» (TAR Umbria, sez. I, 4 dicembre 2019, n. 617).

³⁹ Cons. St., ad. plen., n. 5/2018. Cfr., altresì, CGA Sicilia, 26 marzo 2020, n. 215. Sempre in giurisprudenza è stato, al riguardo, osservato che, nonostante «l'art. 2-*bis* cit., rafforzi la tutela risarcitoria del privato nei confronti della pubblica amministrazione, "la domanda deve essere comunque ricondotta nell'alveo dell'art. 2043 c.c. per l'identificazione degli elementi costitutivi della responsabilità". Tale impostazione ha ricevuto l'avallo indiretto della Corte di Cassazione (cfr. Sezioni unite civili, ordinanza 17 dicembre 2018, n. 32620, che hanno confermato la sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, 22 settembre 2016, n. 3920); nella fattispecie è stato chiarito, sia pure nella peculiare prospettiva del giudizio su questione di giurisdizione, che: a) il riconoscimento del danno da ritardo – relativo ad un interesse legittimo pretensivo – non è avulso da una valu-

Trattasi, questo, di condivisibile approdo ermeneutico, che trova viepiù riprova nel novellato comma 1 dell'art. 2 della stessa legge n.

tazione di merito della spettanza del bene sostanziale della vita e, dunque, dalla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento fosse probabilmente destinata ad un esito favorevole, posto che l'ingiustizia e la sussistenza del danno non possono presumersi *iuris tantum* in relazione al mero fatto temporale del ritardo o del silenzio nell'adozione del provvedimento; b) l'ingiustizia del danno non può prescindere dal riferimento alla concreta spettanza del bene sostanziale al cui conseguimento il procedimento è finalizzato (...). Tale configurazione del danno da ritardo non muta alla luce della recente sentenza dell'Adunanza Plenaria 4 maggio 2018, n. 5 (...) Come è dato osservare, l'Adunanza plenaria riconosce il danno da ritardo "a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento", ricollegandolo alla "lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale" e subordinandolo, comunque, a rigorosi oneri di allegazione e prova dell'elemento soggettivo e del nesso di causalità. Tale ricostruzione presuppone di regola, come è evidente, la natura imprenditoriale del soggetto che assume essere stato leso dal ritardo dell'amministrazione nell'emanazione del provvedimento (ancorché legittimamente di segno negativo), dovendosi invece ritenere che, negli altri casi, sia indispensabile la prova della spettanza del bene della vita cui si ricollega la posizione di interesse legittimo (Cons. St., sez. IV, 6 novembre 2018, n. 6266; sez. VI, 2 maggio 2018, n. 2624, sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 240, 23 giugno 2017, n. 3068, 2 novembre 2016, n. 4580, 6 aprile 2016, n. 1371). (...) Perché, dunque, possa parlarsi di una condotta della Pubblica Amministrazione causativa di danno da ritardo, oltre alla concorrenza degli altri elementi costitutivi della responsabilità ex art. 2043 c.c., occorre che esista, innanzi tutto, un obbligo dell'amministrazione di provvedere entro un termine definito dalla legge a fronte di una fondata posizione di interesse legittimo ad ottenere il provvedimento tardivamente emanato. E tale obbligo di provvedere sussiste, ai sensi del comma 1 dell'art. 2, l. n. 241/1990, laddove vi sia un obbligo di procedere entro un termine definito ("ove il provvedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio..."). Al contempo, deve ritenersi che – sussistendo i suddetti presupposti – il danno da ritardo, di cui all'art. 2-bis, l. n. 241/1990, può configurarsi anche nei casi in cui il procedimento debba essere avviato di ufficio (e, dunque, vi sia l'obbligo di concluderlo). Ciò si desume, oltre che da ragionevoli argomentazioni di ordine generale, dalla evidente differenza letterale tra i primi due commi dell'art. 2-bis, dove solo il secondo di essi (co. 1-bis), si riferisce espressamente al procedimento ad istanza di parte. Ma, in questo caso, occorre sia la chiara previsione normativa di un termine per l'avvio e per la conclusione del procedimento (supplendo in questo secondo caso, in difetto di previsione, il termine generale di cui all'art. 2, co. 2, l. n. 241/1990), sia l'esistenza di una posizione di interesse legittimo che, come tale, presuppone la natura provvedimentale dell'atto medesimo (Cons. St., sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 358)».

241/1990, laddove il legislatore, nell'imporre, rispetto alle domande ritenute manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate, l'adozione, in ogni caso, di un provvedimento espresso, ha, in tal guisa, inteso elevare a bene della vita la pretesa all'osservanza del termine di conclusione del procedimento, rendendola, così, meritevole di autonoma tutela risarcitoria.

In tal senso, a ben vedere, muovono la lettera e la *ratio* della norma, entrambe, altresì, consapevoli del nesso che, ormai da tempo, lega il diritto allo sviluppo economico, poiché solo buone regole agevolano la produzione della ricchezza e la sua redistribuzione⁴⁰.

Del resto, un agire amministrativo declinato in chiave moderna deve svolgere – come rimarcato dall'Adunanza Plenaria – “un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino”⁴¹.

In caso contrario, disattendendo il nitido portato della norma e della sua finalità, subentrerebbe – rievocando A.O. Hirschman – uno stato di “insoddisfazione rispetto al risultato”⁴², che, a sua volta, genererebbe “la disillusione e il conseguente allontanamento dall'arena pubblica”⁴³.

⁴⁰ Al riguardo, cfr. L. TORCHIA, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Napoli, 2016, 20-21, la quale, rilevando la continua interazione che sussiste tra fenomeni economici e fenomeni giuridici, osserva che: “Allo studio del *law in books* – concentrato sull'analisi e sull'interpretazione delle regole – si accompagna e si aggiunge sempre più frequentemente lo studio del *law in action*, volto ad esaminare i risultati, previsti o inattesi, dell'applicazione di quelle regole e le interazioni fra regolazione e realtà regolata”.

⁴¹ Cons. St., ad. plen., n. 5/2018. In senso analogo, cfr. Cons. St., sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457.

⁴² A.O. HIRSCHMAN, *Felicità privata e felicità pubblica*, Bologna, 2013, 125.

⁴³ A.O. HIRSCHMAN, *op. ult. cit.*, 123.

OBBLIGO DI PROVVEDERE E OTTEMPERANZA: DALLA GIURISPRUDENZA PALERMITANA

di Clara Napolitano

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Responsabilità dirigenziale e disciplinare: profili di differenziazione. – 3. La mancata emanazione del provvedimento entro il termine di conclusione del procedimento. – 4. Meccanismi sostitutivi *ex lege*. – 5. (*Segue*) La responsabilità del dirigente: il caso dell’ottemperanza nella giurisprudenza amministrativa palermitana. – 6. L’art. 2, legge n. 241/1990: una disposizione che si occupa dell’inadempimento “a tutto tondo”. – 7. Ipotesi per una nuova fattispecie di responsabilità dirigenziale.

1. *Introduzione*

Cristiano Celone¹ mette in luce gli innumerevoli – e, per molti versi, ancora irrisolti – profili problematici della responsabilità dirigenziale: dalla sua natura giuridica alle sanzioni comminate dal legislatore, dalle lacune normative alle incertezze giurisprudenziali, dai presupposti della responsabilità alle garanzie procedurali e processuali a partire dalla contestazione.

Vi si incontrano spunti preziosi, specie nei casi ibridi che – anche a causa di oscillazioni e incoerenze del diritto positivo – non trovano collocazione pacifica nella triade delle fattispecie di responsabilità: risultati negativi di gestione, inottemperanza alle direttive, violazione di obblighi di condotta.

Si pensi alla mancata emanazione del provvedimento entro il termine di conclusione del procedimento²: fattispecie di responsabilità che, precedentemente coperta da una disciplina positiva che espressamente la qualificava come dirigenziale, oggi è ambigua. Non solo perché – come chiarisce Celone – la disposizione generale di riferimento – l’art. 2, l.

¹ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018.

² C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 239 ss.

n. 241/1990 – è stata riformulata da ultimo nel 2012³ con l’elisione del sintagma «responsabilità dirigenziale»; ma anche perché, ancor prima, le responsabilità da attività provvedimentale sono d’incerta collocazione dogmatica.

I casi di responsabilità dirigenziale, seppur articolate in quella triade, sono accomunati dall’*accountability* del dirigente nei confronti dell’organo apicale: il quale fissa i risultati di gestione, impartisce le direttive e stabilisce gli obblighi di condotta. Pertanto, le fattispecie riguardano tutte il rapporto tra dirigente e organo apicale avvinti dalla relazione gerarchica o di direzione.

Al contrario, la mancata emanazione di un provvedimento entro il termine di conclusione del procedimento investe anzitutto il rapporto tra il plesso amministrativo nel quale il dirigente è incardinato e il privato: concerne, cioè, la relazione tra l’apparato pubblico e l’esterno.

Solo in seconda battuta, poi, questa fattispecie può concernere il rapporto tra dirigente e organo apicale: in genere la chiave di lettura sta nella responsabilità amministrativa ed erariale nei confronti della p.A. che ha dovuto risarcire il danno al privato per l’illegittima inerzia nel provvedere. Tuttavia, è ravvisabile una responsabilità dirigenziale limi-

³ Nella versione frutto delle modifiche *ex art.* 7, l. 18 giugno 2009, n. 69, l’art. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241, prevedeva al comma 9 che «La mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale»; lo stesso comma, in seguito all’intervento del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito con modificazioni dalla l. 4 aprile 2012, n. 35, recita che «La mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della *performance* individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente», sostituendo alla dicitura «responsabilità dirigenziale» quella di «responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente», foriera di nuovi interrogativi. Peraltro, il legislatore del 2012 ha irrobustito il coinvolgimento del dirigente nell’attività provvedimentale introducendo anche un comma *9-bis* nell’art. 2, l. n. 241/1990, ai sensi del quale il dirigente è investito *ex lege* – ove il non meglio precisato “organo di governo” non vi provveda – del potere sostitutivo in caso di inerzia nella emanazione del provvedimento. A ciò si aggiunga che, sempre dal 2012, ai sensi del comma 8 dell’art. 2, l. n. 241/1990, «La tutela in materia di silenzio dell’amministrazione è disciplinata dal codice del processo amministrativo, di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Le sentenze passate in giudicato che accolgono il ricorso proposto avverso il silenzio inadempimento dell’amministrazione sono trasmesse, in via telematica, alla Corte dei conti»: la trasmissione al Giudice contabile è chiaramente volta all’affermazione di una responsabilità amministrativa o erariale – se del caso – del dirigente.

tatamente all'ipotesi in cui la mancata adozione del provvedimento possa essere inquadrata in una delle tre cornici sopra indicate (come già detto: risultati negativi di gestione, inottemperanza alle direttive, violazione di obblighi di condotta). In particolare, la mancata emanazione del provvedimento può esser letta come una specificazione della «violazione di obblighi di condotta».

Nulla esclude, però, che essa sia vista quale autonoma e separata fattispecie di responsabilità dirigenziale. Una quarta tipologia⁴.

2. Responsabilità dirigenziale e disciplinare: profili di differenziazione

Questa tipologia di responsabilità, peraltro, è di difficile inquadramento anche perché la disposizione che la tipizza(va) – e cioè l'art. 2, comma 9, l. n. 241/1990, come meglio si vedrà *infra* – oggi prevede che la mancata emanazione del provvedimento sia elemento indicativo anche di una eventuale responsabilità disciplinare.

È opportuno, pertanto, un brevissimo esame delle caratteristiche che distinguono il profilo di responsabilità dirigenziale da quello più spiccatamente disciplinare⁵.

La giurisprudenza formula qui principii forse non limpidissimi, ma che comunque tracciano un confine distintivo. In linea generale, ha natura dirigenziale la responsabilità derivante da «una valutazione negativa dei risultati raggiunti dall'ufficio al quale il dirigente è preposto», mentre quella disciplinare «postula un mero inadempimento colpevole di obblighi gravanti sul dirigente»⁶: la prima è finalizzata alla rimozione

⁴ È l'interrogativo che si pone C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 245, per il quale, dalle norme relative alla mancata emanazione del provvedimento, «sembra potersi dedurre l'esistenza di una nuova ed autonoma fattispecie di responsabilità dirigenziale»; questo, però, soltanto «a meno che il rispetto del termine di conclusione di ciascun procedimento non sia inserito tra gli obiettivi operativi specifici individuati nell'atto di conferimento dell'incarico o nella direttiva emanata nel corso del rapporto».

⁵ In generale, sulle molteplici responsabilità nel pubblico impiego, v. D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche: civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998; P. GAROFOLI - A. LIBERATI (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, Milano, 2005.

⁶ Trib. Roma, sez. lav., 10 ottobre 2019, n. 8729; in proposito v. soprattutto Cass.

del dirigente dalla sua carica per inidoneità rispetto alla funzione; la seconda implica l'esistenza di un sistema sanzionatorio interno a fronte del colpevole inadempimento⁷.

La responsabilità dirigenziale non richiede l'accertamento dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa: è necessario e sufficiente che l'attività posta in essere dall'Amministrazione sia frutto delle scelte gestionali del dirigente e che il suo esito si sia rivelato inefficace e abbia, quindi, mancato gli obiettivi prefissati⁸.

civ., sez. lav., 20 ottobre 2017, n. 24905: «La responsabilità dirigenziale ex art. 21 del d.lgs. n. 165 del 2001 [...] presuppone una valutazione negativa dei risultati raggiunti dall'ufficio al quale il dirigente è preposto ed è finalizzata alla sua rimozione per inidoneità rispetto alla funzione, distinguendosi, pertanto, dalla responsabilità disciplinare, la quale postula un mero inadempimento colpevole di obblighi gravanti sul dirigente. Ne consegue che l'«inosservanza delle direttive imputabili al dirigente», ancorché astrattamente riconducibile ad entrambe le forme di responsabilità, assumerà valenza esclusivamente disciplinare ove la p.A. ritenga [...] di sanzionare la violazione in sé, e andrà, invece, ricondotta alla responsabilità dirigenziale qualora la violazione, riguardando una direttiva strumentale al perseguimento dell'obiettivo assegnato al dirigente, finisca per incidere sulle prestazioni richieste a quest'ultimo ed alla struttura da lui diretta».

⁷ V. TENORE, *Profili ricostruttivi della responsabilità dirigenziale nel pubblico impiego*, in *Giust. civ.*, n. 7-8/2013, 325 ss.: «questa responsabilità [disciplinare, n.d.r.] si distingue da quella dirigenziale “da risultato” prevista dall'art. 21 d.lgs., cit. [n. 165/2001, n.d.r.] analizzata nei precedenti paragrafi, sia sotto il profilo dell'elemento oggettivo (inadempimento contrattuale, in caso di responsabilità disciplinare, e mancato raggiungimento degli obiettivi della gestione, in caso di responsabilità dirigenziale), sia sotto il profilo dell'elemento psicologico (dolo o colpa, in caso di responsabilità disciplinare, e responsabilità molto vicina a quella c.d. “oggettiva” nell'altro caso, pur dovendosi sempre valutare l'imputabilità al dirigente del mancato risultato, confutando la colpa presunta in capo allo stesso), sia sotto il profilo dell'onere della prova (per quella disciplinare l'onere della prova è sul datore, per quella dirigenziale è il dirigente a dover provare la non imputabilità alla sua sfera soggettiva, della mancanza contestata)».

⁸ Obiettivi che devono essere anticipatamente conosciuti dal dirigente, in tempo utile per orientare la propria attività gestionale. In mancanza di questa informativa, il dirigente illegittimamente revocato potrebbe anche aver diritto a un risarcimento in via equitativa del danno da perdita di *chance*, intesa quale perdita della possibile remunerazione premiale. V. in proposito Cass. civ., sez. lav., 12 aprile 2017, n. 9392: «Nell'ipotesi di accertata illegittimità del procedimento di valutazione negativa di un dirigente pubblico per il mancato raggiungimento degli obiettivi – nella specie, per tardiva indicazione degli stessi rispetto al periodo in cui avrebbero dovuti essere perseguiti – non compete un risarcimento automaticamente commisurato all'indennità di risultato non percepita, in quanto il giudice ordinario non può sostituirsi all'organo deputato alla verifica

La responsabilità dirigenziale non consegue, peraltro, alla valutazione negativa del singolo provvedimento o di una determinata attività del settore cui il dirigente è preposto: si guarda, piuttosto, ai risultati conseguiti nel loro complesso dalla struttura che egli dirige. Ciò rende la responsabilità dirigenziale piuttosto sfuggente nei suoi contorni: non è violazione di un precetto normativo, non s'individuano condotte tipiche e punibili, né è richiesto l'elemento soggettivo. Ricorre, invece, quando il dirigente non abbia conseguito obiettivi fissati in apposite direttive o non abbia raggiunto risultati positivi di gestione.

Peraltro, la distinzione tra le responsabilità dirigenziale e disciplinare non comporta che queste siano fra loro incompatibili e debbano quindi escludersi reciprocamente: una medesima condotta del dirigente può condurre infatti a entrambe le responsabilità, tra loro legate da un «indissolubile intreccio»⁹.

dei risultati che ne condizionano l'erogazione, ma, ove ritualmente richiesto, non può essere escluso il danno da perdita di "chance", dimostrabile anche per presunzioni e con liquidazione necessariamente equitativa».

⁹ In tal caso, però, l'Amministrazione deve contestare entrambe le responsabilità al dirigente tramite la procedura, più garantista e partecipata, prevista per la responsabilità dirigenziale. È necessario, dunque, richiedere il parere del Comitato dei garanti. Viceversa, se la condotta del dipendente pubblico è rilevante sotto il solo profilo disciplinare, la sanzione può essergli irrogata anche senza il previo parere del Comitato. In tal senso, Cass. civ., sez. lav., 10 dicembre 2019, n. 32258: «In tema di dirigenza pubblica, il previo conforme parere del Comitato dei Garanti, previsto dagli artt. 21 e 22 del d.lgs. n. 165 del 2001 per il personale statale – disposizione non derogabile dalla contrattazione collettiva ed estensibile anche alle pubbliche amministrazioni non statali in forza della norma di adeguamento di cui all'art. 27, comma 1, dello stesso decreto – riguarda le sole ipotesi di responsabilità dirigenziale, conseguente al mancato raggiungimento degli obiettivi e alla grave inosservanza delle direttive impartite dall'organo competente, e non è quindi estensibile alla responsabilità tipicamente disciplinare, correlata al colpevole inadempimento degli obblighi gravanti sul prestatore di lavoro, tranne nel caso in cui vi sia un indissolubile intreccio tra i due tipi di responsabilità. Ne consegue che, ove siano contestate mancanze di rilevanza esclusivamente disciplinare, la sanzione può legittimamente essere irrogata anche in assenza di detto parere ovvero con parere negativo. (Nella specie, la S.C. ha casato con rinvio la decisione con cui il giudice di merito aveva ritenuto illegittimo il licenziamento di un dirigente sanitario, siccome non preceduto dal parere del Comitato dei Garanti, senza previamente accertare la natura della responsabilità contestatagli)».

3. La mancata emanazione del provvedimento entro il termine di conclusione del procedimento

Viene quindi all'esame il caso della mancata adozione del provvedimento entro il termine di conclusione del procedimento.

È noto che il decorso del termine non priva l'Amministrazione del potere¹⁰ di provvedere, per definizione inesauribile¹¹, stante la sua funzionalizzazione al conseguimento di uno o più interessi pubblici connessi (tra loro o con gli interessi privati) in modo dinamico¹² e variabile.

Ciò non toglie – come altrettanto noto – che l'inerzia amministrativa

¹⁰ Sulla nozione di potere doveroso, e in particolare sulla posizione servente del potere rispetto al dovere, nel senso che è il primo a esser integralmente funzionale al secondo, cfr. almeno G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

¹¹ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018. L'A. rileva le problematicità del potere amministrativo e del dogma della sua inesauribilità a fronte delle fattispecie di riesame, di riesercizio del potere a seguito di annullamento giurisdizionale del provvedimento, di esercizio tardivo a seguito di inerzia. In particolare, per ciò che concerne la perpetua esistenza del potere anche decorso il termine per provvedere, l'A. afferma che il dogma della «inesauribilità non comporta soltanto che il potere sopravvive al suo esercizio, ma anche che il decorso del tempo, combinato con l'inerzia dell'amministrazione, non lo estingue» (58). È quanto accade in una ricca produzione giurisprudenziale esaminata, tra cui quella in materia di vigilanza urbanistico-edilizia, laddove spesso l'ordine di demolizione del manufatto è adottato dopo un lungo turno di tempo dall'accertamento dell'abuso. Ciò non toglie, però, che l'Amministrazione possa (e debba) provvedervi: resistendo, di contro, solo un affidamento incolpevole del privato consolidatosi nel tempo, a fronte del quale quel potere non si esaurisce ma il suo esercizio richiede una motivazione più pervasiva. Questa è peraltro l'impostazione fatta propria da Cons. St., Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 9, per il quale «non sarebbe in alcun modo concepibile l'idea stessa di connettere al decorso del tempo e all'inerzia dell'amministrazione la sostanziale perdita del potere di contrastare il grave fenomeno dell'abusivismo edilizio», sicché «il decorso del tempo dal momento del commesso abuso non priva giammai l'amministrazione del potere di adottare l'ordine di demolizione, configurando piuttosto specifiche – e diverse – conseguenze in termini di responsabilità in capo al dirigente o al funzionario responsabili dell'omissione o del ritardo nell'adozione di un atto che è e resta doveroso nonostante il decorso del tempo». V. in proposito, *ex multis*, anche Cons. St., sez. IV, 28 febbraio 2017, n. 908; sez. VI, 10 maggio 2016, n. 1774; sez. VI, 11 dicembre 2013, n. 5943; sez. V, 11 luglio 2014, n. 4892; sez. IV, 4 maggio 2012, n. 2592.

¹² E. FOLLIERI, *Il rapporto giuridico amministrativo dinamico*, in *Giustamm.it*, 12/2017.

sia una fonte d'incertezza che il sistema ordinamentale combatte sia sotto il profilo processuale, tramite l'azione avverso il silenzio inadempimento¹³, sia sotto quello sostanziale, mediante l'approntamento di meccanismi sostitutivi interni al disegno organizzativo della p.A.¹⁴.

La mancata adozione del provvedimento entro il termine di conclusione procedimentale può peraltro sfociare anche nell'emanazione di un atto tardivo: le domande di tutela giurisdizionale avverso entrambe le fattispecie si accompagnano, non di rado, a richieste risarcitorie per i danni provocati dall'Amministrazione (ir)responsabile¹⁵. La giurispru-

¹³ M. D'ORSOGNA, *La tutela "avverso" il silenzio della p.A.*, in A. ZITO - D. DE CAROLIS (a cura di), *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, Milano, 2003; M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2014, 709 ss.; N. POSTERARO, *Riflessioni a proposito del rito avverso il silenzio inadempimento*, in *Foro amm.*, n. 4/2017, 793 ss.

¹⁴ A questo proposito v., da ultimo, S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, 2017, spec. 324 ss.: l'A. mette in luce l'esistenza di rimedi preventivi e successivi alla violazione del termine per provvedere. I primi sono diretti a evitare il prodursi di effetti pregiudizievoli connessi all'inerzia: si tratta delle ipotesi di silenzio significativo, per le quali l'ordinamento prevede che al silenzio serbato oltre la scadenza del termine per provvedere sia attribuito un significato. Il rimedio semplificato ha provocato più di qualche incertezza. In proposito, v. P.L. PORTALURI, *Note sulla semplificazione per silentium (con qualche complicazione)*, in *Nuove Autonomie*, n. 3-4/2008, 657 ss.; M.A. SANDULLI, *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove auton.*, n. 3/2012, 435 ss.; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Milano, 1985; M. OCCHIENA - F. SAITTA, *Il silenzio significativo come misura di semplificazione dell'attività edilizia: dubbi e prospettive*, in *Riv. giur. urb.*, n. 1-2/2012, 161 ss.; M.C. CAVALLARO, *Brevi riflessioni sulla natura giuridica del silenzio significativo*, in *Foro amm. Tar*, n. 11/2009, 3196 ss.

Tra i rimedi successivi si annoverano i meccanismi sostitutivi all'interno dell'organizzazione amministrativa, il ricorso avverso il silenzio inadempimento con correlativa responsabilità risarcitoria della p.A., nonché l'indennizzo da ritardo nella conclusione dei procedimenti a istanza di parte. V. in proposito, sotto diversi aspetti, tra gli altri, F. PATRONI GRIFFI, *La responsabilità dell'Amministrazione: danno da ritardo e class action*, in *Federalismi.it*, 2009; A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 227 ss.; F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 239 ss.; G. MARI (a cura di), *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla relativa violazione*, in M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, 107 ss.

¹⁵ Il danno da ritardo presenta plurimi profili problematici. Uno di questi è la sua

denza limita le conseguenze negative per l'erario pubblico rigettando le richieste risarcitorie avverso i provvedimenti tardivi, laddove queste non presuppongano uno scrutinio positivo circa la spettanza del bene¹⁶, an-

natura contrattuale o aquiliana. In proposito, M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 2018, 800 ss.: «Dopo le iniziali incertezze oggi parrebbe acquisita la consapevolezza del fatto che la disciplina dei termini procedurali tutela un bene autonomo rispetto a quello inerente alla positiva conclusione del procedimento, consistente nel cosiddetto diritto al termine (v., da ultimo, la direttiva del Dipartimento della funzione pubblica 9 gennaio 2014, recante linee guida sull'applicazione dell'art. 28, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98). Ciò nonostante l'art. 2 *bis* l. 7 agosto 1990, n. 241 utilizza un linguaggio («danno ingiusto», «inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento») che riflette l'erronea adozione, in tema di danno da ritardo, di un paradigma aquiliano, il quale pare inappropriato in presenza di norme che vincolano, senza residui margini di discrezionalità, la pubblica amministrazione al rispetto di precise tempistiche. Inoltre, da un punto di vista più generale, non si può non riscontrare come in un ordinamento coerente e «pacificato» la risarcibilità del danno da ritardo (insieme al tipo di paradigma cui essa va ricondotta) dovrebbe desumersi dal sistema, anziché essere riconosciuta da una norma ad hoc, la quale peraltro inevitabilmente sollecita il dubbio che per le violazioni degli ulteriori obblighi procedurali sanciti dalla l. n. 241, cit. possano sussistere zone di irresponsabilità» (815).

¹⁶ Il principio è stato statuito da Cons. St., ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7. L'accoglimento della richiesta risarcitoria per la violazione del termine di conclusione del procedimento è subordinato spesso al giudizio sulla spettanza del bene della vita: la giurisprudenza, in altre parole, non monetizza il semplice valore del decorso (seppur inutile) del termine del procedimento; il tempo, di per sé, non avrebbe valore economicamente valutabile. V. per esempio Tar Campania, Napoli, sez. VII, 3 gennaio 2020, n. 21: «Il risarcimento del danno da ritardo, relativo ad un interesse legittimo pretensivo, non può essere avulso da una valutazione concernente la spettanza del bene della vita e deve essere subordinato, tra l'altro, anche alla dimostrazione della spettanza definitiva del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse. Dunque, il mero ritardo nell'adozione del provvedimento non giustifica, di per sé, il riconoscimento di un danno risarcibile»; ciò in quanto, come conferma anche Tar Veneto, sez. II, 10 dicembre 2019, n. 1329, il danno non si verifica «come effetto del ritardo in sé e per sé, bensì per il fatto che la condotta inerte o tardiva dell'amministrazione sia stata causa di un danno altrimenti prodottosi nella sfera giuridica del privato che, con la propria istanza, ha dato avvio al procedimento amministrativo. Il riconoscimento del danno da ritardo, relativo ad un interesse legittimo pretensivo, non è avulso da una valutazione di merito della spettanza del bene sostanziale della vita e, dunque, dalla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento fosse probabilmente destinata ad un esito favorevole, posto che l'ingiustizia e la sussistenza del danno non possono presumersi *iuris tantum* in relazione

che se un orientamento giurisprudenziale¹⁷ valorizza anche i diritti pro-

al mero fatto temporale del ritardo o del silenzio nell'adozione del provvedimento». Nello stesso senso anche, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 2 dicembre 2019, n. 8235, per il quale la risarcibilità «presuppone la spettanza sostanziale *ab initio* del bene della vita, solo tardivamente riconosciuto dall'Amministrazione, e l'ascrivibilità del ritardo ad una condotta colpevole (in quanto dolosa o gravemente colposa) dell'Autorità». In dottrina v. M. CLARICH - G. FONDERICO, *La responsabilità da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. app.*, n. 1/2006, i quali sostengono il riconoscimento del c.d. danno da impedimento, ravvisabile nell'ostacolo al godimento *medio tempore* del bene, poiché «al privato richiedente va comunque riconosciuto l'interesse a conoscere le cause ostative ad una valutazione positiva, implicito presupposto del diniego silenzioso (integrazioni documentali o sopravvenienza di norme restrittive e/o impeditive di salvaguardia o a regime), le ragioni di eventuali interruzioni nel provvedere, in special modo dopo l'introduzione della tutela risarcitoria per la lesione degli interessi legittimi pretensivi (risarcibilità del danno da impedimento, cfr. Cons. St., ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7)» (così, Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 20 febbraio 2007, n. 167).

¹⁷ Tar Puglia, Bari, sez. I, 23 novembre 2017, n. 1194: «A seguito dell'introduzione dell'art. 2 *bis* legge n. 241/1990, che ha espressamente riconosciuto la risarcibilità del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, sono affiorate, sia pure in maniera non incontrastata, sempre più ampie aperture giurisprudenziali a favore del riconoscimento delle istanze risarcitorie legate dalla tardiva emanazione di un provvedimento autoritativo, a prescindere dal suo contenuto favorevole, così lumeggiandosi una concezione del tempo quale autonomo bene della vita su cui il privato deve poter fare ragionevole affidamento al fine di orientare la propria libertà economica, indipendentemente dall'acquisizione del bene della vita reclamato. Tuttavia i precedenti giurisprudenziali, pur dando atto dell'autonoma risarcibilità del danno da ritardo, hanno anche pacificamente rimarcato la necessità del rigoroso accertamento in sede giudiziale di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria, in prevalenza ricondotta nell'alveo della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.».

Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 28 novembre 2014, n. 473: «Sussiste la responsabilità della p.a. per danno da ritardo anche qualora la p.a. legittimamente non riconosca al richiedente il bene della vita poiché il danno da ritardo tutela in sé il bene della vita inerente alla certezza, quanto al fattore tempo, dei rapporti giuridici che vedono come parte la p.a., stante la ricaduta che il ritardo a provvedere può avere sullo svolgimento di attività e di iniziative economiche condizionate alla valutazione positiva della stessa». Secondo il Tribunale amministrativo abruzzese, «la fattispecie risarcitoria del danno da ritardo a provvedere tutela in sé il bene della vita inerente alla certezza, quanto al fattore tempo, dei rapporti giuridici che vedono come parte la pubblica Amministrazione, stante la ricaduta che il ritardo a provvedere può avere sullo svolgimento di attività e di iniziative economiche condizionate alla valutazione positiva della stessa» (in termini Cons. St., sez. III, 30 aprile 2014, n. 2279; Cons. St., sez. III, 31 gennaio 2014, n. 468). Il Tar

cedimentali dei privati e gli obblighi che nascono, per converso, in capo all'Amministrazione quanto al rispetto delle disposizioni di tipo procedurale, anche quando queste concernano il termine di conclusione del procedimento¹⁸: è una giurisprudenza che dunque attribuisce valore economico non soltanto al tempo perso dal privato nell'attesa vana di una risposta da parte della pubblica Amministrazione, ma anche all'osservanza delle norme cc.dd. formali, le cui violazioni sono state peraltro ridotte¹⁹ a meri vizi che non inficiano la validità dell'atto²⁰ da parte di

specifica inoltre che «il ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo ed il mancato rispetto dei tempi certi del procedimento rappresentano un danno “ingiusto” e, sul piano economico, un costo “illegittimo”, perché incide sulle prospettive, le aspettative e le scelte dei privati [...]».

¹⁸ Per M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'Amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 3/2005, 557 ss., «I diritti procedimentali si identificano dunque con una serie di garanzie formali o di natura processuale (riconducibili ai «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.) il cui substrato materiale è rappresentato non soltanto dal bene della vita che il soggetto privato confida di mantenere o di ottenere in seguito alla decisione finale dell'amministrazione, ma prima ancora da un'utilità autonoma che è svincolata dalla c.d. spettanza della pretesa sostanziale avanzata dal privato in ordine al contenuto del provvedimento amministrativo. In altre parole, gli interessi protetti dall'ordinamento nel riconoscere ai soggetti privati la titolarità di diritti procedimentali non si risolvono in meri interessi strumentali all'esito sostanziale della procedura, ma hanno in radice un rilievo loro proprio e autonomo, legandosi anche a beni della vita diversi da – seppure connessi a – quelli protetti attraverso la situazione soggettiva dell'interesse legittimo. Si potrebbe quindi asserire, tornando sul versante della pubblica amministrazione e utilizzando le più note categorie civilistiche, che gli obblighi procedimentali da una parte sono “obblighi di mezzi”, con riferimento all'esito conclusivo della procedura, ma dall'altra sono nondimeno “obblighi di risultato”, con riferimento a beni della vita fondamentali come quelli protetti nell'ordinamento da tutti i diritti di informazione, i diritti al contraddittorio, i diritti alla certezza giuridica, i diritti a una ragionevole durata dei processi, e via dicendo».

¹⁹ Sulla lettura sostanzialista degli obblighi procedimentali e dei vizi del provvedimento adottato in loro violazione, non annullabile ai sensi dell'art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241/1990, v'è una vasta bibliografia. Si consenta qui di rinviare, per tutti, a M. MAZZAMUTO, *Dalla dequotazione dei vizi «formali» alla dequotazione dei vizi «sostanziali», ovvero della dequotazione tout court della tutela costitutiva (a proposito di una recente ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria)*, in *Giustamm.it*, 2015, il quale affronta criticamente il tema dei rapporti tra tutela costitutiva e tutela risarcitoria nella giustizia amministrativa a fronte della monetizzazione del pregiudizio subito dal privato per la violazione di regole procedurali pubblicistiche.

una lettura sostanzialista delle norme sul procedimento e sul provvedimento.

Ma il *punctum dolens*, al di là della rilevanza all'esterno in termini di validità o meno del provvedimento tardivo (o dell'illegittimità del silenzio inadempimento), sta nella necessità di delineare il tipo di responsabilità che si genera in capo al dirigente. Vero è che, oggi, l'art. 2, comma 9, l. n. 241/1990 non parla più di «responsabilità dirigenziale» per mancata emanazione del provvedimento entro il termine di conclusione del procedimento. Tuttavia non può escludersi una responsabilità ancora imputabile al dirigente: conforta questa tesi proprio quella disposizione, la quale comunque fa riferimento alla «responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente»²¹.

²⁰ V. in proposito D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2007, 385 ss.; A. FABRI, *Natura sostanziale o processuale del divieto di annullamento per vizi formali o procedurali*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2008, 1045 ss.; v. anche F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giustamm.it*, n. 4/2005. Secondo gli AA. la natura sostanziale della categoria della "non annullabilità" del provvedimento viziato per violazione di disposizioni procedurali e formali trova conferma nella formulazione dell'art. 21-*nonies* sull'annullamento d'ufficio già nella sua formulazione ante riforma del 2014 (per opera del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, c.d. Sblocca Italia, conv. con l. n. 11 novembre 2014, n. 164): il legislatore ha usato promiscuamente i termini "annullabile" (nel 21-*octies*) e "illegittimo" (nel 21-*nonies*), tuttavia il combinato disposto dei due articoli, letto alla luce del principio di non contraddizione, conduceva già allora ad affermare che il provvedimento, per essere annullato anche in via di autotutela, avrebbe dovuto essere illegittimo ai sensi dell'art. 21-*octies* e cioè dal punto di vista sostanziale. Sul punto v. anche F. FRACCHIA, *Vizi formali, semplificazione procedimentale, silenzio-assenso e irregolarità*, in *Dir. econ.*, 2002, 429 ss. Sulla categoria della "inannullabilità" del provvedimento v. anche A. CARBONE, *Il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio e l'inannullabilità dell'atto amministrativo*, in A. RALLO - A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Atti del convegno dell'8-9 aprile 2016, Università degli studi del Molise, Napoli, 2016.

²¹ In materia di appalti, una formulazione molto simile – che fa riferimento alla «responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto» per la mancata stipulazione del contratto entro sessanta giorni dall'adozione dell'aggiudicazione efficace – è oggi prevista dall'art. 32, co. 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, così modificato e integrato dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. decreto Semplificazioni). La disposizione è indicativa di una rinnovata attenzione al rispetto delle tempistiche procedurali, la mancanza del quale è addebitata al dirigente.

4. Meccanismi sostitutivi ex lege

Guardiamo anzitutto alla fisiologia del sistema. È noto che la legge sul procedimento impone, per ciascun procedimento, d'individuare un *responsabile*, i cui compiti sono disciplinati dagli artt. 5 e 6, l. n. 241/1990. Costui non è, necessariamente, responsabile anche dell'adozione del provvedimento finale: anzi, normalmente i due ruoli sono rivestiti da soggetti differenti. Fanno eccezione a questa prassi le realtà amministrative piccole o medio-piccole²².

Ora, quando la responsabilità per l'adozione del provvedimento ricade su un soggetto diverso dal dirigente, le opzioni normative in caso di ritardo o di inerzia sono diverse.

Anzitutto, nel caso di inerzia del soggetto competente ad adottare il provvedimento, il diritto positivo – l'art. 2, commi *9-bis*, *9-ter* e *9-quater*, l. n. 241/1990²³ – prevede un meccanismo di sostituzione automatica.

²² Rileva bene C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 244, che «Il dirigente di un ufficio può non essere, infatti, responsabile del procedimento, e normalmente non lo è nelle amministrazioni statali e regionali e in quelle comunali medio-grandi, provvedendo di solito ad assegnare ad altro dipendente la responsabilità dei singoli procedimenti».

²³ Se ne riporta qui il contenuto per comodità di lettura. Art. 2, l. n. 241/1990 «[...] *9-bis*. L'organo di governo individua, nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione, il soggetto cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia. Nell'ipotesi di omessa individuazione il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o in mancanza al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione. Per ciascun procedimento, sul sito internet istituzionale dell'amministrazione è pubblicata, in formato tabellare e con collegamento ben visibile nella homepage, l'indicazione del soggetto a cui è attribuito il potere sostitutivo e a cui l'interessato può rivolgersi ai sensi e per gli effetti del comma *9-ter*. Tale soggetto, in caso di ritardo, comunica senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del proprio ordinamento e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, e, in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni del presente comma, assume la sua medesima responsabilità oltre a quella propria.

9-ter. Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il privato può rivolgersi al responsabile di cui al comma *9-bis* perché, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concluda il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario.

9-quater. Il responsabile individuato ai sensi del comma *9-bis*, entro il 30 gennaio di

Il responsabile della sostituzione deve essere nominato dall'organo di governo di ciascuna Amministrazione nell'ambito delle figure apicali. L'individuazione dev'esser fatta per categorie di procedimenti e prima del (e indipendentemente dal) verificarsi di una specifica ipotesi di inerzia. Il potere sostitutivo – ove non sia stato individuato appositamente un soggetto afferente all'organizzazione amministrativa – è attribuito al dirigente generale o, in assenza, al dirigente preposto all'ufficio o comunque al funzionario di più elevato livello presente nell'Amministrazione²⁴.

Il soggetto al quale sono stati affidati i poteri sostitutivi deve essere reso noto e pubblicato, con congrua evidenziazione, sul sito istituzionale dell'Amministrazione, con l'indicazione di un indirizzo di posta elettronica dedicata al quale il privato interessato possa scrivere per chiedere l'intervento sostitutivo. Adeguata pubblicità deve essere data anche ai nominativi di coloro che sono stati individuati dalla norma come titolari del potere sostitutivo in caso di omessa indicazione da parte dell'organo di governo (dirigente generale o, in mancanza, dirigente preposto all'ufficio o, ancora, in mancanza funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione).

In mancanza di nomina, come detto, il potere sostitutivo ricade *ex lege* sul dirigente. Si tratta di una previsione residuale *ex art. 5, l. n. 241/1990*²⁵: disposizione che – in combinato disposto con l'art. 21-

ogni anno, comunica all'organo di governo, i procedimenti, suddivisi per tipologia e strutture amministrative competenti, nei quali non è stato rispettato il termine di conclusione previsti dalla legge o dai regolamenti. Le Amministrazioni provvedono all'attuazione del presente comma, con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica».

²⁴ Sottolinea S. VERNILE, *Il provvedimento ...*, cit., 329, che così la soluzione al malfunzionamento dell'amministrazione è ricercata al suo interno mediante la sostituzione dell'organo inadempiente.

²⁵ Anche qui se ne riporta il testo. Art. 5: «1. Il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità della istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale. 2. Fino a quando non sia effettuata l'assegnazione di cui al comma 1, è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto alla unità organizzativa determinata a norma del comma 1 dell'articolo 4. 3. L'unità organizzativa competente e il nominativo del responsabile del procedimento sono comunicati ai soggetti di cui all'articolo 7 e, a richiesta, a chiunque vi abbia interesse».

octies, co. 2, l. n. 241/1990 – consente al giudice di accertare la legittimità di provvedimenti privi di un responsabile del procedimento²⁶.

Quando tuttavia questi meccanismi sostitutivi interni non siano efficaci, e dunque il termine di conclusione del procedimento scada comunque infruttuosamente, al privato non resta che ricorrere al Giudice amministrativo. Il quale delibererà l'illegittimità dell'inerzia, condannando l'Amministrazione al risarcimento eventualmente domandato dal ricorrente.

²⁶ Per esempio, Tar Lazio, Roma, sez. I, 6 novembre 2014, n. 11150: «Quanto all'asserita mancata nomina del responsabile del procedimento, occorre osservare che ciò non determina un vuoto procedimentale o l'illegittimità del provvedimento conclusivo, potendosi applicare – al caso di specie – la norma suppletiva dettata dall'art. 5 della legge n. 241/1990, secondo la quale il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità dell'istruttoria relativa al singolo procedimento e, fino a quando non sia effettuata tale assegnazione, egli è considerato responsabile del procedimento (Cfr. Tar Piemonte, Torino, sez. I, 26 febbraio 2011, n. 216; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 14 dicembre 2009, n. 5329; Tar Lazio, Roma, sez. II *bis*, 16 maggio 2007, n. 4563)».

Nello stesso senso v. Tar Campania, Napoli, sez. VI, 20 febbraio 2017, n. 998, in materia di ordinanza di demolizione: «il provvedimento avverso non è inficiato dalla mancata indicazione del responsabile del procedimento, come già affermato da questo Tribunale (cfr. la sentenza del 30 giugno 2016 n. 3314, per la quale l'omessa menzione “costituisce al più una mera irregolarità non in grado da sola di invalidare il provvedimento finale, posto che la relativa responsabilità si radica in capo al dirigente dell'ufficio”)».

Ancora, Tar Liguria, Genova, sez. I, 19 ottobre 2007, n. 1766: «l'art. 5 della legge n. 241/1990 cit., nello scindere concettualmente la responsabilità per l'adozione del provvedimento finale dalla responsabilità dell'istruttoria e di tutta l'attività prodromica all'emanazione del provvedimento stesso, contempla come ordinaria la possibilità sia che i due profili facciano capo a soggetti diversi, sia che la competenza istruttoria e quella ad adottare il provvedimento finale coincidano nella medesima persona fisica: la prima evenienza ricorre ogniqualvolta il titolare dell'ufficio assegni ad altro dipendente la sola responsabilità del procedimento, mentre la seconda implica che la designazione del responsabile del procedimento ad opera del dirigente contenga altresì l'assegnazione – prevista dalla legge come eventuale – della responsabilità di adottare il provvedimento finale».

5. (Segue) *La responsabilità del dirigente: il caso dell'ottemperanza nella giurisprudenza amministrativa palermitana*

In quest'ultimo caso, l'art. 2, l. n. 241/1990, prevede, per un verso, la trasmissione alla Corte dei conti della sentenza che abbia accolto il ricorso avverso il silenzio inadempimento dell'Amministrazione (comma 8); per altro verso, che la mancata o tardiva emanazione del provvedimento è elemento di «responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente».

Ciò presuppone che il Giudice abbia riconosciuto nella singola fattispecie sottoposta al suo vaglio l'esistenza di un obbligo di provvedere in capo alla p.A.: o perché essa vi era vincolata da una specifica norma o perché il procedimento era stato avviato su istanza di parte e trovava dunque applicazione il generale paradigma dell'obbligo di concludere il procedimento con provvedimento espresso.

È tuttavia interessante una peculiare applicazione di questo paradigma che è stata fatta dalla giurisprudenza palermitana²⁷ in sede di ottemperanza.

Il caso: un privato propone ricorso contro il Ministero della Salute chiedendone la condanna per danno da trasfusione ematica; in sede di cognizione il Ministero soccombe con sentenza non appellata e passata in giudicato. L'Amministrazione, tuttavia, non adempie alla condanna, costringendo così il ricorrente ad adire il giudice amministrativo palermitano in sede di ottemperanza.

Il TAR accoglie il ricorso a seguito di un'istruttoria documentale sufficiente a verificare che alla condanna non ha fatto seguito alcun pagamento del Ministero, il quale a sua volta nulla ha controdedotto circa il mancato adempimento: è quindi nominato un commissario *ad acta* col compito di provvedere alla liquidazione del danno.

V'è tuttavia un punto che suscita qualche riflessione: il giudice dispone infatti la trasmissione di copia della sentenza alla Procura della Corte dei Conti, in attuazione dell'art. 2, comma 8, l. n. 241/1990²⁸; ma

²⁷ Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 26 luglio 2018, n. 1651; la pronuncia è preceduta da altre dello stesso tenore: v. Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 26 ottobre 2016, n. 2458; Id., sez. III, 26 marzo 2015, n. 746.

²⁸ La trasmissione è prodromica all'instaurazione di un eventuale giudizio per responsabilità amministrativo-contabile del funzionario responsabile. V. in proposito V.

soprattutto, ne dispone la trasmissione anche «al Segretario Generale del Ministero della Salute, per le valutazioni di competenza correlate ai possibili profili di responsabilità disciplinare ovvero dirigenziale di personale del Ministero stesso; in tal senso resta rimessa al predetto organo ministeriale la valutazione della *performance* del personale dirigenziale responsabile della omessa ottemperanza alla sentenza per cui è causa, e ciò in sostanziale conformità con quanto previsto dall'art. 2, comma 9, l. n. 241/1990 cit. in ordine alle fattispecie di “mancata o tardiva emanazione del provvedimento” dovuto».

Ora, per un verso, la possibile instaurazione di un giudizio contabile per responsabilità amministrativa sottopone il comportamento del funzionario al vaglio della Corte dei conti: con tutto ciò che ne consegue in termini di valutazione della fattispecie e, soprattutto, di gravità della colpa²⁹ o del dolo nel *non* provvedere³⁰ in attuazione della decisione

RAELI, *Lezioni di contabilità pubblica. La responsabilità amministrativa e contabile*, Tomo I, Bari, 2018.

²⁹ È noto che l'elemento soggettivo della responsabilità dinanzi al Giudice contabile è costituito dal dolo e dalla colpa grave. Lo conferma la giurisprudenza della Corte dei conti, nella quale si segnala – per approfondita disamina della fattispecie – una sentenza che attribuisce la responsabilità al dirigente regionale per la mancata proroga del servizio di raccolta differenziata nel Comune di Santa Maria C.V. In quella pronuncia – Corte dei conti, I sez. giurisd. centr. di appello, 19 dicembre 2011, n. 564 – il Giudice condanna il Dirigente per aver tenuto una condotta connotata da «una negligenza di particolare intensità» la quale ha «causato un nocumento certo e concreto all'ente locale di riferimento». Il dirigente, invero, è stato condannato per «non avere posto in essere adeguate iniziative, finalizzate a consentire la prosecuzione del servizio di R.D. [raccolta differenziata, n.d.r.] dopo la fase iniziale, a reperire le necessarie risorse, o almeno a segnalare ai componenti della giunta municipale le conseguenze delle gravi decisioni che essi andavano ad assumere».

³⁰ Lo scrutinio della Corte dei conti è molto pervasivo nella valutazione del comportamento del dirigente ai fini della sua responsabilità erariale. Non è sufficiente che il dirigente si attivi formalmente, per esempio, per il raggiungimento di specifici obiettivi: poiché quelle azioni potrebbero tradursi in una «infeconda solerzia operativa» ed essere, pertanto, ugualmente generatrici di una responsabilità per colpa grave. È quanto accaduto nella fattispecie di cui alla sentenza Corte dei conti, sez. giurisd., Sicilia, 28 gennaio 2011, n. 282, in relazione alla rideterminazione di sedi farmaceutiche in attuazione di una nuova pianta organica delle farmacie. Nello specifico, una farmacia – pur decentrata dalla nuova pianta organica – continuava a svolgere la sua attività nella sede precedente; il titolare della farmacia concorrente aveva pertanto sollecitato sia l'Assessorato regionale, sia la Dirigenza USL competente, ad adottare i provvedimenti necessari per

giurisdizionale. Peraltro è appena il caso di segnalare che la responsabilità dirigenziale – anche in caso di mancata emanazione del provvedimento – non comporta automaticamente quella erariale.

Questa sentenza, in altre parole, assimila la fattispecie di responsabilità del dirigente per mancata adozione del provvedimento *ex art. 2*, comma 9, l. n. 241/1990, alla responsabilità per mancata ottemperanza al giudicato.

6. *L'art. 2, l. n. 241/1990 come disposizione che si occupa dell'inadempimento "a tutto tondo"*

Questa decisione potrebbe lasciar perplessi ove si muovesse dall'assunto che l'ottemperanza è fattispecie di attività amministrativa *processuale*, alla quale il Tar palermitano avrebbe "adattato" una norma sostanziale, e cioè l'art. 2 citato.

Tuttavia – ed è questa la lettura che qui si dà di questa pronuncia – l'art. 2, l. n. 241/1990 è, sì, disposizione di natura *sostanziale*, inalveata nella legge sul procedimento amministrativo; ma non appare errata applicarla all'ottemperanza, trattandosi, a ben vedere, di giurisdizione di merito.

Si pensi, d'altra parte, a quella giurisprudenza costituzionale per la quale «il contenuto tipico della pronuncia giurisdizionale è proprio quello di esprimere la volontà concreta della legge o, più esattamente, la "normativa per il caso concreto" che deve essere attuata nella vicenda

coartare lo spostamento. All'inerzia dell'Amministrazione, il privato adiva il Tar ottenendo dapprima una condanna della p.A. a provvedere e poi, con secondo giudizio, il risarcimento del danno per il mancato guadagno fino al momento dello spostamento del suo concorrente. La sentenza era poi trasmessa al Giudice contabile per la valutazione della responsabilità erariale.

La Corte rileva che «la condotta sostanzialmente omissiva che ha generato il danno erariale è quella del dirigente dell'unità organizzativa che, nell'ambito dell'Amministrazione regionale, era investita delle competenze per il servizio farmaceutico»; e ancora «dietro l'apparenza di una fattiva operosità vi è stata una sostanziale immobilità operativa»; infine che «Le iniziative in concreto assunte, invece, seppur all'apparenza connotate da sufficiente tempismo, erano del tutto inadeguate rispetto all'obiettivo di portare ad esecuzione il provvedimento». Ne è conseguita la condanna del dirigente, responsabile per colpa grave.

sottoposta a giudizio. Tutto ciò comporta innegabilmente che, una volta intervenuta una pronuncia giurisdizionale la quale riconosca come ingiustamente lesivo dell'interesse del cittadino un determinato comportamento dell'amministrazione, o che detti le misure cautelari ritenute opportune e strumentali all'effettività della tutela giurisdizionale, incombe sull'amministrazione l'obbligo di conformarsi ad essa; ed il contenuto di tale obbligo consiste appunto nell'attuazione di quel risultato pratico, tangibile, riconosciuto come giusto e necessario dal giudice»³¹.

In realtà, l'art. 2, l. n. 241/1990 non può ritenersi norma relativa solo all'attività sostanziale, quindi inapplicabile a fattispecie di diritto sostanziale, ma di fonte processuale: basti prestare attenzione al suo comma 8, il quale ordina al giudice³², esulando così dall'alveo sostanzialistico, di trasmettere le sentenze sul silenzio inadempimento alla Corte dei Conti. L'art. 2, dunque, è disposizione di diritto procedimentale che contiene anche precetti di natura processuale. Attribuendo il potere al

³¹ Corte cost., 8 settembre 1995, n. 419, la quale continua statuendo che «proprio in base al già ricordato principio di effettività della tutela giurisdizionale deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in caso di necessità, il rispetto della statuizione contenuta nella pronuncia e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa. Una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione altro non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione, i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto; e quindi anche nei confronti di qualsiasi atto della pubblica autorità, senza distinzioni di sorta».

³² Lo chiarisce la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione pubblica, 10 maggio 2012, n. 4/12 («Chiarimenti in ordine all'applicazione dell'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel testo modificato dall'art. 1, decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5»), pubblicata in G.U., 31 luglio 2012, n. 177: «Nel silenzio della legge si ritiene che la trasmissione debba essere effettuata dagli Uffici giudiziari e non dalla stessa Amministrazione, avendo i primi i dati relativi al passaggio in giudicato della decisione. L'art. 1 dell'all.to 2 al d.lgs. 7 luglio 2010, n. 104, nel testo modificato dal primo correttivo al codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195, ha infatti previsto che nel registro generale dei ricorsi sia annotata la notizia relativa alle impugnazioni proposte avverso i provvedimenti del giudice e il relativo esito. In tal modo anche le Segreterie dei Tribunali amministrativi regionali sono in condizioni di sapere quando la sentenza di primo grado passa in giudicato».

giudice di segnalare l'illecito, l'art. 2 si connota come disposizione complessa che si occupa "a tutto tondo" dell'inadempimento.

L'ottemperanza, peraltro, si qualifica come adempimento non esclusivamente processuale, ma anche di amministrazione attiva per l'esecuzione della sentenza³³: quindi l'assimilazione tra mancata emanazione del provvedimento e inottemperanza al giudicato può essere configurabile.

A sostegno della tesi gioca anche un'accortezza linguistica di quel giudice territoriale: nel riportare l'art. 2, comma 9, della l. n. 241/1990, egli cita la responsabilità da mancata emanazione del provvedimento aggiungendo – dopo il virgolettato – che quel provvedimento è "dovuto".

Ora, si potrebbe pensare che si tratti di un'estensione voluta per giustificare l'applicazione dell'art. 2, comma 9 all'ottemperanza: tuttavia, la giurisprudenza³⁴ e la dottrina³⁵ sull'art. 2 qualificano quale vero e

³³ Non si dimentichi che il commissario *ad acta* nominato in sede di ottemperanza per l'esecuzione del giudicato è sì considerato un ausiliario del giudice (*ex multis*, Cons. St., sez. IV, 11 aprile 2019, n. 2370), ma la sua attività «è finalizzata alla realizzazione dei principi di pienezza e di effettività della tutela giurisdizionale: al commissario infatti è consentito il compimento di *ogni attività utile*» alla soddisfazione della pretesa accolta dal Giudice (Cons. St., sez. IV, 29 maggio 2019, n. 3563).

³⁴ *Ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. III, 10 dicembre 2019, n. 5836: «Il dovere delle pubbliche amministrazioni di concludere il procedimento, discendente dall'art. 2 l. n. 241 del 1990 ha portata generale e corrisponde all'esigenza di non lasciare l'interessato in una perdurante incertezza sull'esito del procedimento, cosicché la p.a. è tenuta a dare riscontro all'istanza proveniente dal privato, che sia portatore di un interesse qualificato a conoscere la determinazione dell'Amministrazione incidente nella sua sfera giuridica»; in ogni caso, il dovere di provvedere «deve corrispondere ad una situazione soggettiva protetta, qualificata come tale dall'ordinamento, rinvenibile anche al di là di un'espressa disposizione normativa che preveda la facoltà del privato di presentare un'istanza e, dunque, anche in tutte le fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongano l'adozione di un provvedimento ovvero le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) dell'Amministrazione» (Tar Campania, Napoli, sez. V, 9 dicembre 2019, n. 5785).

³⁵ La dottrina sull'art. 2, l. n. 241/1990 è amplissima. Per un disegno generale si rinvia a A. POLICE - N. PAOLANTONIO - S. COGLIANI, *Commento all'art. 2*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit. Più in particolare, secondo M. MONTEDURO, *Sul processo*

proprio obbligo il provvedere dell'Amministrazione. In questo caso, l'obbligo non ha fonte di diritto legislativo, bensì giurisprudenziale.

Si potrebbe pensare a un ulteriore vaglio critico di quella pronuncia, la quale sembrerebbe fare applicazione dell'istituto del c.d. danno punitivo³⁶ nella forma della possibile interruzione o del rallentamento dell'a-

*come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande inammissibili o «manifestamente infondate», in Dir. amm., n. 1/2010, 103 ss., questa norma conferma l'esistenza di un obbligo di provvedere generalizzato in capo alla p.A. rispetto a tutte le istanze dei cittadini, anche quelle non giuridicizzate e non tipizzate dal legislatore: ivi incluse, pertanto, le istanze di autotutela, alle quali – secondo una giurisprudenza ancora puntiforme – la p.A. deve rispondere in ossequio ai principi più generali di equità e giustizia, nonché – aggiunge l'A. – al principio di trasparenza, del quale il procedimento amministrativo costituisce la naturale ipostasi, al contrario del silenzio. Condivide questa lettura M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, in *Federalismi.it*, n. 7/2017; nonché S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016; peraltro, sempre nello specifico dell'obbligo di provvedere in relazione ai provvedimenti di autotutela, per N. PAOLANTONIO, *Provvedimento in forma semplificata, doverosità della funzione ed esigenza di motivazione*, in *Giustamm.it*, n. 12/2016, la giurisprudenza che esclude l'esistenza dell'obbligo di provvedere a fronte di istanze di autotutela si basa su un presupposto non condivisibile, in quanto «l'inoppugnabilità, categoria di dubbia fondatezza teorica, non è d'ostacolo ad una rinnovazione del potere ma, come pure precisa la giurisprudenza, a condizione che siano sopravvenuti mutamenti della situazione di fatto o di diritto, dovendosi escludere tale circostanza in presenza di domande manifestamente assurde o totalmente infondate, ovvero in presenza di domande illegali, non potendosi dare corso alla tutela di interessi cc.dd. illegittimi (secondo una fortunata espressione di Cannada Bartoli, male interpretata dalle Corti). Il vocabolario della giurisprudenza evoca il linguaggio impiegato dal novellato art. 2: l'istanza di riesame “totalmente” infondata può, con le dovute accortezze, essere accostata a quella “manifestamente” infondata. Ebbene, in tutti questi casi – si pensi all'istanza di condono edilizio dolosamente travisata, respinta e sulla quale si proponga all'amministrazione un'istanza di riesame – sembrerebbe che, dopo la novella del 2012, l'autorità sia obbligata non solo a prendere in esame l'istanza, ma a “provvedere” su di essa, ossia ad esercitare una funzione doverosa».*

³⁶ Il danno punitivo è istituto tipico dei paesi di *common law*, volto ad attribuire al risarcimento una funzione non soltanto riparatoria ma anche dissuasiva e general-preventiva rispetto a ulteriori fatti causativi di danno. La sua compatibilità con l'ordinamento italiano è stata per lungo tempo ritenuta dubbia, poiché al risarcimento si assegna una funzione esclusivamente riparatoria, commisurandolo all'entità del danno e non alla necessità di una punizione “esemplare”. Tuttavia, la Cassazione ha aperto a questa tipologia di sanzione nel 2017. V. in proposito Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601: «Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il

vanzamento di carriera del dirigente responsabile. La frustrazione di quelle aspettative potrebbe essere, cioè, un deterrente ben più efficace e forte rispetto al risarcimento per aver provocato un danno al privato e – di riflesso – alla p.A. di appartenenza per aver disatteso un ordine giurisdizionale impositivo di un comportamento chiaro e puntuale.

Tuttavia, nemmeno questo criterio potrebbe essere applicabile in via interpretativa a quel passaggio della sentenza del Giudice palermitano, e per due ragioni essenziali.

Anzitutto, sebbene la frustrazione delle aspettative di carriera del dirigente costituisca una sorta di pena “esemplare”, è pur vero che essa sembra – più che altro – una sanzione accessoria al risarcimento del danno, il cui ammontare e la cui funzione restano legati alle esigenze meramente riparatorie del danno arrecato alla p.A. d’appartenenza. Sicché non muta la natura del risarcimento, né a esso si assegnano funzioni ulteriori rispetto a quelle tradizionalmente riconosciutegli nel nostro ordinamento.

In secondo luogo, quella finalità spiccatamente punitiva può ugualmente essere perseguita *ex art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a.*: la sentenza pronunciata in sede di giudizio di ottemperanza può infatti anche prevedere l’applicazione di una penalità di mora alla p.A. per ogni giorno decorso invano dall’inadempimento³⁷. Strumento che però il Giudice territoriale, in questo caso³⁸, non ha voluto utilizzare.

compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l’ordinamento italiano l’istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi (*punitive damages*). Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell’ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell’atto straniero e alla loro compatibilità con l’ordine pubblico».

³⁷ Tar Campania, Napoli, sez. VII, 21 febbraio 2020, n. 823, per la quale l’istituto della penalità di mora «ha una finalità sanzionatoria e non risarcitoria, non essendo volto a riparare il pregiudizio cagionato dalla non esecuzione della sentenza, ma a sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all’adempimento».

³⁸ Nelle sentenze più recenti, sempre sullo stesso filone dei danni provocati dal Ministero della Salute, il giudice siciliano ne fa regolare applicazione. V. per esempio Tar Sicilia, Pa-

In effetti, nonostante l'eco e la sensibilità del tema – danno da trasfusione ematica – quell'ottemperanza non si rivela particolarmente severa, tanto che rimette a un altro ente amministrativo di vigilanza la verifica della *performance*, piuttosto che sanzionare direttamente la p.A. con *astreintes*³⁹ per ciascun giorno d'inadempimento.

lermo, sez. I, 26 febbraio 2020, n. 444: «Va, altresì, accolta la domanda di fissazione di una penalità di mora ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a. La disposizione appena richiamata stabilisce, nella prima parte, che il giudice dell'ottemperanza, quando accoglie il ricorso, “salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo”. La seconda parte della stessa disposizione, come modificata a decorrere dal 1 gennaio 2016 dall'art. 1, comma 781, lett. a), della legge 28 dicembre 2015, n. 208, ha codificato sia il principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria (v. decisione n. 15 del 25 giugno 2014) sull'applicabilità della penalità di mora anche alle decisioni di condanna aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria, sia l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato sulla decorrenza di detta penalità (v., da ultimo, decisioni della sezione IV n. 4415 del 21 settembre 2015, n. 4415 e n. 4725 del 13 ottobre 2015): la disposizione nel testo attualmente vigente, infatti, stabilisce che “Nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità di mora di cui al primo periodo decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza” e specifica che “detta penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali”.

Per quanto attiene ai presupposti indicati dal citato art. 114, comma 4, lett. e), nel caso di specie l'applicazione della penalità non sembra poter determinare un effetto “manifestamente iniquo”, considerato che l'inadempimento si è protratto per un apprezzabile periodo di tempo senza giustificazione, che i comportamenti imposti dalla sentenza non presentano particolare complessità e che non sono state rappresentate dalla difesa erariale “altre ragioni ostative”.

Il Collegio ritiene, pertanto, di accogliere la richiesta di corresponsione di una penalità di mora, la quale, per espressa previsione normativa, decorre dalla comunicazione in via amministrativa o, se anteriore, dalla notificazione della presente pronuncia fino all'integrale effettivo pagamento di quanto dovuto da parte dell'Amministrazione e, comunque, non oltre il termine di sessanta giorni assegnato all'Amministrazione per l'adempimento spontaneo, dovendo a tal punto attivarsi in via sostitutiva il commissario *ad acta*. Invero, la possibilità per il privato – una volta decorso l'ulteriore termine assegnato all'Amministrazione debitrice – di utilizzare il più penetrante ed incisivo intervento sostitutivo (come sopra disposto), renderebbe in definitiva iniqua la possibilità per la parte ricorrente di continuare a fruire del rimedio, indiretto e di carattere propulsivo, delineato dall'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a.».

³⁹ V. in proposito la recente dottrina sul tema. M. D'ARIENZO, *Penalità di mora (o*

7. Ipotesi per una nuova fattispecie di responsabilità dirigenziale

L'equiparazione tra la misura sanzionatoria afflittiva di conio processuale con la responsabilità da mancata adozione del provvedimento *ex art. 2, comma 9, l. n. 241/1990*, potrebbe apparire forzata, ma ha una sua *ratio* condivisibile.

Invece di applicare l'art. 114 c.p.a., il giudice ha scelto di utilizzare l'art. 2 della legge sul procedimento nel suo profilo più spiccatamente sanzionatorio: non ha condannato al pagamento della pena per l'inadempimento, ma ha invece scelto di usare questo mezzo sanzionatorio al fine di guidare e valutare – e prevenire nel futuro – l'inadempimento dell'Amministrazione.

Scelta interessante, quella del Giudice palermitano. Perché dimostra che l'art. 2, l. n. 241/1990 ha ancora potenzialità di senso normativo: esso enuclea insomma una nuova fonte di inadempimento e di responsabilità dirigenziale.

Non più la violazione di obblighi di condotta, direttive o risultati di gestione negativi imposti da un organo amministrativo apicale o politico; non più soltanto la mancata attuazione di un precetto legislativo; ma anche la mancata ottemperanza a una sentenza.

Sembra assumere consistenza, insomma, l'ipotesi di una responsabilità del dirigente derivante dalla violazione dell'obbligo di adempiere alle decisioni giurisdizionali: obbligo già previsto e sanzionato dal c.p.a., e dunque con strumenti di natura processuale, tramite il rimedio del ricorso in ottemperanza.

Questo diritto giurisprudenziale, dunque, estende l'ambito di applicazione dell'art. 2, l. n. 241/1990: non solo l'inadempimento dell'obbligo di provvedere di fonte normativa, bensì la violazione del paradigma del *dictum* giurisdizionale. Trova così conferma l'intuizione di Celone: il quale – come accennato in apertura – ipotizza che la responsabilità *ex art. 2* delinea una fattispecie nuova e autonoma rispetto alla triade già nota.

astreintes) nel giudizio di ottemperanza: criticità e prospettive della disciplina alla luce delle novità introdotte dalla legge di stabilità 2016, in *Federalismi.it*, n. 20/2016; A. CASTORINA, *L'astreinte nel processo amministrativo fra effettività della tutela e buon andamento dell'amministrazione*, in *Federalismi.it*, n. 14/2015; A. CARBONE, *L'Adunanza plenaria e l'ambito di applicazione delle "astreintes": un problema risolto? Considerazioni a margine di Cons. St., ad. plen., n. 15 del 25 giugno 2014*, in *Giustamm.it*, n. 7/2014.

Il consolidamento nel diritto vivente di questa quarta fattispecie è auspicabile qualora l'inadempimento non solo provochi un danno per il privato, ma definisca in negativo l'immagine e lo stato di una p.A. – come per esempio, nel caso in esame, quella sanitaria – che non sa rispondere in modo soddisfacente alla domanda di tutela che riceve dalla collettività.

LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA
E LA RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE:
SINERGIE, INTERFERENZE E CONTRAPPOSIZIONI

di Salvatore Pilato

SOMMARIO: 1. Differenze e analogie nel contesto della riforma amministrativa. – 2. Il buon andamento amministrativo. Il binomio della trasparenza e dell'efficienza. – 3. La genesi comune delle due responsabilità ed i percorsi evolutivi nella prospettiva di lungo periodo. – 4. Il diverso cammino della responsabilità dirigenziale. – 5. L'ampliamento dell'area del danno risarcibile nella responsabilità amministrativa. – 6. La dirigenza amministrativa e le fattispecie di danno erariale. – 7. Alcune riflessioni conclusive.

1. *Differenze e analogie nel contesto della riforma amministrativa*

I percorsi normativi e giurisprudenziali che contraddistinguono l'evoluzione della responsabilità dirigenziale e della responsabilità amministrativa consentono la individuazione di una complessa trama fenomenologica nei rapporti tra i due tipi di responsabilità pubblica, i quali si presentano – dapprima – intimamente uniti nella matrice della riforma amministrativa degli anni '90, per intrecciarsi – poi – negli anni successivi e separarsi – infine – negli anni più recenti, a causa di una molteplicità di fattori irrimediabilmente antagonisti tra loro, innescati dal claudicante cammino giuridico e culturale che ha contraddistinto l'attuazione del modello dell'amministrazione per risultati¹.

Infatti, nell'analisi di lungo periodo, le relazioni di *accostamento*, di *giustapposizione* e di *contrapposizione* tra la responsabilità dirigenziale e la responsabilità amministrativa appartengono alla complessa genesi dei processi di riforma dell'amministrazione ed alla evoluzione degli istituti, ai quali è stato affidato il recupero dell'efficienza amministrativa, a su-

¹ Sull'amministrazione di risultati v. M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, Torino, 2004.

peramento dei diffusi fenomeni di ammaloramento delle gestioni pubbliche, ben noti nella storia del nostro Paese.

Invero, le analogie e le differenze tra il disegno tuttora incompiuto di riforma espresso nella legge 7 agosto 2015, n. 124 (*“Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”*, cd. *Riforma Madia*), ed il processo similare che ha contraddistinto la legislazione degli anni '90, sono tutte riconducibili alla linea di discriminare, incentrata sul fenomeno della privatizzazione, e sulla diversa cornice normativa attribuita al principio dell'efficienza.

Negli anni '90 la privatizzazione della pubblica amministrazione assume una rilevanza fondamentale e quasi salvifica, perché all'utilizzazione dei tradizionali istituti del diritto privato – dal contratto allo strumento societario – è stato affidato il recupero dell'effettività dell'azione pubblica, gravemente compromessa da una stagione storica segnata dalla crisi degli istituti autoritativi e procedimentali, tipici del diritto amministrativo.

Rileggendo a ritroso i risalenti dibattiti d'opinione, traspare il forte e diffuso convincimento che l'azione amministrativa fosse viziata dall'inadeguatezza delle discipline procedimentali e delle regole dell'organizzazione pubblica, gravate da controlli formali, ritenuti inutili ed inefficaci².

Pertanto, le riforme degli anni '90 segnano una profonda trasformazione dell'agire amministrativo, affidata all'integrazione del diritto pubblico con il diritto privato, che non costituiscono più dei *territori chiusi e separati*, perché tra di essi nasce un'area-cuscinetto, a geometria variabile, occupata promiscuamente dall'autorità e dall'autonomia, e da istituti a doppia cittadinanza, che operano con strumenti apolidi, funzionali al perseguimento tanto degli interessi pubblici, quanto degli interessi privati³.

Nel contesto di tale evoluzione normativa, le regole proprie dell'agire amministrativo si presentano non più come regole speciali e riservate alla p.a., ma come regole oggettivate ed estese al soggetto privato che coopera nell'attuazione del fine pubblico⁴.

² G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 2000, 1217 ss.

³ G. COGLIANDRO, *La diade pubblico-privato nel controllo di gestione*, in *Rivista Corte dei conti*, I, 1997, 216-224.

⁴ Per l'oggettivazione dell'azione amministrativa, P. MADDALENA, *La responsabilità*

Emerge, dunque, l'accentuazione delle "interferenze" tra diritto comune e diritto amministrativo e la diffusione di discipline caratterizzate dalla combinazione tra elementi di diversa natura, e dall'esistenza di moduli "misti", che realizzano un temperamento tra gli aspetti soggettivi nei quali prevale il profilo pubblicistico, e gli aspetti oggettivi, nei quali, al contrario, si afferma la connotazione privatistica⁵.

La transizione verso la recente riforma amministrativa contenuta nella legge 124/2015, trova il fondamentale centro di attrazione e di sintesi nel principio dell'efficienza amministrativa, che contribuisce a formare lo spartiacque dalle riforme risalenti agli anni '90.

La lettura inizialmente unitaria dei principi di imparzialità e di buon andamento amministrativo enunciati nell'art. 97 Cost.⁶, è stata progressivamente sostituita da una diversa interpretazione, fondata sull'autonomia e sull'espansione contenutistica del buon andamento, nei molteplici significati che si manifestano attraverso il principio di efficienza, il quale rappresenta uno dei pilastri fondamentali recepiti nella predetta legge.

2. Il buon andamento amministrativo. Il binomio della trasparenza e dell'efficienza

I temi dell'efficienza nell'organizzazione e nell'esercizio dei pubblici poteri, uniti ai temi dell'economicità nella gestione delle risorse e dell'effettività degli strumenti di controllo per la tutela dell'integrità della finanza pubblica allargata, assumono una rilevanza strategica nelle risposte che il diritto amministrativo e le discipline di contabilità pubblica possono dare ai vecchi ed ai nuovi bisogni di buona amministrazione.

amministrativa degli amministratori degli enti pubblici economici, in *Riv. Rep. It.*, I, 1996, 445-459.

⁵ M. FRANCHINI, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm.*, II, 1994, 235-255.

⁶ "I due principi sotto la suggestione dell'abbinamento costituzionale, vengono mischiati tra loro in maniera non facilmente discernibile, ed il loro reciproco rapporto rimane incerto. Manca un sufficiente accordo sul loro significato", U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento amministrativo*, in *Digesto disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 131 e ss.

L'apertura di una stagione normativa di *ritorno al riformismo amministrativo* è avvenuta in un contesto nel quale la crisi economica e l'emersione contestuale dei disagi sociali, si ricongiunge naturalmente alle istanze di efficienza delle gestioni pubbliche, intese come sistema condizionante le libertà ed i diritti dei cittadini, i quali costituiscono l'essenza ed il fondamento stesso dello Stato democratico.

La legge 124/2015 ha provveduto con il metodo della delega legislativa, alla revisione di numerose e fondamentali discipline generali inerenti l'organizzazione ed il funzionamento della pubblica amministrazione, con il duplice obiettivo di rafforzare l'*unitarietà* del sistema amministrativo, e di introdurre al contempo *flessibilità* all'interno delle singole amministrazioni (v. lavori preparatori).

L'impronta peculiare dell'avviato processo normativo consiste nella riforma dell'amministrazione pubblica, intesa come *tema unitario*, con il superamento delle logiche auto-referenziali di separazione, contrapposizione, competizione, di ciascuna amministrazione, con le altre, egualmente appartenenti al medesimo perimetro della finanza pubblica.

Recuperando con maggiore coerenza e consapevolezza i temi riformisti degli anni '90, il principio del buon andamento amministrativo, supera definitivamente la sua indeterminatezza, per la doppia appartenenza alla scienza dell'amministrazione ed al diritto amministrativo, e si coniuga in modo inscindibile, con il valore dell'efficienza amministrativa.

Il binomio e l'equivalenza normativa tra il buon andamento e l'efficienza amministrativa impongono la ragionevolezza, la congruità e la proporzionalità dell'azione pubblica, che diviene pienamente sindacabile, nei profili di legittimità sostanziale, secondo il criterio dell'effettività dei risultati economico-finanziari rivolti al soddisfacimento dei bisogni collettivi.

Quindi, l'efficienza amministrativa, nella sua dimensione teleologica, agevola le nuove letture dell'art. 97 Cost. e della legge n. 241/1990, e completa il raggio del sindacato di legittimità sulle gestioni pubbliche, al quale appartiene – oramai da tempo – il principio di economicità.

La nuova dimensione teleologica dell'efficienza amministrativa è stata inserita nell'ambito di una riforma generale, che presuppone la completa e piena trasparenza dei rapporti tra il cittadino e l'amministrazione.

Nell'aspirazione a una democrazia intesa come "regime del potere visibile" (secondo la nota definizione di Norberto Bobbio), la trasparenza si colloca non solo come strumento di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma anche come istituto primario per il riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'articolo 2 della Costituzione⁷.

Tuttavia, il valore della trasparenza richiede regole e criteri direttivi di semplificazione normativa (cfr. art. 7, comma 1, legge n. 124/2015), poiché la "burocrazia della trasparenza" e la "opacità per confusione" costituiscono situazioni di significato esattamente contrario⁸.

3. La genesi comune delle due responsabilità ed i percorsi evolutivi nella prospettiva di lungo periodo

Dunque, le origini che accomunano la responsabilità amministrativa e la responsabilità dirigenziale, nell'ambito delle responsabilità di diritto pubblico prefigurate negli art. 28-97 Cost., risiedono nella transizione dalla *logica dell'atto* alla diversa *prospettiva dell'attività, del risultato o del bene della vita*, la quale s'inscrive in un modello di organizzazione e di azione amministrativa improntata ai principi di *Economicità* ed *Efficiacia*, con l'iniziale recessione dell'*Efficienza* nella formulazione dell'art. 2, legge 241/1990 e la successiva importante riemersione del medesimo principio quale terzo dogma delle "tre E" nella riforma Madia (legge 124/2015).

Il modello di amministrazione per risultato, non riducibile a semplici obiettivi ed esiti da valutare in termini meramente economico-imprenditoriali⁹, si associa alla contestuale introduzione di meccanismi giuridici a doppio binario, tra i quali traspare la corrispondenza tra il binomio *sanzione/premio (indennità di risultato)*, che nella responsabilità dirigenziale fonda la valutazione degli esiti nella gestione delle risorse pubbliche, ed il diverso binomio *illecito doloso/illecito colposo*, che nella responsabilità amministrativa giustifica il trattamento risarcitorio più mite

⁷ V. Cons. St., sez. cons. per gli atti normativi, parere 24 febbraio 2016, n. 515.

⁸ Cons. St., n. 515/2016, cit.

⁹ V. M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità ed amministrazione di risultati*, cit.

nei confronti del dirigente incauto, ma non infedele, il quale risponde solo ed esclusivamente nei limiti della colpa grave (art. 1, legge 20/1994).

Nella corrispondenza tra tali diversi binomi diviene possibile l'individuazione di un'importante sinergia tra la responsabilità amministrativa, da un lato, e la responsabilità dirigenziale, dall'altro lato, poiché entrambe appartengono alla categoria della responsabilità di diritto pubblico, e conservando ciascuna la propria natura giuridica e la propria fisionomia normativa, sono insieme orientate a creare il fondamentale spartiacque tra la buona e la cattiva amministrazione, sanzionando i comportamenti di gestione diseconomici ed inefficienti, e premiando al contempo i comportamenti virtuosamente produttivi di risultati amministrativi favorevoli e vantaggiosi per il cittadino.

In particolare, nel percorso ultraventennale attraversato dalla responsabilità amministrativa, con decorrenza dall'introduzione del regime a clausola generale (art. 1, legge 20/1994), possono individuarsi e distinguersi alcune fondamentali tappe evolutive, le quali agevolano lo sviluppo delle riflessioni sulle attuali potenzialità giuridiche e sulle migliori utilità conseguibili a garanzia dell'efficienza e del buon andamento amministrativo.

La prima tappa evolutiva decorrente dal 1994 è contraddistinta dalla innovazione sistematica dei principi normativi, introdotti appositamente dal legislatore per conferire *specialità* alla responsabilità amministrativa e per connotare gli elementi costitutivi ed il regime giuridico, secondo lineamenti distinti ed autonomi da quelli "generali" derivanti dalla responsabilità civile¹⁰.

Pertanto, nel quadriennio 1994-1998 gli indirizzi della giurisprudenza costituzionale hanno segnato l'allontanamento dagli schemi e dalle regole generali della responsabilità civile, contrattuale ed extra-contrattuale, consolidando quella che – ancora oggi – è definita "la nuova conformazione della responsabilità amministrativa"¹¹.

La seconda tappa evolutiva è innestata implicitamente nella prima,

¹⁰ F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti. Responsabilità, conti, pensioni*, Milano, 1995; M. RISTUCCIA, *Il nuovo sistema della responsabilità e la giurisdizione della Corte dei conti*, in *Riv. CdC*, 1997, II, 245-265.

¹¹ Alla nuova conformazione della responsabilità amministrativa ha contribuito, con apporti determinanti, la giurisprudenza costituzionale (v. in particolare Corte cost., 20 novembre 1998, n. 371, sulla legittimità costituzionale della colpa grave).

ma si manifesterà espressamente e si svilupperà progressivamente negli anni successivi, costituendo un fattore costante e permanente di evoluzione delle finalità normative della responsabilità amministrativa, secondo le mutevoli dinamiche di relazione e d'integrazione tra i diversi regimi di responsabilità patrimoniale generati dall'esercizio delle attività amministrative e dalla gestione delle risorse di derivazione e di destinazione pubblica¹².

In tale contesto, la responsabilità amministrativa segue l'evoluzione della finanza pubblica nella dimensione organizzativa dei molteplici centri di spesa ed interagisce con lo sviluppo complessivo del sistema delle responsabilità patrimoniali, che incide sulle attività della pubblica amministrazione secondo le discipline del diritto civile e dello stesso diritto amministrativo.

La dinamica evolutiva della responsabilità amministrativa genera la formazione pretoria di un "diritto giurisprudenziale", sempre orientato alla elaborazione delle regole e dei criteri interpretativi, preposti al collegamento della giurisdizione sulla finanza pubblica con la giurisdizione civile e la giurisdizione amministrativa, la quale ultima tende alla progressiva dilatazione delle materie di giurisdizione esclusiva, con la competenza estesa al risarcimento del danno (artt. 24, 28, 97, 103, 111 Cost., 133 cpa).

La terza tappa normativa è contraddistinta dall'ampliamento della responsabilità amministrativa nella finalità "sanzionatoria" con l'introduzione iniziale di una fattispecie specifica e tassativa¹³, la quale funge da paradigma con effetti di apri-pista verso una legislazione che, con di-

¹² Sulle differenze dalla responsabilità dirigenziale, quale distinto regime giuridico, oramai dotato di autonoma natura e funzione, indipendente dagli altri regimi di responsabilità pubblica, tra i quali è collocata la responsabilità amministrativa, v. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, 14, 93 ss., spec. 119 ss.

¹³ La concezione dissuasiva e sanzionatoria della responsabilità amministrativa, è innestata dalla norma di cui all'art. 30, comma 15, della legge finanziaria 2003 (n. 289 del 2002), la quale prevede che qualora gli enti territoriali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, in violazione dell'articolo 119 della Costituzione, i relativi atti e contratti sono nulli e le Sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti possono irrogare agli amministratori, che hanno assunto la relativa delibera, la condanna ad una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione della violazione.

verse matrici temporali e con finalità eterogenee, ha tipizzato molteplici fattispecie contraddistinte da limiti e divieti apposti alle decisioni di spesa pubblica.

La quarta e più recente tappa della responsabilità amministrativa appare di difficile ricostruzione, e rimane tuttora da esplorare nelle dinamiche peculiari del diritto giurisprudenziale, ma la sua esistenza è alquanto evidente e dalla sua organica attuazione dipende il grado di effettività conseguibile nella tutela dell'integrità dei bilanci pubblici e dell'efficienza amministrativa.

Infatti, a tale ultima tappa evolutiva appartiene la legislazione, anche di livello costituzionale, incentrata sugli equilibri di bilancio e sulla prevenzione dei disavanzi eccessivi, ed il ciclo della legislazione di contrasto e di prevenzione dei fenomeni corruttivi, intesi in senso lato, poiché entrambi i contesti normativi – distinti, ma collegati tra loro e qualificati da elevata complessità – rappresentano i nuovi *habitat* giuridici, che rafforzano – da un lato – la tutela dell'integrità dei bilanci pubblici e dell'efficienza gestionale, e richiamano ed evocano – dall'altro lato – (*talvolta non espressamente, ma implicitamente come presupposto*) la responsabilità amministrativa nella sua, oramai divenuta, doppia finalità restitutoria-risarcitoria e deterrente-sanzionatoria.

In particolare, mentre la legislazione di tutela degli equilibri di bilancio si traduce in regimi di vincoli e limiti gestionali, collegati a fattispecie diffuse di responsabilità amministrative tipizzate, la legislazione anticorruzione comprende tra gli strumenti di prevenzione e di deterrenza finanziaria l'azione di recupero del danno pubblico.

Dunque, entrambi i profili evolutivi delle discipline di contabilità e di finanza pubblica hanno impresso nuove dinamiche alla clausola generale della responsabilità amministrativa (art. 1, legge 20/1994)

4. *Il diverso cammino della responsabilità dirigenziale*

Viceversa, il percorso giuridico della responsabilità dirigenziale si presenta – sin dall'inizio – molto *in salita* ed accidentato, per una serie complessa di cause e di punti di criticità che interagiscono tra loro, determinando un'oggettiva ed irreversibile situazione di stallo e d'impedimento alla realizzazione delle finalità di stimolo e d'incremento dell'ef-

ficienza amministrativa, che pure contraddistinguono l'origine della riforma degli anni '90, la quale non si è mai espressa in opzioni normative dotate di sufficiente certezza nell'attuazione del principio di separazione tra politica ed amministrazione¹⁴.

L'effetto anti-sistemico prodotto da tali cause sui meccanismi strutturali che avrebbero dovuto reggere il corretto funzionamento della responsabilità dirigenziale e la fisiologica applicazione della sua disciplina, dal conferimento dell'incarico all'omesso rinnovo od alla revoca dello stesso, oppure alla valutazione positiva degli esiti gestionali con l'attribuzione e la liquidazione dell'indennità di risultato¹⁵, sono state analiticamente individuate e – con profondità di pensiero giuridico – esaminate dal Prof. Celone nella sua recente pubblicazione¹⁶, meritoriamente dedicata a recuperare tutti i temi strategici della responsabilità dirigenziale nei nessi fondamentali che riconducono alla riforma della dirigenza amministrativa.

Le medesime cause si rifrangono puntualmente nei contenuti dell'art. 11, legge 124/2015, la quale ha espresso i fondamentali e strategici profili e punti di delega legislativa, tutti rimasti incompiuti, per la riforma della dirigenza pubblica, con particolare riferimento: alla omogeneità della disciplina di accesso in un sistema con ruoli unificati, alla trasparenza del procedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale, secondo parametri oggettivi e predeterminati, al procedimento di valutazione dei risultati ed alla sua rilevanza nel conferimento degli incarichi successivi, alla disciplina della responsabilità dirigenziale previa revisione dell'impianto giuridico di attuazione della separazione tra politica ed amministrazione, nonché al trattamento retributivo nel quale l'indennità di risultato non può costituire un emolumento da liquidare *a pioggia* per effetto di una semplicistica valutazione burocratico-formale degli obiettivi genericamente affidati come risultati di gestione da conseguire in difetto di riscontri sostanziali sull'andamento amministrativo¹⁷.

¹⁴ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 27 ss., spec. 84 ss.

¹⁵ Cfr. art. 21, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

¹⁶ V. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., in particolare cap. 3 sulle criticità della responsabilità dirigenziale (141 ss.) e cap. 4 sulle fattispecie di responsabilità dirigenziale (225 ss.).

¹⁷ Cfr. art. 11, c. 1, lett. a), g), l), m), n), l. n. 124/2015.

5. *L'ampliamento dell'area del danno risarcibile nella responsabilità amministrativa*

L'evoluzione sostanziale della fisionomia del danno erariale segna l'irreversibile distacco e la separazione dei percorsi che hanno inizialmente accomunato e poi intrecciato la responsabilità amministrativa e la responsabilità dirigenziale.

L'allontanamento e – in alcune fattispecie di matrice giurisprudenziale – la palese contrapposizione tra le due responsabilità di diritto pubblico è generata, non tanto dalla natura giuridica della responsabilità dirigenziale che è (e rimane sempre) una *responsabilità senza danno*, ma dall'alterazione patologica delle pratiche d'esperienza amministrativa nel conferimento e nella revoca dell'incarico dirigenziale e nella valutazione dei risultati conseguiti.

È indubbio che la clausola generale di diritto pubblico abbia impresso nel diritto giurisprudenziale una specifica forza espansiva dell'area del danno risarcibile, per ricomprendere – progressivamente, di volta in volta che si manifestavano – tutti i nuovi fenomeni di gestione dei bilanci pubblici, viziati da patologia finanziaria per la macroscopica distanza dai principi di economicità ed efficienza dell'attività amministrativa, e dalla regola generale, di matrice costituzionale, del buon andamento nell'esercizio della funzione pubblica.

Pertanto, il diritto giurisprudenziale ha concepito una molteplicità di nuove categorie di danno pubblico, le quali non sempre hanno conseguito un livello consolidato di certezza giuridica nei lineamenti costitutivi, non solo per la eterogeneità dei fenomeni di devianza finanziaria da ricondurre tendenzialmente in categorie unitarie, ma anche per la difficoltà di rinvenire dei criteri uniformi ed attendibili di stima del valore economico-patrimoniale perduto o non conseguito dall'amministrazione danneggiata.

Tuttavia, una lettura non superficiale degli indirizzi della giurisprudenza finanziaria dimostra la sussistenza di completi, articolati ed alquanto significativi percorsi argomentativi, puntualmente dedicati ai temi non solo del danno da disservizio, ma anche del danno alla concorrenza, del danno da perdita da chance, del danno all'immagine, e del danno da tangente.

Dunque, nella giurisprudenza della Corte dei conti, il danno non è

una mera categoria formale-ragionieristica, arbitrariamente utilizzata per fini di prevenzione e di contrasto finanziario, ma costituisce – viceversa – una categoria sostanziale, idonea a ricevere qualsiasi fenomeno lesivo dell’interesse pubblico al buon andamento ed all’efficienza amministrativa, intesi quale sommatoria di “beni materiali” e “beni immateriali” appartenenti alla P.A. ed alle comunità amministrative.

A favore della concezione “sostanziale” della lesione arrecata agli interessi pubblici, negli orientamenti della giurisprudenza finanziaria meritano particolare menzione i criteri che, nell’accertamento e nella quantificazione del danno erariale, conferiscono rilevanza giuridica non soltanto all’*essere*, ma anche al *dover essere* dell’azione amministrativa, consentendo in tal modo la stima delle utilità non conseguite e delle aspettative d’efficienza perdute. Per tali percorsi argomentativi, lo sviamento dal corretto impiego delle risorse pubbliche, e la conseguente inefficienza gestionale, divengono situazioni di fatto direttamente ed immediatamente valutabili.

Dunque, la duttilità nei lineamenti del danno erariale non significa apertura all’arbitrio del Giudice, poiché ogni fattispecie è trattata con rigore metodologico su tutti i profili che confluiscono nei temi probatori, al fine di accertare la reale sussistenza del pregiudizio agli interessi pubblici.

Fondamentale è anche la rilevanza che, nelle nuove categorie di danno pubblico risarcibile, risulta attribuita ai canoni di accertamento probatorio della colpa grave, la quale costituisce il parametro essenziale per operare la ripartizione del rischio di amministrazione.

Infatti, le nuove categorie di danno risarcibile sono costantemente assistite dalla traccia di precise linee di demarcazione tra modelli di condotta consentiti e modelli di condotta devianti dalla sana e corretta gestione finanziaria. Le migliori riflessioni giurisprudenziali sulla colpa grave non si chiudono mai in mere “clausole di stile”, ma si articolano – invece – in una sistematica specificazione dei criteri di condotta desunti “in concreto” dalla natura giuridica di ciascuna posizione soggettiva.

Molteplici sono – dunque – gli orientamenti giurisprudenziali che segnano l’apertura dei lineamenti del danno erariale verso clausole di adattamento a nuovi e palesi fenomeni di inefficienza, disfunzione e devianza amministrativo-finanziaria.

Il danno alla libera concorrenza, il danno da perdita di chance, il

danno da disservizio, il danno all'immagine, il danno alla funzione pubblica, sono le categorie che più sono idonee a sintetizzare gli apporti creativi dati allo sviluppo degli orientamenti giurisprudenziali, la maggior parte dei quali sono stati recensiti dalla più attenta dottrina¹⁸.

Pertanto, la giurisprudenza della Corte dei conti, nell'ampliamento dell'area del danno risarcibile, si esprime per decisioni idonee a fungere da "*incentivo all'efficienza del decidere e dell'agire delle pubbliche amministrazioni*"¹⁹.

6. *La dirigenza amministrativa e le fattispecie di danno erariale*

I rapporti d'interferenza e di contrapposizione tra la responsabilità amministrativa e la responsabilità dirigenziale emergono negli orientamenti giurisprudenziali che si sono progressivamente consolidati su molteplici fenomeni di patologia gestionale, insorti nella verifica della corretta e trasparente applicazione della disciplina afferente i poteri e gli obblighi della dirigenza amministrativa.

Infatti, eterogenee questioni, con profili e temi contraddistinti da molteplici punti critici, sono riconducibili a fattispecie dannose nelle quali il diritto giurisprudenziale è orientato a verificare l'esatto adempimento dei complessi obblighi gravanti sulla dirigenza amministrativa e la naturale esplicazione del rapporto fiduciario con la direzione politica.

Poiché, tanto sulla direzione politica quanto sulla dirigenza amministrativa gravano i doveri fondamentali della coerenza e dell'imparzialità posti a garanzia del "buon andamento" nei risultati d'amministrazione, i criteri di accertamento delle ipotesi di danno erariale sono desunti dalla

¹⁸ Per una ricostruzione critica, v. M. OCCHIENA, *La fuga dall'atipicità nella responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 30, n. 94 (3/2017), 919-946.

¹⁹ La Corte cost. n. 371/1998, cit., ha affermato che nella nuova conformazione della responsabilità amministrativa discendente dalle leggi n. 19 e 20/1994 la "combinazione di elementi restitutori e di deterrenza ... risponde ... alla finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo".

“correttezza e leale cooperazione” nell’esercizio della funzione dirigenziale, e dalla trasparenza di comportamento nella decisione di revoca o di cessazione dell’incarico dirigenziale per la oggettiva lesione della fiducia.

L’accertamento di situazioni d’inefficienza e di disservizio non valutate sotto il profilo della responsabilità dirigenziale²⁰, non impedisce che le medesime situazioni costituiscano materia sindacabile nei giudizi di responsabilità amministrativa.

Le esperienze giurisprudenziali sono incentrate sul riscontro di esistenza di prassi gestionali viziate da fenomeni sintomatici di lacune, incoerenze, contraddizioni ed aggravamenti formali dell’attività amministrativa, tra i quali anche l’abituale e sistematico ricorso alla consulenza professionale esterna, priva di utilità funzionali all’incremento dell’efficienza e del buon andamento²¹.

Alcune fattispecie di responsabilità hanno proposto questioni riconducibili ai poteri della dirigenza amministrativa, con particolare immediato riferimento all’organizzazione degli uffici ed alla gestione delle risorse umane²². I doveri fondamentali della coerenza e dell’impar-

²⁰ Diverse vicende processuali sulla illegittima liquidazione dell’indennità di risultato in favore della dirigenza traggono origine da ispezioni della Ragioneria Generale dello Stato (RGS) ed attingono alla verifica dell’indebito pagamento della retribuzione premiante, avvenuta con l’applicazione di sistema indifferenziato ed uniforme, c.d. “a pioggia”, in assenza dei necessari presupposti sostanziali e procedurali di valutazione delle prestazioni dirigenziali, riconducibili agli accertamenti ed alle verifiche di competenza del nucleo di valutazione (OIV). Per i precedenti, Corte dei conti, sez. giurisd. Lombardia, 4 agosto 2020, n. 118, 5 agosto 2020, n. 125 e n. 126, 25 agosto 2020, n. 128. Per i profili critici sull’adeguatezza e sull’effettività applicativa della responsabilità di tipo dirigenziale, v. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit.

²¹ Sulla illegittimità dell’abituale ricorso alle prestazioni di un professionista di fiducia per lo svolgimento continuativo – con l’espedito del frazionamento temporale – di attività di routine, in sé prive di contenuti di alta professionalità, v. Corte dei conti, sez. giurisd. Emilia-Romagna, 18 novembre 2014, n. 155, e 5 novembre 2014, n. 165.

²² Sulla illegittimità del rapporto tra il conferimento dell’incarico fiduciario di *staff* in favore di soggetto privo del diploma di laurea, ed il parallelo riconoscimento di un livello di retribuzione equiparato alle figure dirigenziali dell’ente locale, v. Corte dei conti, sez. giurisd. Emilia-Romagna, 19 gennaio 2015, n. 3, per il danno da liquidazione di indennità dirigenziali in contratti a tempo determinato, stipulati nel difetto dei requisiti professionali prescritti dalla normazione vigente (fattispecie di illegittimo conferimento di incarichi fiduciari di staff).

zialità posti a garanzia del buon andamento nei risultati d'amministrazione, e la correttezza e la leale cooperazione nell'esercizio della funzione dirigenziale, rappresentano i più importanti criteri di valutazione utilizzati per l'accertamento delle ipotesi di danno erariale²³.

I più frequenti accertamenti probatori e processuali sulla sussistenza del danno pubblico sono incentrati sul riscontro di esistenza di prassi gestionali viziate da fenomeni sintomatici di inefficienza, risolte non con misure ripristinatorie, ma con l'abituale e sistematico ricorso alle consulenze professionali esterne, in violazione del fondamentale principio di autosufficienza nella gestione delle risorse umane in dotazione diretta alla P.A.²⁴.

Nella materia degli incarichi dirigenziali assumono particolare rilevanza gli orientamenti della giustizia costituzionale, la quale – nel coniugare i profili di garanzia della trasparenza e del buon andamento amministrativo con l'assetto della disciplina della dirigenza amministrativa – evidenzia la necessità di assicurare “la tendenziale continuità dell'azione amministrativa e una chiara distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico-amministrativo e quelli di gestione” (Corte cost., 22 luglio 2011, n. 228).

Ciò premesso, la Corte costituzionale ha – però – precisato che il necessario grado di fiduciarità negli incarichi di diretta collaborazione, non consente la assunzione di personale in deroga a criteri selettivi idonei a valorizzare il possesso di esperienze professionali specifiche e di particolari competenze derivanti da pregresse esperienze istituzionali ed amministrative²⁵.

Infatti, nella selezione per il conferimento degli incarichi esterni di diretta collaborazione, il criterio fondato sulla natura del rapporto fidu-

²³ V. in Corte dei conti, sez. giurisd. Lombardia, 13 giugno 2016, n. 97, per danno da illegittimo conferimento di un incarico dirigenziale “*extra* dotazione a tempo determinato” ex art. 110, comma 2, decreto legislativo n. 267/2000, in favore di soggetto privo del requisito culturale costituito dal diploma di laurea.

²⁴ Sul conferimento illegittimo di incarichi, v. Corte dei conti, sez. giurisd. Lombardia, 22 giugno 2017, n. 91 – di condanna per il conferimento di un incarico dirigenziale esterno, apicale tecnico e non amministrativo, in violazione della normativa nazionale e regionale con omissioni procedurali e l'assenza dei requisiti sostanziali di alta professionalità prescritti.

²⁵ Corte cost., 9 marzo 2012, n. 53.

ciario, non può operare in assenza di concorrenti criteri di valutazione della professionalità e della competenza, a garanzia dei principi di buon andamento della Pubblica Amministrazione e di ragionevolezza della scelta (art. 97, Cost.), e sono comunque sintomatici di danno i conferimenti di funzioni dirigenziali in favore di soggetti privi di effettivi ed autentici titoli professionali, non superabili con pratiche simulatorie²⁶.

Inoltre, – proprio con riferimento alla dirigenza amministrativa – gli orientamenti della giustizia costituzionale, hanno affermato più volte che la “netta e chiara separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie” costituisce la condizione “necessaria per garantire il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità dell’azione amministrativa”²⁷.

Infatti, al principio di imparzialità sancito dall’art. 97 Cost. si accompagna, come “naturale corollario”, la separazione “tra politica e amministrazione, tra l’azione del ‘governo’ – che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione di forze di maggioranza – e l’azione della ‘amministrazione’ – che, nell’attuazione dell’indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall’ordinamento”²⁸.

La separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa, quindi, costituisce un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell’art. 97 Cost., ma l’individuazione dell’esatta linea di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell’organo politico, e gli atti da ricondurre alla competenza della dirigenza amministrativa, spetta al legislatore.

Tuttavia, a sua volta, anche il potere legislativo incontra un limite

²⁶ In materia di dirigenza amministrativa, assumono rilevanza i principi giurisprudenziali affermati sulla illegittimità del rapporto tra il conferimento dell’incarico fiduciario di staff in favore di soggetto privo del diploma di laurea, ed il parallelo riconoscimento di un livello di retribuzione equiparato alle figure dirigenziali dell’ente locale (v. tra le fattispecie di illegittimo conferimento di incarichi fiduciari di *staff*, e di liquidazione di indennità dirigenziali in contratti a tempo determinato stipulati nel difetto dei requisiti professionali prescritti dalla normazione vigente, Corte dei conti, sez. giurisd. Emilia-Romagna, n. 155/2014 e n. 165/2014.

²⁷ Corte cost., 3 maggio 2013, n. 81.

²⁸ *Ibidem*.

nello stesso art. 97 Cost., poiché nella individuazione degli atti di indirizzo politico amministrativo e degli atti di natura gestionale, il legislatore non può compiere scelte irragionevoli e contrastanti con il principio di separazione tra politica e amministrazione, poiché altrimenti sussisterebbe la lesione dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione²⁹.

Agli orientamenti della Corte Costituzionale, possono accostarsi gli orientamenti della giurisprudenza finanziaria, la quale in materia di dirigenza amministrativa ha esaminato le disposizioni normative vigenti, sotto il profilo della sequenza tra “*misurazione dell'azione amministrativa*”, “*costruzione di obiettivi*”, “*elaborazione di un sistema di indicatori di attività*”, e “*valutazione dei risultati della gestione*”, per concludere che all'infuori del binomio merito-premialità, non è ammissibile la istituzione di “figure di coordinamento” remunerate *extra ordinem* per lo svolgimento di mere attività, già ricomprese nelle ordinarie mansioni dirigenziali, per le quali vige il principio della onnicomprensività del trattamento economico³⁰.

La infrazione della relazione normativa tra merito, premialità e tipicità del trattamento di risultato, costituisce violazione dei principi di buon andamento che governano l'organizzazione, lo svolgimento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) e la legittima attribuzione di emolumenti ulteriori a titolo di retribuzione accessoria.

7. Alcune riflessioni conclusive

Tra diritto normativo e diritto giurisprudenziale, nel cammino “claudicante” della responsabilità dirigenziale – da un lato – e nelle tendenze e controtendenze della responsabilità amministrativa – dall'altro lato – diviene possibile comprendere le dinamiche che hanno generato i difficili e contraddittori rapporti tra i due tipi di responsabilità, entrambe collocate a tutela del buon andamento e dell'efficienza amministrativa.

La permanenza dei punti di criticità strutturale nelle fasi del conferimento e della revoca dell'incarico dirigenziale e nel procedimento di verifica dei risultati gestionali con l'incertezza sui parametri di misura-

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Corte dei conti, sez. giurisd. Emilia-Romagna, 14 gennaio 2014, n. 9.

zione degli esiti amministrativi³¹, ha contribuito a generare la tendenza espansiva della responsabilità amministrativa.

Infatti, l'applicazione diffusa della clausola generale di diritto pubblico (art. 1, legge 20/1994) ha iniziato a svolgere una *funzione di vicariamento* della responsabilità amministrativa sulla responsabilità dirigenziale, con effetti di supplenza nel sindacato di efficienza economico-finanziaria sulle *zone fragili* e sulle *aree grigie* dalle quali emerge un significativo rischio di attecchimento di fenomeni di cattiva amministrazione.

Un palese indice sintomatico della crisi applicativa della responsabilità dirigenziale è costituito dalla recente tendenza normativa alla tipizzazione delle fattispecie incentrate sulla verifica dell'esatto adempimento degli obblighi specifici gravanti sulla dirigenza e contemplati dalla disciplina di prevenzione della corruzione³².

Nell'attesa che la riforma "incompiuta" della dirigenza amministrativa completi il suo percorso normativo, il recupero di un rapporto di fisiologica e sinergica interazione tra la responsabilità amministrativa e la responsabilità dirigenziale per l'efficienza e l'integrità nella gestione delle risorse pubbliche, è possibile solo attraverso la eliminazione dei

³¹ Infatti, dai giudizi di responsabilità amministrativa emergono fenomeni di palese e macroscopica disapplicazione della disciplina vigente sulla *performance* amministrativa (v. d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, art. 18: "Criteri e modalità per la valorizzazione del merito ed incentivazione della performance. "1. Le amministrazioni pubbliche promuovono il merito e il miglioramento della *performance* organizzativa e individuale, anche attraverso l'utilizzo di sistemi premianti selettivi, secondo logiche meritocratiche, nonché valorizzano i dipendenti che conseguono le migliori performance attraverso l'attribuzione selettiva di incentivi sia economici sia di carriera. 2. E' 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 presente decreto").

³² V. legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 12: "In caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 del presente articolo risponde ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, salvo che provi tutte le seguenti circostanze: a) di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di cui al comma 5 e di aver osservato le prescrizioni di cui ai commi 9 e 10 del presente articolo; b) di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano".

fattori e delle cause distorsive che possono inficiare le fasi del conferimento e della revoca dell'incarico dirigenziale e la valutazione dei risultati, la quale non può tradursi – per automatismo giuridico – nella distribuzione indifferenziata di incentivi e premi collegati alla performance, in assenza delle verifiche sostanziali e delle attestazioni di riscontro sul merito nella gestione, provenienti dai sistemi di misurazione adottati dalle singole amministrazioni, incentrati sul ruolo e sulle competenze dell'organismo interno di valutazione (OIV).

Tra i molteplici argomenti a favore della clausola generale di diritto pubblico, oltre a quelli letterali fondati sull'art. 1 della legge n. 20/1994, giova rinviare alle opinioni di coloro che annoverano tra i presupposti della responsabilità amministrativa la esistenza di un rapporto giuridico sottostante a quello di gestione, il cui contenuto è dato dai doveri di protezione dell'esatto adempimento dell'obbligazione³³, e quindi, più precisamente, dai doveri di buona fede, fedeltà, correttezza e lealtà nei confronti della pubblica amministrazione e della sua missione istituzionale³⁴.

Invero, il diritto amministrativo ha un presente oscuro ed un futuro radioso³⁵ a condizione che recuperi gli spazi propri con gli istituti e le discipline specifiche, senza inutili ed improprie commistioni ed ibridismi normativi.

³³ L. SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2001, 5.

³⁴ P.C. DAVIGO, *Violazione dei doveri di fedeltà ed imparzialità. Quantificazione degli effetti dannosi nelle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 2/1999, 151 ss.

³⁵ S. CASSESE, *Lectio magistralis "Verso un nuovo diritto amministrativo?"*, Bologna, I 60 anni della Spisa, 26 ottobre 2015.

DIRIGENZA E RISULTATO AMMINISTRATIVO.
VERSO UN CICLO PROATTIVO DELL'ACCOUNTABILITY
DELL'AMMINISTRAZIONE. SPUNTI A MARGINE
DEL VOLUME DI CRISTIANO CELONE

di Loredana Giani

SOMMARIO: 1. Multiformità del risultato amministrativo e (sua) rilevanza giuridica. – 2. Risultato, organizzazione, attività e atto. – 3. Risultato e ruolo della dirigenza: dal controllo di legittimità al ciclo delle *performance*. – 4. *Responsibility, accountability e proactive accountability*: un nuovo ruolo del dirigente.

Nel suo volume su “*La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*” Cristiano Celone ha con pregevole cura e attenzione analizzato una tematica certamente complessa del diritto amministrativo. Complessa non solo per il dato oggettivo, rappresentato dal disordinato affastellarsi di norme che, almeno dichiaratamente, perseguendo nobili obiettivi, spesso confliggenti tra loro, si sono stratificate nel corso degli anni, mettendo a dura prova l'interprete; ma anche per la valenza sistematica delle tematiche trattate e le loro molteplici implicazioni in diversi ambiti del diritto amministrativo.

In queste pagine, proprio partendo dalla lettura del volume, vorrei focalizzare l'attenzione sulle interferenze che il concetto di risultato amministrativo e di amministrazione di risultato¹ ha avuto sullo stesso

¹ La tematica del risultato amministrativo è stata oggetto di numerosi approfondimenti da parte della dottrina. Sul punto, tra i numerosi autori che hanno in diversa prospettiva affrontato il tema, cfr. L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1998, 299 ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, I, 1999, 57 ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Milano, 2000, 38 ss.; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, I, 2005, 1 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in V. MOLASCHI, C. VIDETTA (a cura di), *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; ID., *Analisi economica del diritto*

modo di intendere il ruolo e la figura del dirigente pubblico, e, conseguentemente, sulla stessa valutazione dell'attività amministrativa, considerata nella dimensione complessiva della *performance*.

Nel volume viene rappresentato con grande chiarezza il passaggio da una responsabilità dell'amministrazione, e dunque in ultima analisi del dirigente, di tipo contabile, e comunque correlata alla stretta legalità dell'azione dell'amministrazione a una forma di responsabilità di tipo differente, espressione essa stessa di un diverso modo di vedere e di concepire l'attività dell'amministrazione, espressione di una ridefinizione dello stesso ruolo dell'amministrazione nel contesto sociale. E così la stessa responsabilità viene proiettata in una dimensione la cui complessità impone che si abbandoni il singolare individuando, così, diverse fattispecie di responsabilità² di *accountability*, rispetto alle quali il dirigente conserva un ruolo di primo piano.

to e "amministrazione di risultato", in Dir. amm., 1, 2007, 63, ss.; ID., Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo, in AA.VV., Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 1 ss.; M. CAMELLI, Amministrazione di risultato, in Annuario AIPDA, Milano, 2002, 107 ss.; V. CERULLI IRELLI, Invalidità e risultato, in AA.VV., Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 79 ss.; G. CORSO, Amministrazione di risultati, in Annuario AIPDA, 2002, 127 ss.; M. D'ORSOGNA, Teoria dell'invalidità e risultato, in AA.VV., Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 57 ss.; R. FERRARA, Introduzione al diritto amministrativo, Roma-Bari, 2003; ID., Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione", in Diritto e società, 2000, 101 ss.; M. IMMORDINO, Certezza del diritto e amministrazione di risultato, in AA.VV., Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 15 ss.; F. LEDDA, Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione, in Foro amm., 1997, 3303 ss.; F. MERUSI, La certezza del risultato nell'amministrazione del mercato, in AA.VV., Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 36 ss.; A. POLICE, Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo, in AA.VV., Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 101 ss.; M. R. SPASIANO, Funzione amministrativa e legalità di risultato, Torino, 2003; D. SORACE, Sul risultato nel processo amministrativo: i due tipi di interesse legittimo e la loro tutela risarcitoria, in AA.VV., Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 131 ss.; A. ZITO, Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa, in AA.VV., Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 87 ss.

² Si tratta di passaggi ripercorsi con chiarezza nel volume dall'Autore nel corso della complessiva e compiuta disamina del tema. Ed è per questo che si omettono nel testo specifiche citazioni del volume la cui lettura, nel suo complesso, ha dato spunto alle riflessioni che vengono espone nel testo.

1. *Multiformità del risultato amministrativo e (sua) rilevanza giuridica*

All'origine del radicale mutamento dello stesso ruolo del dirigente pubblico, e conseguentemente della diversa ricostruzione della sistematica dei controlli e della responsabilità, accanto alle "tradizionali" esigenze di contrazione e razionalizzazione della spesa è possibile rintracciare la dimensione sostanziale in cui via via l'attività amministrativa è stata collocata nel contesto di una ridefinizione del rapporto tra potere pubblico e interessi dei soggetti privati³. Un passaggio che si coglie appieno se si guarda proprio alla formula della "amministrazione di risultato" che di fatto diviene il punto di svolta del reinquadramento concettuale della stessa attività del dirigente.

Si tratta, come noto, di una dimensione che supera la prospettiva circoscritta all'atto, secondo gli insegnamenti gianniniani, in favore di una visione più ampia dell'attività amministrativa, correlata all'azione e all'organizzazione che della prima rappresenta il riflesso operativo.

Volendo operare una ricognizione dei significati che sono stati ricondotti al termine risultato, si registra una triplice prospettiva: la prima, riferita al suo profilo meramente materiale, che rimane in una posizione secondaria ai fini di queste brevi osservazioni; la seconda riferita alla teoria del provvedimento rispetto alla quale esso si spinge fino al regime della sua (del provvedimento) validità o invalidità, entrando gradualmente a far parte del processo di valutazione (dell'atto e dell'attività) elementi quali la efficacia, prima, e la adeguatezza, poi; la terza vede il risultato riferito al regime delle responsabilità, e dunque alla valutazione dell'attività complessiva del dirigente pubblico. Una dimen-

³ Sul tema della responsabilità dell'amministrazione la dottrina è assai ampia, per tutti sia consentito rinviare a S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Milano, 2003; ID., *Colpa della p.a. e colpa grave del dipendente pubblico*, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 3301 ss., anche in *Atti del 51° Convegno di Studi Amministrativi sul tema "Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)"*, Varenna 15-17 settembre 2005, Milano, 2006, 685 e ss.; ID., *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimento della p.A.? (nota a Corte giustizia 30 settembre 2010, causa C-314/09)*, in *Giur. it.*, 2011, 664 ss. (anche in *www.giustamm.it*, n. 1/2011); S. CIMINI, G.A. PRIMERANO, *Il rapporto e le responsabilità*, in G. CARLOTTI e A. CLINI (a cura di), *Diritto Amministrativo*, vol. I, *Parte sostanziale*, Rimini, 2014, 173 ss.; G. COLOMBINI, *Corte dei conti e controlli interni*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2013, 667 ss.

sione, quest'ultima, che ha subito una significativa trasformazione man mano che si è abbandonata la visione prettamente materiale del risultato in favore del riconoscimento della sua rilevanza giuridica. Se nel primo, e almeno in una certa fase nel terzo caso, il risultato può essere considerato alla stregua di un "evento", effetto (materiale) dell'azione, nel secondo, invece, assume una rilevanza diversa, divenendo il perno del cambiamento.

Si tratta di una dimensione che, spostando il baricentro della valutazione dall'atto alla attività, ha comportato una rimodulazione degli stessi parametri di riferimento affiancando al tradizionale parametro della legalità formale, per la valutazione degli atti e dell'attività dell'amministrazione, parametri sostanziali, dapprima individuati nella efficacia ed efficienza dell'azione, e poi giustamente ampliati anche a profili concernenti la adeguatezza della misura rispetto agli obiettivi stabiliti. A fondamento di tale ricostruzione vi è una diversa dimensione concettuale della stessa funzione amministrativa, venendo in rilievo profili correlati alla soddisfazione degli interessi anche dei privati, la cui titolarità viene ricondotta alla collettività e, "*in ultima analisi, al popolo al quale viene riferita la sovranità*"⁴. In questa diversa dimensione il risultato si pone come presupposto ontologico del potere assurgendo, come sottolineava Mario Spasiano, "ad elemento essenziale connaturale all'esercizio del potere (...) parametro di riferimento della esemplificazione della funzione"⁵. Si abbandona, o se si vuole si mette in secondo piano la "semplice" materialità, in favore del profilo teleologico della funzione amministrativa. Dunque, non un "mero" risultato pratico dell'azione e dell'atto, ma una entità avente una specifica rilevanza giuridica, effetto del valore che il diritto dà a quella "attività" finalisticamente considerata. Si tratta così di due piani distinti, il primo relativo alla realizzazione del risultato in senso giuridico, il secondo relativo alla realizzazione del risultato in senso concreto. Il primo inteso, dunque, come predisposizione delle basi giuridiche concrete, dello schema legale nel quale rientra

⁴ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 7 ss.

⁵ M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., in particolare 104, dove rileva, altresì, che "la collocazione della previsione del risultato nella norma, e di qui nella funzione e poi nell'atto, legittima, già in sede di prima approssimazione, la prospettazione della erezione di quello stesso risultato come canone di verifica della legittimità della successiva azione amministrativa".

anche la determinazione degli obiettivi per la sua (del risultato) realizzazione materiale; il secondo mirante alla sua (del risultato) concreta realizzazione che dipenderà da una attività successiva (anche a carattere materiale) che ben può anche non verificarsi, si pensi all'ipotesi in cui il privato decida di non avviare l'attività oggetto di un atto abilitativo rilasciato dall'amministrazione. Dunque, una scelta che impedisce la realizzazione del risultato in concreto ma che non può incidere negativamente sulla valutazione del comportamento dell'amministrazione fino al punto di considerare non raggiunto il risultato amministrativo.

In questo contesto, il primo problema che l'interprete si è trovato a dover affrontare è rappresentato dalla individuazione dei canoni e parametri per stessa la definizione del risultato. Il dato di partenza è, infatti, rappresentato dalla rilevazione della naturale incompiutezza dell'ordinamento che per sua natura non riesce, o forse più correttamente sarebbe meglio dire non può, essere dotato, come rilevato da tempo dalla dottrina⁶, del canone della completezza, incidendo sul processo di definizione dei risultati dell'azione. In questo contesto ha assunto in dottrina un rilievo centrale la individuazione delle sedi in cui i parametri di riferimento per la definizione e valutazione del risultato possono essere individuati⁷. Sedi che via via che sono state riallocate in capo all'amministrazione, in uno con il parallelo percorso che ne ha, conseguentemente, visto accrescere la responsabilità. Prime fra tutte le sedi di programmazione (strategica) delle attività nelle quali si declina la funzione di indirizzo (amministrativo). Programmazione degli obiettivi, programmazione strategica risultano, infatti, fattori essenziali per la determinazione del risultato⁸ che consegue all'esercizio del potere, o dei poteri, della (o

⁶ A. FALZEA, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999. Sul punto cfr. A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in AA. VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 11 ss.

⁷ In maniera assai significativa G. BERTI, *La responsabilità pubblica. Costituzione e amministrazione*, Padova, 1994, rilevava che "L'amministrazione non è esecuzione delle leggi, allo stesso modo che non è libertà mercantile. Non può non accettare la direttiva del legislatore politico, ma non può neppure imporre al mercato imperativi e regole che questo non accolga e non faccia proprie. In realtà, l'amministrazione riceve impulsi normativi dall'una e dall'altra delle sfere ora dette, ed è sua prerogativa ricavare dal confronto tra la direttiva del legislatore e la convenzione mercantile, ciò che costituisce appunto il proprio codice" (371).

⁸ Sul punto si rinvia alla elaborazione svolta da A. ZITO, *Il risultato nella teoria*

delle) amministrazione(i) interessata(e), consentendo la definizione di un percorso che porta alla individuazione della c.d. spettanza, cioè delle basi giuridiche per la soddisfazione dell'interesse al bene della vita⁹. Essa, infatti, emerge nella sua centralità proprio in quanto processo di definizione delle strategie che possono essere attuate attraverso un uso razionale delle risorse rimesso alla autonomia dei dirigenti, che così sono specularmente chiamati a rispondere delle decisioni assunte, valutate, dunque, alla luce della corrispondenza ai risultati, e della idoneità rispetto ad essi¹⁰.

2. Risultato, organizzazione, attività e atto

In questa prospettiva in cui la stessa attività dell'amministrazione si pone come fattispecie giuridicamente rilevante¹¹, proprio in quanto considerata dal diritto in ragione della sua consistenza teleologica, emerge l'impatto che la dimensione del risultato ha avuto sulla rilettura del ruolo della dirigenza rispetto a una molteplicità di profili, tutti funzionali al suo raggiungimento.

dell'azione amministrativa, cit., in particolare 93 ss. Sul rilievo della programmazione è d'obbligo il rinvio a M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2001.

⁹ Sul punto cfr. A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo: Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000; ID., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001.

¹⁰ M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, cit., 220.

¹¹ In questo senso F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir. Agg. VI*, Milano, 2002, 75 ss., in particolare 83-84 il quale sottolinea che "Pur essendo sempre, nella sua realtà (o consistenza fattuale), definibile nello stesso modo, non ne consegue che l'attività amministrativa venga assunta costantemente e uniformemente nei medesimi termini come oggetto di rilevanza giuridica: anzi il diritto può assumerla in fattispecie diverse, secondo misure e condizioni molteplici. Può (...) elevare a fattispecie la sola attività che culmina nell'adozione del provvedimento, ossia la serie conclusa di atti procedurali; ovvero può conferire rilievo alla (intera) attività posta in essere da un ente, da un organo, da un funzionario in una data unità temporale; e così via". Una prospettiva riportata a sistema complessivo dal Maestro nel volume *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

Da questo angolo visuale si coglie una dimensione almeno tripartita in cui il percorso della responsabilità si articola che contempla, dunque, più profili interconnessi: organizzazione, attività, evidentemente non limitata alla singola dinamica procedimentale.

La linea interpretativa richiamata attinge alla dimensione plurale della responsabilità dirigenziale che è speculare al complessivo ruolo del dirigente e alla dimensione del risultato amministrativo, cioè un insieme (di diversi atti, procedimenti e comportamenti) orientato verso una direzione, verso la soddisfazione delle “domande sociali secondo il criterio di giustizia sostanziale”¹². Domande sociali recepite dal sistema all’interno di una precisa matrice normativa che detta le linee di indirizzo dell’azione amministrativa¹³, secondo una logica che coglie una dimensione dell’amministrazione come “forma della società”¹⁴.

¹² Così A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell’azione amministrativa*, cit., 92. In tal senso anche G. BERTI, *La responsabilità pubblica. (Costituzione e amministrazione)*, cit., il quale, in maniera significativa evidenziava che “L’amministrazione è la sede di confronto degli interessi, in quanto questi non siano soltanto dei singoli, ma siano anche della società, colta (...) nella molteplicità dei gruppi sociali definiti a seconda appunto dei loro specifici interessi. (...) Insomma, l’amministrazione deve esistere per i bisogni e i sottostanti diritti, e in essa si riversa la più gran parte della società e della solidarietà che è la ragione profonda dell’aggregazione sociale, ancor prima che l’ordine giuridico si perfezioni” (177-179).

¹³ Sul punto sia consentito rinviare a L. GIANI, *L’operazione amministrativa nella prospettiva del risultato: nel procedimento e nel processo*, cit., nel quale si sottolinea che «in questo senso si individua una dinamica circolare in cui la domanda sociale diviene l’incipit dell’azione e la sua soddisfazione, o meglio la creazione della matrice giuridica sulla quale essa (la soddisfazione) si poggia, l’elemento di chiusura del percorso. Un percorso nel quale, proprio in ragione del suo orientamento teleologico, vengono in rilievo tutti quei profili che direttamente o indirettamente incidono sul raggiungimento del risultato: dall’azione alla stessa organizzazione; dalla interpretazione delle norme, come guida dell’esercizio dell’attività discrezionale, rispetto alla quale rimane sempre saldo il vincolo della legittimità dell’azione amministrativa, alla organizzazione che deve essa stessa essere modellata in modo da garantire che “il risultato” si realizzi nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento (efficienza, efficacia, economicità, ragionevolezza, ecc.)» (202).

¹⁴ In tal senso G. BERTI, *La responsabilità pubblica. (Costituzione e amministrazione)*, cit., il quale nell’esaminare le caratteristiche del regime amministrativo in rapporto con la Costituzione, rilevava, appunto, che “la costituzione non ha pensato all’amministrazione comun ad un potere dello stato (...) ha, al contrario, inteso che l’amministrazione dovesse vedersi collegata immediatamente con la società, come un insieme di re-

Seguendo questo percorso, la assunzione del risultato come chiave di lettura dell'azione amministrativa, e dunque strumento di garanzia della soddisfazione (sempre nei margini della legittimità) degli interessi dei privati, ha dei riflessi in primo luogo sui profili organizzativi, sulla loro definizione, che deve evidentemente essere funzionale proprio al raggiungimento del risultato in ossequio alla biunivocità del rapporto tra organizzazione e funzione. E così rientrano tra i compiti dei dirigenti anche quelle "attività" che consentono una razionale organizzazione dell'attività dell'amministrazione, e dunque una pianificazione della stessa, anche in funzione di una possibile e corretta valutazione finale dell'attività in termini di risultati della gestione della macchina amministrativa.

Come anticipato, la dimensione organizzativa, evidentemente, non è l'unica chiave interpretativa della ricostruzione del percorso che porta al risultato e che ha dei riflessi sul ruolo del dirigente e, dunque, sulle sue responsabilità. Infatti, proprio la considerazione del risultato fa emergere un quadro di contesto nel quale assume una posizione di primo piano l'attività rispetto alla quale il risultato amministrativo può essere declinato come effetto giuridico di una frazione di attività, cioè di quell'insieme di atti, comportamenti e procedimenti che concorrono alla sua realizzazione. Dunque, una fattispecie (l'attività) giuridicamente rilevante presa in considerazione dal diritto in ragione dell'elemento unificante: il suo essere funzione. In questo contesto, l'autonoma considerazione della attività in termini di fattispecie (o serie di fattispecie, o operazioni¹⁵) rilevante per il diritto, permette di scindere il "regime

gole e di strutture non paragonabili a quelle affini alla politica e i costituenti veri dello stato. (...) Se dunque l'amministrazione non è un potere, essa non può che essere uno spazio libero, sia pure contrassegnato da alcune specialità di disciplina" (397).

¹⁵ L'operazione amministrativa, "insieme delle attività necessarie per ottenere un risultato concreto unitario", infatti, lontana dalla materialità che ad una prima lettura la locuzione potrebbe evocare, consente di ricondurre a unità i diversi segmenti procedurali tendenti all'unico (unitario) risultato che, come evidenziato dagli studi successivi, "tende in primo luogo a riannodare e ricompattare sul piano operativo (ossia sul piano dell'esercizio in concreto dei diversi poteri da versare nella operazione) la complessità organizzativa e la disarticolazione delle competenze" consentendone la razionalizzazione. Sul punto cfr. D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005; L. GIANI, *L'operazione amministrativa nella prospettiva del risultato: nel procedimento e nel processo*, in *Nuove Autonomie*, fasc. 2, 2012, 197 ss.; C. CACCIA-

dell'attività" (il suo statuto disciplinare dotato dei caratteri della generalità e unitarietà, estensibili a tutte le attività dell'amministrazione anche quelle di prestazione), da quello "dell'atto finale adottato", la cui forma è il riflesso del profilo teleologico¹⁶. E proprio seguendo questo percorso ricostruttivo la stessa valutazione esce dal confine dell'atto amministrativo per inserirsi in una prospettiva dimensionale più ampia che prende in considerazione la *performance*¹⁷, o meglio il ciclo delle *performance* a conferma della dimensione unitaria dell'attività. E così sul versante della validità, illegittimità, liceità e la stessa irregolarità sono riferite non solo all'atto ma anche all'attività¹⁸ differenziandosi dallo schema normativo previsto per l'esercizio dell'azione nei primi due casi, risultando dannosa per il privato nel secondo, e consistendo in una mera anomalia rispetto a detto schema nel terzo caso.

Per tale via, si intercetta il terzo profilo menzionato in precedenza. Quello della decisione amministrativa che, nella sua triplice dimensione (giuridica, economica e costituzionale), deve essere costruita in maniera tale "che conservi il più possibile i beni personali non compatibili con il bene diretto di rilievo pubblico e che realizzi quanti più beni è possibile, soddisfacendo in tal modo il maggior numero di diritti fondamentali"¹⁹. Dunque, un contenuto complesso, che si correla alla duplice prospettiva dalla quale può essere esaminato. Da un lato quella relativa al

VILLANI, *Sul ricorso per motivi aggiunti di cui all'art. 21 della legge TAR, come modificato dalla legge n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1, 181 ss.

¹⁶ Così, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., in particolare nt. 95 e 96.

¹⁷ Cfr. l'analisi di M. D'ORSOGNA, *I controlli di efficienza*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 447 ss.

¹⁸ F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., in particolare 91 ss.: "A nostro modo di vedere non c'è differenza alcuna tra (valutazione di) legalità e (valutazione di) legittimità, ove la legalità sia assunta in senso ampio e comprensivo. Ove la legalità venga intesa in senso stretto, essa diverrebbe uno degli aspetti della legittimità; la quale si pone come valore riassuntivo di tutto ciò (norme, principi, atti di programmazione, di direzione, di indirizzo) che la concreta attività amministrativa deve rispettare.

Si può prospettare una differenza, non di valori di riferimento, ma di tecnica di valutazione che può essere diretta (per la violazione di legge e l'incompetenza) e indiretta o sintomatica (per la maggior parte delle figure di eccesso di poter), ma su questa differenza non è dato costruire due diverse nozioni (legalità e legittimità) giacché i valori di riferimento sono sempre gli stessi" (92).

¹⁹ L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, cit., 44.

soggetto (pubblico) la cui attività deve essere tesa alla realizzazione del risultato; dall'altro quella, del tutto speculare alla prima, relativa al soggetto (privato) destinatario dell'azione. In questo senso la realizzazione dello schema legale determinato deve garantire, da un lato, la soddisfazione dell'interesse pubblico, dall'altro la soddisfazione di quel bene della vita che rappresenta un oggetto (mediato) dell'attività amministrativa o, se si vuole, effetto, conseguenza della decisione amministrativa. Dunque, cura degli interessi pubblici che, nell'ottica del destinatario dell'azione, finiscono col tradursi nella soddisfazione del bene della vita, oggetto mediato dell'azione dell'amministrazione, conseguenza della decisione dell'amministrazione. In questo quadro assumono un ruolo prioritario i beni che le norme mirano ad assicurare, beni o servizi che rappresentano lo scopo finale delle stesse norme. Si tratta di un cambiamento di prospettiva in cui il privato viene diversamente contestualizzato nel rapporto amministrativo, inteso come elemento, luogo nel quale il potere, situazione dinamica, si confronta con l'altra situazione dinamica sostanziale: l'interesse legittimo.

3. Risultato e ruolo della dirigenza: dal controllo di legittimità al ciclo delle performance

In questo contesto è evidente la diversa dimensione in cui si inserisce la stessa sistematica dei controlli. Legittimità, razionalità, ragionevolezza, proporzionalità sono elementi che vanno analizzati attraverso la lente che impone "all'amministrazione di guardare immediatamente ai beni della vita", e cioè ai diritti fondamentali coinvolti e "a porre in essere immediatamente tutte le iniziative necessarie a non causare e/o rimuovere il pregiudizio connesso alla loro sottrazione, distruzione, mancata realizzazione, mancata attribuzione, ecc."²⁰. Entrano in gioco non solo i parametri di efficienza ed efficacia dell'azione, o di ragionevolezza, ma anche profili sostanziali sottesi alla valutazione di proporzionalità²¹, nonché ad ulteriori

²⁰ *Ibidem.*

²¹ Sul punto cfr. M. IMMORDINO, *Il principio di certezza del diritto nei rapporti tra amministrazione e cittadini*, Torino, 2003; M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, N. GULLO, *Certezza e incertezza del diritto nell'attività amministrativa tra diritto interno e diritto europeo*, in F. VIOLA (a cura di), *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bo-

parametri, fino ad ora estranei al diritto amministrativo, quali la buona fede e l'affidamento²² ingenerati nel privato dall'amministrazione nell'esercizio della sua azione amministrativa. E così fattori quali la stabilità del provvedimento, e dunque l'affidamento sulla stabilità del risultato ottenuto attraverso il procedimento amministrativo²³ entrano a far parte del quadro complessivo di elementi che vanno a comporre il puzzle dei parametri di valutazione delle responsabilità dirigenziali.

Una prospettiva che incontra, come già accennato in precedenza, alcuni limiti connaturati alla stessa funzione amministrativa e alla stessa rilevanza giuridica del risultato amministrativo. Il primo rappresentato dalla legittimità, riferita non solo alle norme che attribuiscono e disciplinano il potere dell'amministrazione, o alle norme interne alla organizzazione dettate nell'esercizio e nei limiti della propria autonomia ma, più in generale, alle norme nelle quali sono consacrati i diritti fondamentali degli individui che rappresentano un limite, e al contempo una guida, per l'azione dei pubblici poteri²⁴, e dunque una garanzia per il privato, soprattutto ove la si proietti nella sede giurisdizionale.

logna, 2012, 53; M. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 47 ss.; A. POLICE, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, 49 ss.; N. PAOLANTONIO, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., 77 ss.; D. MARRAMA, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., 117 ss.

²² L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; S. CIMINI, *Buona fede e responsabilità da attività provvedimentoale della P.A.*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, 91 ss.

²³ Sul punto F.G. COCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 476.

²⁴ Sul punto è d'obbligo il rinvio a F. LEVI, *Legittimità*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 130 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sull'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993; G. BERTI, *La responsabilità pubblica. Costituzione e amministrazione*, cit., il quale rilevava che "Il sistema della legalità positiva dello stato di diritto in quanto riferito all'amministrazione è dunque fuori dal disegno costituzionale, ma è anche fuori, se non contro, quell'accezione di amministrazione che ci proviene in modo deciso dall'osservazione della realtà dei giorni nostri.

La legalità che la costituzione difende nel momento in cui prende ad oggetto l'amministrazione è solo quella che ne garantisce le doti fondamentali e caratteristiche,

In questo quadro di contesto si comprende perché le articolazioni della responsabilità dirigenziale si moltiplicano in parallelo alle dimensioni della legittimità che “si pone come valore riassuntivo di (...) norme, principi, atti di programmazione, di direzione, di indirizzo che la concreta attività amministrativa deve rispettare”²⁵, in quanto elementi essenziali per la delimitazione dell’ambito nel quale l’interesse si definisce.

In questo quadro generale va precisato, però, che se l’ingresso del risultato nella valutazione della dirigenza non ha incontrato ostacoli teorici limitatamente, almeno in prima battuta, a una prospettiva formale, esterna riferita a quelle parti dello statuto dell’azione amministrativa correlate a profili quali il rispetto dei tempi della decisione, la corretta motivazione della stessa, dunque aspetti formali dell’esercizio di potere, ben più complessa è stata, invece la definizione della prospettiva descritta, e ciò in quanto essa chiama il dirigente sul palco, imponendogli un ruolo nel quale la *performance* assume una valenza sostanziale.

Si tratta di un passaggio che ben si coglie anche nella sua complessità guardando alla evoluzione normativa che si è avuta nell’ultimo trentennio, il cui *incipit* va rintracciato agli inizi degli anni ’90, che hanno rappresentato un momento molto peculiare della nostra storia politica, sociale e finanziaria in cui il sistema, scosso dal ciclone di tangentopoli, è stato orientato verso una riforma che non mirava solo alla riduzione dei costi, ma ad un più ampio ripensamento in chiave etica dell’intera organizzazione amministrativa.

In questo contesto vedono la luce una serie di provvedimenti che trovano il momento di chiusura nel decreto legislativo 20 luglio 1999, n. 286. Un primo passo assai significativo che segna, come noto, proprio l’abbandono del tradizionale modello di controllo preventivo di legittimità, in favore dei cosiddetti controlli di efficienza²⁶.

cioè la funzionalità e l’imparzialità. Questi sono i fattori della libertà e del dovere dell’amministrazione. L’amministrazione è garantita nella sua libertà in quanto sia funzionale all’interesse generale e sia ispirata, nelle sue iniziative e nei suoi comportamenti da un principio di imparzialità. Viene da pensare in parallelo che la società è giusta solo se persegue il bene comune: questo induce necessariamente all’imparzialità. Sotto questo profilo l’amministrazione esprime la società in quanto rivolta al bene comune” (398).

²⁵ Così, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 92. In tal senso cfr. anche M. D’ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, cit., *passim*, spec. 127 ss.

²⁶ Per una approfondita ricostruzione delle problematiche connesse in tempi recenti al fenomeno del controllo cfr. G. DE GIORGI CEZZI, *I controlli nell’amministrazione*

A distanza di dieci anni, e con il riemergere di momenti di crisi nel sistema dell'etica pubblica, il legislatore è intervenuto nuovamente con il decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, 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. Una evoluzione normativa che dal controllo di efficienza si è spostata verso la introduzione del c.d. ciclo delle *performance*, ossia di un sofisticato meccanismo mirante a incentivare anche il merito e la qualità delle prestazioni individuali e di quelle organizzative incentrato essenzialmente sugli "obiettivi", secondo una circolarità propria dei processi di qualità.

Analizzati attraverso la lente della "organizzazione amministrativa", i provvedimenti richiamati esprimono chiara la volontà di operare una razionalizzazione dei rapporti tra organi di governo e dirigenza, funzionale alla implementazione di quella separazione tra politica e amministrazione che assume a presupposto teorico indefettibile per la costruzione di percorsi di qualità delle organizzazioni e di responsabilizzazione dei funzionari, in linea con il binomio potere-responsabilità. Si individua, così, un processo improntato alla logica della (preventiva) programmazione degli obiettivi e delle priorità da raggiungere nell'attività amministrativa concreta, di competenza dei dirigenti. Attività che viene così valutata rispetto alla consistenza del risultato raggiunto in relazione all'interesse pubblico concreto (efficacia); alla rispondenza del risultato raggiunto rispetto all'obiettivo predefinito (adeguatezza), un profilo cui il caro amico Antonio Romano Tassone aveva dedicato profonda attenzione valorizzando i profili sostanziali dell'azione amministrativa; alla quantificazione delle risorse utilizzate commisurata a quelle preventiva-

moderna: la funzione di controllo dal garantismo alla regolazione, Bari, 1990; S. CASSESE (a cura di), *I controlli della pubblica amministrazione*, Bologna, 1993; G. LADU, *Il sistema dei controlli*, in AA.VV., *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Torino, 1999, 209 ss. In particolare, sulla riforma dei controlli sugli enti territoriali minori cfr. A. ROMANO TASSONE, *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi nn. 59 e 127/1997*, in *Dir. amm.*, 1998, 57 ss.; D. SORACE, *Nuovi assetti e prospettive dei controlli esterni*, in *Banca d'Italia, I controlli delle gestioni pubbliche*, Atti del Convegno di Perugia, 2-3 dicembre 1999, Roma, 2000, 279 ss.; G. MELONI (a cura di), *I controlli sugli atti amministrativi di regioni ed enti locali*, Milano, 1998; G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, tomo II, Milano, 2003, 1343-1545.

te (economicità); alla razionalità delle scelte organizzative effettuate per la realizzazione dell'obiettivo predefinito (efficienza)²⁷. Dunque, un percorso circolare che trova proprio nella definizione degli obiettivi e, nella prospettiva della valutazione, nella definizione dei sistemi di misurazione, il suo momento centrale.

Nel contesto dei controlli interni, simili valutazioni investono l'attività amministrativa complessivamente intesa (e non i singoli atti). Esse, infatti, mirano, per lo meno in via indiretta, alla adozione di misure consequenziali di tipo non più autoritativo-sanzionatorio, bensì collaborativo-correttivo, che si sostanziano prevalentemente nella predisposizione, a conclusione della fase della conoscenza e della valutazione dell'attività svolta, di una relazione che esplicherà i propri effetti su piani diversi, atteso che l'esito negativo del controllo dovrebbe determinare l'attivazione di meccanismi di autocorrezione, in aggiunta a quelli tesi ad accertare la responsabilità dei soggetti a diverso titolo coinvolti nell'esercizio dell'attività oggetto del controllo.

I percorsi individuati a tal fine erano fondamentalmente due: la previsione di controlli (esterni) che andavano ad aggiungersi al riscontro della legittimità (senza sostituirlo), e l'articolazione di un sistema di controlli (interni) separati e distinti sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto il profilo oggettivo, nonché sotto quello dei parametri da applicare al controllo preventivo di legittimità.

La prima soluzione è stata fatta propria dalla legge n. 20/1994 che, riformando il sistema dei controlli della Corte dei conti, ha decretato il passaggio verso "un sistema che, pur non escludendo quel controllo sugli atti qualificabili come (almeno in principio) fondamentali, si impernia sul controllo concomitante e posteriore dell'intera gestione, condotto da un punto di vista comprensivo di previsioni di legge, imparzialità, efficienza". Una riforma che, come noto, ha strutturato il controllo sull'attività in modo che fosse incentrato sulla efficacia (i risultati) e sull'economicità (rapporto costi benefici), pur includendo anche la legalità (atteso il riferimento esplicito alla legittimità e correttezza dell'agire dell'amministrazione). Un controllo sulla gestione i cui parametri vengono definiti dalla stessa Corte dei conti, tenuta a redigere annualmente un programma per l'adempimento dei compiti ad

²⁷ In tal senso cfr. M. D'ORSOGNA, *I controlli di efficienza*, cit.

essa demandati, ove individuare i settori e, all'interno di essi, le attività da sottoporre a verifica.

La seconda soluzione, articolata sui controlli interni, ha trovato una prima concretizzazione nel sistema delineato dal d.lgs. n. 286/1999 prima richiamato nel quale erano originariamente previsti quattro diversi tipi di controllo interno alle singole amministrazioni: il controllo di regolarità amministrativa e contabile; il controllo di gestione; la valutazione del personale con incarico dirigenziale; la valutazione e il controllo strategico. Un sistema in cui la valutazione della legittimità (e il rilievo della eventuale illegittimità) non è, in questo ultimo caso, oggetto diretto della conoscenza e del giudizio del controllore, come nel caso del controllo operato dalla Corte dei conti. Nel caso dei controlli interni, infatti, l'attività ha come fine immediato la valutazione di altri oggetti, e ciò anche nel controllo di regolarità amministrativa e contabile che, nonostante l'esplicito richiamo alla legittimità dell'azione amministrativa, è volto in via specifica alla verifica del rispetto dei principi della correttezza della spesa.

Il modello, come noto, ha presentato profili problematici che ne hanno impedito una corretta attuazione tanto da essere oggetto di una profonda rivisitazione che si è snodata lungo diversi interventi normativi che hanno avuto inizio nel 2009. Con le risoluzioni adottate in quest'ultimo decennio²⁸ accanto a un riordino delle funzioni in materia di misurazione e valutazione della *performance*, è stato implementato il più volte menzionato ciclo delle *performance*²⁹, poi integrato nel sistema anticorruzione, con l'obiettivo di ottimizzare la produttività del lavoro pubblico e di garantire efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

4. Responsibility, accountability e proactive accountability: un nuovo ruolo del dirigente

In questo diverso contesto, il primo dato che emerge è rappresenta-

²⁸ Il riferimento è alla legge 11 agosto 2014, n. 114, di conversione del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, e alla legge 7 agosto 2015, n. 124.

²⁹ Decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 74.

to dalla considerazione secondo cui l'oggetto della valutazione consiste nella attuazione delle politiche attivate e nella soddisfazione finale dei bisogni della collettività; dall'attuazione di piani e programmi ovvero dalla misurazione dell'effettivo grado di attuazione dei medesimi, nel rispetto delle fasi e dei tempi dell'azione³⁰.

In questo si coglie il condizionamento derivante dalla rilevanza assegnata dal diritto positivo al risultato che si pone anche all'origine del ripensamento dello stesso ruolo della dirigenza. E così, nella razionalizzazione dei rapporti tra organi di governo e dirigenza, improntata alla logica della preventiva programmazione (che non a caso diviene strategica) degli obiettivi e delle priorità da raggiungere nell'attività amministrativa di competenza dei dirigenti si avverte l'esigenza di verificare la stessa effettività del momento programmatico, valutando non solo la efficacia dell'azione (raffrontando la consistenza del risultato raggiunto rispetto all'interesse pubblico concreto perseguito, o da perseguire), ma anche la sua adeguatezza rispetto all'obiettivo prefissato oltre che la sua economicità ed efficienza.

In questo contesto, dunque, il dirigente (in una proiezione non solo individuale della performance ma anche organizzativa) diviene responsabile di più risultati parametrati all'azione, alle scelte organizzative che ne rappresentano il presupposto indefettibile, e agli atti adottati, assumendo il ruolo di "anima pensante" dell'azione amministrativa che tende a un risultato giuridicamente rilevante. È, infatti, chiamato a un ruolo diverso rispetto al quale diviene determinante proprio il concetto di responsabilità, inteso non solo nella sua accezione connessa alla violazione dolosa o colposa di un obbligo, ma secondo un significato più ampio correlato alla "consapevolezza di dover rispondere degli effetti di azioni proprie". E così la responsabilità, intesa non solo come *responsibility* ma come *accountability*, diventa misura di raccordo tra attività de-

³⁰ Nel d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, nel testo coordinato con il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 74 si individuano, infatti, non solo gli obiettivi che, per espressa previsione, contenuta già nel testo originario, devono essere "rilevanti e pertinenti rispetto ai bisogni della collettività, alla missione istituzionale, alle priorità politiche e alle strategie dell'amministrazione" (art. 5, comma 2, lett. a), ma devono essere misurabili (lett. b), e valutati proprio rispetto alle effettive esigenze della collettività (art. 8, comma 1, lett. a), anche rispetto al "grado di soddisfazione delle attività e dei servizi" (lett. c).

cisionale e attività operativa³¹. Si assiste, cioè, ad una sostituzione della “legittimità delle forme” con la “legittimità della responsabilità”³² secondo una logica che non ha eguali all’interno del settore privato perché collegata al profilo della doverosità dell’azione riferita al risultato. In questa prospettiva i dirigenti sono espressione della dinamica sociale che dà contenuto al risultato e che trova nello stesso momento procedimentale il punto di equilibrio tra legalità e giustizia, o tra forma e sostanza. Dunque, una visione della responsabilità proattiva e non reattiva, in cui la *accountability* si pone in una proiezione strategica, superando, ma non abbandonando, le acquisizioni del *New Public Management*, e cioè il riferimento ai criteri di efficacia e di efficienza in favore di una valutazione della appropriatezza, adeguatezza, della scelta che consentano l’implementazione dei processi di qualità all’interno dell’amministrazione. E ciò anche al fine di evitare quello che la dottrina ha definito in termini di un vero e proprio “paradosso della *accountability*”³³ rappresentato dalla riduzione della *performance*, a fronte dell’eccessivo peso della *accountability* anche in ragione dei costi (anche organizzativi) che quest’ultima comporta. Un peso che, ad esempio, potrebbe ostacolare quei processi di innovazione che incrementerebbero la stessa *performance* in ragione del rischio che essi comportano. E ciò soprattutto in quei casi in cui essa viene manipolata secondo processi in cui si innesta una vera caccia alle streghe della responsabilità che si amplifica in misura direttamente proporzionale rispetto alla complessità dei procedimenti³⁴.

In questa prospettiva si comprende perché la sistematica dei controlli non può essere proiettata in una dimensione diversa in cui l’*accountability* viene interpretata in una prospettiva unicamente rivolta al

³¹ In tal senso cfr. G. BERTI, *La responsabilità pubblica. Costituzione e amministrazione*, cit., il quale parla di *ordinamento di responsabilità* (281).

³² In tal senso cfr. G. BERTI, cit., 375 “la vecchia legittimità amministrativa, prima di essere esigenza di rispetto delle regole legislative e adeguamento ai loro precetti, era ed è (per quanto ancora in vita) una particolare legittimazione dell’amministrazione verso la decisione politica e quindi legislativa dello Stato”. Dunque, una legittimazione diversa, basata anche sulle dinamiche procedurali che assumono una funzione strumentale rispetto allo stesso risultato.

³³ M. J. DUBNICK, *Accountability and the promise of performance: In search of the mechanisms*, in *Public Performance & Management Review*, 28(3), 2005, 367 ss.

³⁴ C. HOOD, *The risk game. Government and opposition*, 37(01), 2002, 15 ss.

passato³⁵, volta cioè a rileggere il ciclo delle *performance* usando una lente sostanzialistica.

Tale aspetto, infatti, rappresenta solo il punto di partenza per l'implementazione di processi di qualità all'interno dell'amministrazione che prendono spunto proprio dai dati emergenti dalle stesse relazioni sulla *performance* dalle quali, infatti, si traggono ulteriori elementi utili per una valutazione dei rischi amministrativi e al contempo per la individuazione di buoni esempi, buone prassi, che possono impattare sui processi decisionali esistenti.

In questa diversa dimensione l'*accountability* va inserita in una dimensione più ampia rispetto alla stessa *performance audit*, che già è un significativo passo in avanti rispetto al mero controllo di legittimità. Essa, cioè, non si ferma ai soli profili connessi all'azione dell'amministrazione svolta, siano essi riferiti al rispetto dei tempi o alla adeguatezza dell'azione rispetto alle pretese dei cittadini. Essa si estende anche alla adozione di modelli predittivi, per i quali assume un ruolo centrale la corretta individuazione degli indicatori per la valutazione della *performance*³⁶, secondo una logica del *looking forward*, identificando, così, criteri per la valutazione dei rischi, quegli stessi rischi che, concretizzatisi, hanno condizionato il risultato dell'azione del ciclo precedente. E non possono evidentemente essere tralasciati i profili connessi alla gestione finanziaria dell'ente, e ai vincoli cui essa è tenuta ad attenersi nella gestione del bilancio le cui regole nel tempo si sono dovute confrontare con i profili sostanziali dell'esercizio della funzione. Dunque, una prospettiva composita che impone che si coniughino i due aspetti, ponendo proprio l'accento sulla necessaria integrazione tra ciclo delle *performance* da un lato ed equilibrio di bilancio dall'altro³⁷ che deve essere ben

³⁵ Sul punto cfr. gli spunti contenuti in T. J. GREITENS, *Moving the Study of Accountability Forward*, in *State and Local Government Review*, 2012, 44(1), 76.

³⁶ Sul punto si rinvia alla compiuta analisi svolta da G. IACOVONE, *Indicatori di valutazione e buon andamento amministrativo nella performance dei pubblici dipendenti*, in *federalismi.it*, 1/2020, nel quale viene condotta una analisi critica, evidenziando anche i rischi che l'abuso degli indicatori può comportare proprio con riferimento alla dimensione sostanziale dell'attività.

³⁷ Su tale profilo si rinvia all'analisi, e gli spunti, contenuti in V. MANZETTI, *Quale performance amministrativa negli enti locali in situazione di grave squilibrio di bilancio?*, in *federalismi.it*, 17/2019, nel quale si evidenzia come tale aspetto sia presente nell'ultimo intervento operato con il d.lgs. n. 74 del 2017, sebbene nel confermare "le disposi-

delineata, e soprattutto garantita nella sua effettività, anche a livello di definizione degli indicatori, nei diversi livelli di amministrazione anche attraverso un allineamento delle rispettive discipline. Ma non solo. In questa prospettiva assume un ruolo centrale anche la identificazione dei soggetti responsabili per la definizione e implementazione dei cambiamenti necessari per far fronte alle criticità emerse. E in questo quadro emerge una diversa prospettiva in cui la *accountability* dello stesso dirigente può essere letta e interpretata. Dunque, una *accountability* che non solo sia ancorata ai risultati raggiunti secondo i parametri anche sostanziali del *ciclo delle performance*, ma una *accountability* proattiva, indotta proprio da quell'interconnessione imprescindibile tra dirigenza e risultato amministrativo inteso come fattispecie (giuridicamente rilevante) che consente di dare risposta alle domande sociali. Una *proactive accountability*, che, utilizzando le informazioni concernenti la regolarità, legittimità, adeguatezza dell'azione, emergenti anche dall'analisi degli stessi bilanci delle amministrazioni, superi la prospettiva delle (sole) verifiche dirette di conformità, consentendo la individuazione di azioni correttive la cui implementazione, e a monte la stessa definizione annovera come protagonista proprio il dirigente.

zioni contenute nel decreto Brunetta che, relativamente gli obiettivi non sembrano porre alcun collegamento con gli stanziamenti di bilancio, vale a dire con le risorse assegnate e con la programmazione finanziaria pluriennale" (11) rischiano evidentemente di perdere efficacia.

NUOVE RIFLESSIONI IN TEMA DI AMMINISTRAZIONE DI RISULTATO

di Mario R. Spasiano

SOMMARIO: 1. La (solo apparente) dequotazione dell'amministrazione di risultato. – 2. “Cosa è” e “cosa non è” il “risultato amministrativo”. – 3. Il punto della giurisprudenza: al fondo c'è una luce.

1. *La (solo apparente) dequotazione dell'amministrazione di risultato*

Il bel libro di Cristiano Celone, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*¹, e la interessante relazione di presentazione di Loredana Giani, offrono l'occasione, a distanza di alcuni anni dall'acceso dibattito tenutosi in dottrina con riflessi anche giurisprudenziali, per una rinnovata riflessione sul tema del “risultato amministrativo”, argomento naturalmente non limitato affatto alle problematiche proprie dell'impiego presso le pubbliche amministrazioni, ma, in termini più generali e persino sistematici, involgente l'esercizio complessivo dell'attività amministrativa, notoriamente sottoposta ad una evidente quanto profonda crisi identitaria².

¹ Il volume è edito a Napoli, nel 2018.

² Il risultato amministrativo ha costituito per lungo tempo oggetto di riflessioni e dibattiti in dottrina. Tra i contributi maggiormente significativi, si segnalano gli scritti di L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1998, 299 ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, I, 1999, 57 ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Milano, 2000, 38 ss.; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, I, 2005, 1 ss. Inoltre, con posizioni differenziate, A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; ID., *Analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”*, in *Dir. amm.*, 1, 2007, 63 ss.; ID., *Amministrazione “di risultato” e provvedimento amministrativo*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 1 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2002, 107 ss.; S. CASSESE, *Presentazione*

Una premessa al riguardo appare opportuna: l'amministrazione di risultato (o "di risultati" o "per risultati", secondo la differente terminologia e le diverse accezioni adoperate dagli studiosi che se ne sono occupati), dopo aver suscitato ampi apprezzamenti da parte di un cospicuo numero di giuristi³, in una alle critiche di altri⁴, appare ormai de-

del volume di D. OSBORNE e T. GAEBLER, *Dirigere e governare. Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione*, Milano, 1995; V. CERULLI IRELLI, *Invaldità e risultato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 79 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA*, 2002, 127 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione"*, in *Dir. soc.*, 2000, 101 ss.; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 15 ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss.; F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'amministrazione del mercato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 36 ss.; A. POLICE, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, *ivi*, 101 ss.; A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, *ivi*, 87 ss. A livello monografico, R. LA BARBERA, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, Torino, 2001 e, sia consentito, M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003. Di recente, L. GIANI, *Dirigenza e risultato amministrativo. Verso un ciclo proattivo dell'accountability dell'amministrazione. Spunti a margine del volume di Cristiano Celone*, in questo volume.

³ Rilevava il compianto A. ROMANO TASSONE (in *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 1), che la capacità di conseguire risultati utili per la collettività è un nuovo paradigma normativo dell'amministrazione, avente valore costituzionale, un autentico principio istituzionale destinato a incidere sull'organizzazione e sulla funzione amministrativa, la stessa ragion d'essere degli apparati pubblici.

⁴ Tra gli altri, si segnala G. GUARINO, in *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1985, 21 ss. secondo il quale "L'amministrazione italiana opera per procedimenti ed atti, non per risultati. L'attività viene in rilievo non nel suo disegno complessivo, ma disaggregata nell'esercizio di ogni specifico potere. ... L'amministrazione deve curare i procedimenti e gli atti, non i risultati, poiché i controlli ed il sindacato giurisdizionale sono strettamente correlati all'atto ... ogni valutazione del risultato, nel controllo e nel sindacato giurisdizionale è esclusa; ogni correlazione con altri procedimenti è vietata. ... Poiché l'attività della pubblica amministrazione è segmentata, si svolge secondo il canone degli atti e dei procedimenti, i risultati e la loro valutazione non vengono in considerazione. In conseguenza, l'amministrazione appare totalmente inidonea a scoprire le proprie deficienze". Inoltre, R. FERRARA che, nella *Introduzione al diritto amministrativo* (Roma-Bari, 2002, 166), ricordava che è "evanescente ogni criterio di misu-

quotata, scomparsa dall'orizzonte del dibattito scientifico, sopraffatta o (invero solo apparentemente) superata dalle diffuse ansie di "sburocra-tizzazione" e di semplificazione dell'organizzazione e dell'attività pubblica, in un contesto che vede puntualmente l'Amministrazione pubblica imputata quale causa d'intralcio, piuttosto che molla propulsiva dello sviluppo economico e anche sociale del Paese⁵.

L'amministrazione di risultato rinviene così, di tanto in tanto, esplicito richiamo quasi esclusivamente nel corpo di sentenze che compaiono nella giurisprudenza del giudice amministrativo o del giudice contabile e dalle quali peraltro non emerge una concezione unitaria della stessa, quanto piuttosto una congerie di distinte e parziali accezioni al più accomunate dall'anelito diffuso di un'Amministrazione funzionante.

Verrebbe dunque da chiedersi se sia valsa la pena tanto pregresso rumore, se cioè abbia avuto senso l'aspra contesa tra coloro che indicavano nell'amministrazione di risultato una delle innovazioni più interessanti dell'Amministrazione di fine dello scorso secolo e quanti invece temevano che quella stessa avrebbe potuto costituire un *vulnus* inaccettabile per il principio di legalità, barattando uno dei cardini fondamentali dell'ordinamento amministrativo (il principio di legalità, appunto) con la logica dell'efficienza, ritenuta giuridicamente estranea alla tradizione e al sistema amministrativo italiano⁶.

Siffatte considerazioni, peraltro, non apparirebbero sproporzionate se commisurate alla mole di risultati conseguiti dalle molteplici tipologie di valutazione delle prestazioni escogitate dal legislatore, sia in riferimento alle strutture pubbliche che al personale delle stesse (c.d. *performance*), valutazioni la cui fondatezza appare sotto molti aspetti oggettivamente scarsa se non risibile in tutti i contesti di riferimento, sia nelle

razione del fenomeno (n.d.r. del risultato amministrativo), nonostante i ricorrenti tentativi di accostare gli apparati amministrativi all'impresa, sul piano dell'attività e dei fini cui essa stessa è preordinata; e sembra del pari labile ed inconsistente ogni fattore dimensionale apprezzabile in termini di mera quantità, in vista della quantificazione del c.d. target, nel quadro di rapporti funzionali (e funzionalizzati) di obiettiva proporzionalità tra mezzi e fini".

⁵ Sul punto, F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 357 ss.

⁶ Sul tema, A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 40 ss. Inoltre, G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, 1967, 91, secondo il quale il termine efficienza era chiaramente determinabile come norma giuridica.

Amministrazioni dello Stato che in quelle regionali e degli enti locali, come pure nell'ampio e variegato panorama dei soggetti pubblici (agenzie, aziende, enti del più vario genere) a diverso titolo impegnati nell'arduo compito di erogazione dei servizi⁷: è sotto gli occhi di tutti l'ipocrisia di un sistema che lega la premialità finanziaria (per le strutture) e retributiva (per i dipendenti) ai risultati, affidando però la relativa valutazione ad organismi molte volte privi, sia sotto il profilo organizzativo che funzionale, dei requisiti di autonomia, o di imparzialità o, talora, anche di competenza professionale. Organismi non di rado sottoposti (direttamente o indirettamente) alla straordinaria forza persuasiva (o dissuasiva) del potere di nomina e, soprattutto, di revoca degli stessi da parte degli enti sottoposti a controllo.

Alla luce di tanto, dunque, pare difficile non condividere la diagnosi di declino anche culturale della considerazione della "amministrazione di risultato".

Tuttavia, una più attenta analisi del problema, scevra di pregiudizi, può indurre a diverse riflessioni: innanzitutto pare ragionevole rilevare che quello che si è già definito "anelito diffuso ad un'Amministrazione funzionante" costituisce in fondo non solo l'aspirazione dell'amministrazione di risultato ma anche il tratto costante delle operazioni di c.d. semplificazione e sburocratizzazione che negli ultimi anni il legislatore e i governi in carica hanno costantemente presentato quale *leitmotiv* dei propri programmi.

Potrebbe affermarsi quindi che quella esigenza di considerazione del risultato amministrativo ha solo assunto diversi connotati, magari acquisendo nuove espressioni terminologiche al passo con i tempi, una volta venuta meno la stagione dell'enfasi dell'aziendalizzazione e dei suoi modelli trasponibili nell'apparato pubblico. Resta il dato che la considerazione del risultato dell'azione amministrativa, il suo effettivo conseguimento, i relativi tempi necessari costituiscono il fondamento della persistente esigenza di certezza del diritto e di semplificazione amministrativa che si esprime mediante l'evocazione di percorsi procedurali semplici, certi, dagli esiti affidabili e tempestivi.

C'è piuttosto da fare un'autocritica in dottrina. Lo spunto è offerto da un breve quanto interessante passaggio rinvenuto nella neanche recente

⁷ L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000, *passim*.

sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5938: in quella sede, il giudice amministrativo, nel riconoscere all'amministrazione di risultato la potenzialità di disegnare "una nuova frontiera dell'amministrare e della funzione giurisdizionale", rilevava la permanente incertezza, anche sotto il profilo dell'elaborazione teorica, di non pochi fondamentali aspetti quali il *tempus* in cui dovrebbe poi intervenire il possibile sindacato giurisdizionale, il momento della valutazione del risultato, etc.

Non si può non condividere la riflessione ma forse si può andare anche oltre: la dottrina non ha mai offerto una visione unitaria del risultato amministrativo; una consistente parte di essa, colta dall'entusiasmo per i modelli aziendalistici di importazione civilistica, in auge agli inizi del nuovo secolo, ha ritenuto di poter applicare *tout court* all'Amministrazione pubblica un'accezione di risultato che in realtà finiva con l'infrangersi sulle critiche (fondate) della non sovrapponibilità dei concetti stante l'elemento differenziale decisivo costituito dall'interesse pubblico, in quanto tale non passibile di alcun baratto⁸. La fazione critica, dal canto suo, non si è mai occupata di approfondire la molteplicità dei modelli di amministrazione di risultato proposti, preferendo arroccarsi su una difesa pregiudiziale e invero poco attenta.

È su questi elementi di confronto solo parziale che, sostanzialmente, si è abbandonata la più ampia considerazione dell'amministrazione di risultato quale modello innovativo di esercizio dell'attività, si è frenata l'evoluzione e l'approfondimento di quelle nuove frontiere che – in misura magari anche non del tutto consapevole – potevano dischiudersi a tutto vantaggio del cittadino. Insomma, se il modello aziendalistico era il succo dell'amministrazione di risultato, e se quel modello non era in grado di rispondere a tutte le istanze proprie di una Amministrazione pubblica, era di conseguenza inutile procedere ad approfondire quei profili operativi sui quali invece la giurisprudenza chiedeva lumi.

Eppure secondo una accezione alla quale si aderisce, l'amministrazione di risultato non ha nulla a che vedere con i modelli aziendalistici, non risponde alla logica del risultato a tutti i costi, non necessita di alcun baratto legalità-efficienza.

⁸ In termini di baratto legalità-efficienza, si esprimeva F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss.

2. "Cosa è" e "cosa non è" il "risultato amministrativo"

Di certo l'utilizzo della terminologia "amministrazione di risultato", con il suo implicito richiamo anche semantico alle logiche aziendalistiche, aveva generato perplessità negli studiosi preoccupati delle conseguenze che una subentrante "filosofia manageriale" avrebbe potuto produrre nei confronti della legalità, valore proprio e imprescindibile dell'agire amministrativo. In altre parole, la logica di ciò che veniva definito in senso dispregiativo il "risultato a tutti i costi"⁹ avrebbe potuto compromettere seriamente il legittimo esercizio dell'attività amministrativa, obbligata a dare esecuzione ai dettati legislativi nel rispetto di tutte le regole poste dall'ordinamento.

Tuttavia, se la pubblica Amministrazione è chiamata necessariamente a perseguire i fini predisposti dalla legge, non legittimata ad operare oltre gli stessi, ciò implica che le "conseguenze" del suo agire risultano invero già prefigurate nella legge¹⁰.

Quando infatti una norma di legge attribuisce ad un centro di competenza l'esercizio di un potere, ciò accade unicamente in vista della produzione di un effetto tipizzato nella stessa disposizione, ossia del conseguimento di un assetto degli interessi, un "risultato" che, proprio perché ontologicamente già considerato dalla norma, ne costituisce parte integrante, consustanziale, assurgendo in tal modo da generico bene della vita a bene giuridicamente qualificato¹¹, meritevole dunque di e-

⁹ R. FERRARA, nella *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 148, rilevava che il problema attuale dell'amministrazione di risultato è "il modo di essere di un'amministrazione caratterizzata dall'ansia di provvedere e qualificata solo dal fatto di provvedere, quasi a prescindere dalla bontà, dalla qualità e, soprattutto, dalla legittimità dei suoi atti e comportamenti". Sul punto, cfr. F. SAITTA, *Garanzie partecipative ed ansia di provvedere*, relazione al Convegno *Il ruolo dei privati nelle nuove amministrazioni: verso l'emersione di una cittadinanza amministrativa?*, Università degli Studi di Torino, 14-15 giugno 2002.

¹⁰ È interessante notare come H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1967, 119 ss., già evidenziava che la conoscenza e la considerazione delle conseguenze dell'agire amministrativo è di per sé uno dei fattori che maggiormente incide nelle stesse scelte. D'altronde A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 82, affermava opportunamente che la comunicazione di avvio del procedimento contiene in sé già la previsione di una decisione.

¹¹ Sul punto, cfr. L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 64.

esercizio del potere amministrativo e passibile anche di eventuale tutela giudiziaria¹². Insomma, il risultato previsto è parametro di verifica della legittimità dell'esercizio dell'attività: se un Comune deve realizzare un intervento di edilizia residenziale pubblica, l'effettiva costruzione dell'opera è – insieme ad altri fattori – elemento di considerazione e di valutazione dell'azione posta in essere dal momento che la legittimazione stessa del potere di agire da parte di una pubblica Amministrazione affonda le proprie radici proprio nella previsione del risultato¹³. In altri termini, la norma di legge che conferisce poteri, sottraendo la relativa dinamica al libero gioco dei soggetti sociali ed economici, non opera in vista della definizione di un'astratta egemonia istituzionale legittimata anche a comprimere libertà e diritti, bensì in vista del conseguimento di concreti risultati rispondenti al pubblico interesse. Quei risultati costituiscono un punto di riferimento essenziale sia nell'esercizio dell'attività amministrativa, sia nella successiva eventuale attività processuale, di certo non costituiscono fattori metagiuridici, in quanto tali indifferenti, ininfluenti sotto il profilo dell'azione amministrativa e giudiziaria¹⁴.

¹² Osserva F.G. SCOCA nel suo volume *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 313, “*L'interesse legittimo ... dev'essere costruito ... come interesse al provvedimento favorevole ..., in vista ... della conservazione o dell'acquisto di un bene della vita. ... Il bene della vita è sì nello sfondo, costituisce sì il fine ultimo (mediato) per il quale il privato dialoga con l'amministrazione, ma resta fuori dalla portata dell'interesse legittimo: la conservazione o l'acquisizione del bene della vita saranno l'effetto del provvedimento, se sarà favorevole; si collocheranno nell'ordine delle conseguenze dell'azione amministrativa, fuori e oltre l'esercizio del potere*”.

Ci si permette di dissentire dall'illustre maestro sulla base della riflessione che il bene della vita, concretamente inteso, la sua effettiva realizzazione è la ragione prima dell'attribuzione del potere di esercizio di un'attività amministrativa e la sua considerazione, pur qualificandosi temporalmente quale fattore post-provvedimentale, non per questo pare priva di rilevanza giuridica. D'altronde se, come ancora l'illustre maestro rileva, “*ottenere il provvedimento favorevole è l'obiettivo (immediato) del privato, lo scopo per il quale egli partecipa al procedimento e vi esercita le facoltà inerenti all'interesse legittimo*” (*loc. cit.*), non di meno il bene della vita cui si aspira finisce con il generare, già in sede procedimentale, una serie di iniziative e atti volti ad agevolare il suo conseguimento, incidendo sull'esercizio del potere.

¹³ Nella monografia *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., 236, osservavo che “*È lo scopo che giustifica l'esistenza del potere e lo connota, lo delimita, lo conforma alla situazione sulla quale va ad incidere*”.

¹⁴ Sulla incompletezza del dato normativo e l'esigenza del suo completamento me-

Orbene, alla luce di queste riflessioni non è dato comprendere come si possa ritenere che il “risultato amministrativo” si collochi al di fuori della norma, un elemento ad essa estraneo, quasi un di più rispetto alla stessa. Esso, invece, è la ragione stessa della legittimazione anche costituzionale della disposizione attributiva del potere amministrativo e non solo alla luce del principio di buon andamento di cui al 97 Cost. ma anche del principio di sussidiarietà di cui all’art. 118 Cost.

Il risultato amministrativo si colloca dunque dentro il principio di legalità, lo connota, gli attribuisce un significato precipuo, coerente con l’esigenza di effettività della tutela degli interessi solo in vista della quale trovano legittimazione tutti i centri di potere pubblico.

Ed è in questa prospettiva che pare vada condivisa l’affermazione dell’illustre studioso Franco Gaetano Scoca¹⁵, secondo cui “*la rilevanza attribuita al risultato amministrativo costituisce l’innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l’attività amministrativa; ed è tale da modificare il modo stesso di amministrare, il modo cioè in cui i funzionari intendono la loro azione*”.

La sussunzione del risultato nell’ambito della legalità, determina l’estensione del tradizionale rapporto norma-atto, al rapporto norma-atto-risultato.

Appare dunque opportuno a questo punto soffermarsi sulla natura giuridica di quest’ultimo: il risultato amministrativo va inteso evidentemente non in termini economici, bensì giuridici, contrariamente a quanto prospettato da molte delle letture ispirate alle già richiamate accezioni

dante il procedimento, cfr. A. FALZEA, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999. Sul punto cfr. A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione “di risultato” e provvedimento amministrativo*, in AA. VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 11 ss. Come rilevato da G. BERTI, *La responsabilità pubblica. (Costituzione e amministrazione)*, Padova, 1994, 371, “*L’amministrazione non è esecuzione delle leggi, allo stesso modo che non è libertà mercantile. Non può non accettare la direttiva del legislatore politico, ma non può neppure imporre al mercato imperativi e regole che questo non accolga e non faccia proprie. In realtà, l’amministrazione riceve impulsi normativi dall’una e dall’altra delle sfere ora dette, ed è sua prerogativa ricavare dal confronto tra la direttiva del legislatore e la convenzione mercantile, ciò che costituisce appunto il proprio codice*”. Sul punto, cfr. M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, in *Dir. amm.*, 2000, 131 ss.

¹⁵ F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. del Dir.* (VI agg.), Milano, 2002, 10.

aziendalistiche. Il risultato amministrativo, infatti, lungi dal consistere nella necessaria soddisfazione materiale della pretesa del cittadino (secondo la prospettata quanto erronea logica del risultato a tutti i costi), lungi dal consistere nella considerazione necessariamente economica del valore di una pretesa, consiste piuttosto nella necessaria e tempestiva presa in considerazione di tutti gli interessi in gioco nonché nella soddisfazione delle pretese giuridicamente fondate. Un'amministrazione di risultato è anche quella che nega il bene cui aspira un soggetto, dando a questi seria e tempestiva ragione delle motivazioni circa l'infondatezza della sua pretesa.

Articolazione del principio di buon andamento¹⁶, l'amministrazione di risultato implica la rapida presa in considerazione degli interessi, la loro ponderazione e la loro efficace tutela mediante un'azione appropriata dell'Amministrazione che va, mediante il procedimento, ad integrare il dettato normativo, da solo altrimenti incapace di esaurire il processo di individuazione degli interessi meritevoli di cura e di indicare la relativa misura della giusta loro considerazione¹⁷.

¹⁶ M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 47 ss. Sul punto, M. GOLA, *Il nuovo statuto della funzione pubblica: la dirigenza e il personale*, in F. MASTRAGOSTINO - G. PIPERATA - C. TUBERTINI (a cura di), *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bologna, 2016, 155 ss.

¹⁷ L. GIANI, *L'operazione amministrativa nella prospettiva del risultato: nel procedimento e nel processo*, in *Nuove Aut.*, 2012, 202, rileva che "in questo senso si individua una dinamica circolare in cui la domanda sociale diviene l'incipit dell'azione e la sua soddisfazione, o meglio la creazione della matrice giuridica sulla quale essa (la soddisfazione) si poggia, l'elemento di chiusura del percorso. Un percorso nel quale, proprio in ragione del suo orientamento teleologico, vengono in rilievo tutti quei profili che direttamente o indirettamente incidono sul raggiungimento del risultato: dall'azione alla stessa organizzazione; dalla interpretazione delle norme, come guida dell'esercizio dell'attività discrezionale, rispetto alla quale rimane sempre saldo il vincolo della legittimità dell'azione amministrativa, alla organizzazione che deve essa stessa essere modellata in modo da garantire che "il risultato" si realizzi nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento (efficienza, efficacia, economicità, ragionevolezza, ecc.)".

G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 22, rilevava che "l'attività amministrativa è teleologicamente o finalisticamente orientata" e la sua validità dipende proprio dalla sua conformità rispetto al fine. "Per l'amministrazione, la legge è essenzialmente attribuzione di competenza per il raggiungimento di un fine sicché tale fine diventa criterio di valutazione delle sue attività". Sul tema cfr. R. LA BARBERA, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, Torino, 2001, 49 ss.

A questa logica del risultato si oppongono naturalmente tutte quelle forme di legittimazione dell'inerzia amministrativa, quali i meccanismi di silenzio significativo o anche della segnalazione certificata di inizio attività¹⁸, che da un lato lasciano nell'incertezza il cittadino in ordine all'affidabilità delle conseguenze delle proprie iniziative, dall'altro generano persino dubbi di legittimità costituzionale che involgono la invero singolare *ratio* sottesa alla logica giustificatrice di soggetti pubblici (organismi) che, benché istituzionalmente preposti (obbligati) all'esercizio di funzioni di amministrazione attiva, sono legittimati ad "operare mediante l'inazione", magari limitandosi all'uso di poteri di autotutela e sanzionatori, di certo solo scalfiti dall'irrigidimento e dalla limitazione dell'esercizio del potere di annullamento¹⁹.

L'amministrazione di risultato dunque non è affatto "sparita" dal panorama del diritto amministrativo. Essa, dopo aver opportunamente inciso in termini di dequotazione dei vizi formali del provvedimento, di valutazione della fondatezza della pretesa vantata in ipotesi di silenzio-inadempimento, così come, in ambito processuale, dell'ampliamento della giurisdizione da giurisdizione sull'atto a giurisdizione (anche) sul rapporto, continua ad ispirare i più recenti tentativi di riforma amministrativa volti alla semplificazione. Questi ultimi, tuttavia, pur mossi da intenti condivisibili, si profilano di corto respiro, limitandosi per lo più ad incidere sugli effetti piuttosto che sulle cause dei fenomeni di inefficienza amministrativa.

¹⁸ In termini di incertezza in tema di silenzi e di s.c.i.a., cfr. M.A. SANDULLI, *Gli effetti della legge 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, 2015. A. TRAVI, *Semplificazioni e liberalizzazioni*, in *Le riforme amministrative italiane: un confronto europeo. Atti del Convegno Spisa (l'8 marzo 1999)*, Bologna, 2000, 96, rilevava già venti anni orsono che la semplificazione amministrativa non può tradursi in chiave economicistica, ma deve tendere ad esprimere l'esigenza dell'ordinamento democratico di rendere veramente servente l'apparato amministrativo nei confronti dei cittadini.

¹⁹ Sul tema, F. FRANCIOSI, *Profili evolutivi dell'autotutela (decisoria) amministrativa*, in A. RALLO - A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, 9 ss.

3. Il punto della giurisprudenza: al fondo c'è una luce

Il panorama giurisprudenziale in tema di amministrazione di risultato mostra, con talune eccezioni, l'influenza subita dalla lettura prevalentemente aziendalistica prospettata in dottrina, comunque finendo con l'imputare a quel modello significati anche indirettamente risalenti all'idea di un'amministrazione efficiente in chiave prevalentemente economicistica.

Non mancano tuttavia esempi di più ampie riflessioni soprattutto prospettate in termini di valutazione organizzativa.

Il Consiglio di Stato, Comm. spec., con decisione consultiva emessa il 21 aprile 2017, n. 926, plaudiva alla logica impressa dal legislatore ad un testo normativo finalizzato alla creazione di un apparato professionale qualificato e adeguato, regolato dalla meritocrazia e orientato al servizio, capace di interagire fattivamente con le esigenze dell'utenza, "secondo una logica operativa di progressiva sostituzione dell'amministrazione per atti con l'amministrazione di risultato", ossia con la sostituzione dell'esercizio di un potere con l'erogazione di un servizio. Una normativa, dunque, definita capace di dar vita ad un apparato apprezzabile e valutabile secondo parametri di efficienza reale, non già come apparato chiuso ed autoreferenziale, qualificato esclusivamente per l'adozione di atti di natura autoritativa. Insomma, un testo riformatore ritenuto in grado di coniugare in modo utile e adeguato le finalità espressamente perseguite dal legislatore delegante e le più profonde scelte, di natura non esclusivamente logico-giuridica, ma soprattutto socio-economica²⁰.

L'analisi del supremo organo consultivo statale rivela di certo la consapevolezza delle nuove esigenze organizzative e funzionali che l'utenza richiede all'apparato pubblico, ma ancora una volta tale sensibilità non consente al Consiglio di Stato di assegnare al risultato amministrativo una specifica valenza giuridica, preferendo invece relegarlo nell'ambito della considerazione socio-economica.

²⁰ In termini, M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 124, secondo la quale le strutture preposte alla cura del pubblico interesse rinvergono la ragione della propria esistenza nel "raggiungimento di risultati pratici che devono essere nel complesso tali da consentire la soddisfazione dell'interesse pubblico in concreto perseguito che altro non può essere che il fine determinato dalla legge".

Invero, l'amministrazione di risultato aveva costituito nel 2010 (sentenza Tar Piemonte, sez. I, 8 giugno 2010, n. 2727) oggetto di una specifica riflessione del giudice amministrativo che, ripercorrendone le origini, aveva rilevato che sin dagli anni '60 la dottrina aveva avviato un dibattito intorno ad essa, contrapponendola all'amministrazione per atti. Solo a fine anni '90, tuttavia, l'affermazione dei criteri di efficienza e di efficacia assurgevano a parametri dell'esercizio dell'azione amministrativa a seguito delle profonde riforme concernenti l'esercizio dell'attività pubblica: la legge sul procedimento amministrativo e il decreto legislativo di riforma dell'impiego presso le pubbliche Amministrazioni, in particolare, ponevano proprio quei criteri, insieme a quello di economicità, al centro di un nuovo possibile sindacato anche di legittimità dell'atto amministrativo per violazione del principio di buon andamento (tradizionalmente avente valore meramente programmatico), spazi inusitati che il giudice amministrativo individuava mediante una lettura economico-contabile dell'attività amministrativa, ricomprendente la violazione dei principi di sana gestione finanziaria. Una prospettiva, dunque, di tipo ancora prevalentemente economicistico del risultato.

Un approccio decisamente più ampio alla nozione in esame era emerso invece da due precedenti interessanti sentenze: quella del Tar Campania, Napoli, sez. V, 1 luglio 2006, n. 7428, e quella successiva, già richiamata, del Consiglio di Stato, sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5938.

Con la prima, l'amministrazione di risultato riceveva una ricostruzione interessante nell'ottica comportamentale dei rapporti tra enti pubblici: l'anelito di un'amministrazione efficace, al servizio del cittadino, qualificata come amministrazione di risultato, induceva il giudice ad affermare l'esistenza di un vero e proprio obbligo, in capo alle Amministrazioni pubbliche, di operare tra loro esclusivamente in vista del conseguimento della "soluzione dei problemi e non a litigare davanti al giudice". Qualsiasi forma di irrigidimento formalistico posto a fondamento di dispute irrisolte risultava inaccettabile nell'ottica dell'amministrazione di risultato, che assurgeva a vero e proprio autonomo principio giuridico, operante nei rapporti inter-istituzionali.

La sentenza del Consiglio di Stato n. 5938/2008, già richiamata, pur collocando il risultato dell'azione amministrativa al di fuori dei parametri propri del controllo di legittimità demandati al giudice amministrativo, poneva importanti premesse nel rilevare: "*Non ignora la Sezione*

quanto affermato da autorevoli correnti dottrinali in ordine alla necessità di un ampliamento del sindacato del plesso giurisdizionale amministrativo, dipendente dalla sempre maggiore connessione che l'attività provvedimentale amministrativa presenta con aspetti economico-finanziari. A tale autorevole corrente di pensiero, che si rifà all'evolutive concetto di amministrazione di risultato (cui dovrebbe conseguire un vaglio giudiziale incidente anche sul risultato ultimo dell'attività provvedimentale, quello cioè afferente alla res, all'oggetto del provvedimento amministrativo) va riconosciuto il merito di avere disegnato una nuova frontiera dell'amministrare e della funzione giurisdizionale". Al contempo, osservava il supremo giudice amministrativo, non va disconosciuto che alcune innovazioni legislative possano preconizzare una futura evoluzione del modello provvedimentale auspicato dai fautori della tesi. Ma allo stato il percorso evolutivo è lungi dall'essersi realizzato in modo compiuto permanendo l'esito anche economico di un'attività amministrativa ricollegabile ancora al merito della stessa, non concorrendo a comporre l'oggetto dell'attività provvedimentale, insindacabile sotto il profilo della legittimità.

Il percorso argomentativo condotto appare foriero di notevoli premesse, sebbene ad esse non conseguano effetti rilevanti sia sotto il profilo della individuazione di parametri di esercizio dell'attività amministrativa che di sindacato giurisdizionale. Come si rilevava, è sinora mancato un più completo contributo dottrinale al tema, al punto che l'Amministrazione di risultato permane nella giurisprudenza tuttora quale espressione di poco più che un anelito: essa è "*snella, veloce, poco costosa ed efficiente*", secondo la trama della Corte dei conti, sez. giurisd. Campania, 16 marzo 2011, n. 359, per la quale si registra un fondamento anche nel diritto dell'Unione Europea che impone agli Stati membri il rispetto dei parametri di stabilità attraverso, tra l'altro, la riduzione della spesa pubblica (lettura in chiave finanziaria).

Se i riflessi maggiormente ricorrenti che emergono nella giurisprudenza in tema di amministrazione di risultato riguardano le conseguenze che essa produce in termini di nuove tecniche (o contesti) di sindacato, non mancano tuttavia alcune luci di grande interesse che si fondano proprio sulla considerazione centrale del processo quale strumento preposto alla tutela dell'interesse legittimo vantato e dunque del concreto bene della vita ad esso connesso. Proprio la considerazione della in-

timità di tale rapporto ha indotto il giudice amministrativo all'esercizio di un vaglio più penetrante rispetto al mero riscontro della illegittimità formale in cui *“la qualificazione di invalidità dipenda più che dalla difformità rispetto ad un parametro normativo, dalla devianza rispetto all'obiettivo il cui solo perseguimento legittima il potere dell'autorità”* (Tar Campania, Napoli, sez. V, 17 maggio 2019, n. 2616; *ibi*, sez. VII, 28 luglio 2014, n. 4339; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428).

L'ultimo passaggio riportato, di grande interesse sotto il profilo ricostruttivo, spinge a ulteriori considerazioni: il risultato amministrativo è dunque il conseguimento del bene della vita cui un soggetto aspiri legittimamente. Esso, non necessariamente a natura economica²¹, è già prefigurato dalla norma di legge che dispone l'attribuzione di un potere ad un soggetto pubblico solo in vista del conseguimento della cura di uno o più interessi pubblici e privati ed è cristallizzato dal procedimento amministrativo che determina la regolazione in concreto del legittimo assetto dei rapporti. Quel conseguimento impegna gli organi dell'Amministrazione innanzitutto ad operare, a farlo in modo tempestivo, efficace e concludente: qualsiasi atto e/o comportamento si discosti da tali finalità sarà illegittimo, tra l'altro, perché contrario all'amministrazione di risultato, fattore espressivo del principio di buon andamento applicato al caso concreto. Al giudice, cui spetta la tutela processuale, va il riscontro della verifica, nell'operato dell'Amministrazione, della centralità della considerazione del risultato, della stretta funzionalizzazione allo stesso dell'intero suo *agere*, della coerenza e della rigorosa congruenza procedimentale del piano di intervento amministrativo realizzato che,

²¹ In un mio precedente lavoro, *Crisi dei mercati e dell'amministrazione democratica*, in AA.VV., *Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2010, 461 ss., si evidenziava come nella società contemporanea la qualità dell'azione amministrativa, con le sue modalità e i suoi tempi operativi, costituisca un fattore di decisiva rilevanza non solo in ambito economico, in presenza cioè di mercati a carattere concorrenziale, ma anche in contesti a valenza sociale, laddove la qualità della vita del singolo dipende in misura rilevante anche dalla qualità delle risposte che l'amministrazione è in grado di apprestare. In questa prospettiva, il buon andamento, nelle vesti di risultato giuridico, si identifica nella effettività dell'esercizio dell'azione amministrativa, in una risposta certa, tempestiva e chiara che il privato ha un vero e proprio diritto ad ottenere.

lungi dal lasciarsi indurre all'indulgenza nei riguardi di perniciose ridondanti prassi amministrative o di ingiustificate inerzie o strumentali quanto improbabili (per fondatezza) rivendicazioni di ambiti di competenza, sia proseguito nella consapevolezza della centralità ed essenzialità del conseguimento del risultato, anch'esso parametro di esercizio del sindacato di legittimità sotto il profilo dell'eccesso di potere, nella considerazione che è proprio in quel risultato, inscritto nella legalità, che l'Amministrazione è chiamata a dar conto della propria legittimazione ad agire²².

Ma qui la storia è ancora tutta da scrivere.

²² R. LA BARBERA, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica degli effetti del provvedimento*, cit., 23, osservava che dovrà "considerarsi illegittima ogni ponderazione di interessi che non giustifichi le modalità di svolgimento del processo valutativo con riguardo alla previsione degli effetti materiali derivanti dalle differenti alternative ipotizzate nei differenti progetti di provvedimento presentati da soggetti pubblici e privati intervenuti nel procedimento amministrativo ... (n.d.r. considerando) che nell'elaborazione della decisione amministrativa la previsione degli effetti si pone come canone orientativo del processo decisionale in senso stretto".

LA PLURALITÀ DELLE FONTI DELLA DIRIGENZA PUBBLICA TRA AUTONOMIA NORMATIVA DEGLI ENTI TERRITORIALI E RICENTRALIZZAZIONE STATALE

di Nicola Gullo

SOMMARIO: 1. Premessa. La complessità del sistema delle fonti in materia di dirigenza pubblica. – 2. Il riparto delle competenze normative tra Stato ed enti territoriali nell'ordinamento costituzionale repubblicano. – 3. Le nuove prospettive introdotte dalla revisione del Titolo V della Costituzione e gli orientamenti del legislatore statale. – 4. La riforma “Madia” e la conferma dei vincoli statali per i legislatori regionali. – 5. La ricomposizione del quadro delle fonti ad opera della giurisprudenza costituzionale tra valorizzazione dell'autonomia normativa delle Regioni e riconoscimento della (nuova) centralità della legislazione statale. – 6. *Segue*. La rilevanza dei “principi generali di organizzazione pubblica” per la conformazione della dirigenza regionale. – 7. Il sistema delle fonti della dirigenza locale. – 8. Conclusioni: un assetto dinamico nella logica della (limitata) integrazione.

1. Premessa. La complessità del sistema delle fonti in materia di dirigenza pubblica

La perimetrazione del sistema delle fonti che riguarda la dirigenza pubblica¹ costituisce una questione ancora complessa, in quanto continua a sollevare una serie di delicati problemi di interpretazione dell'attuale assetto costituzionale di non facile inquadramento, come testimonia l'andamento della stessa giurisprudenza della Corte costituzionale che risulta segnato da parziali oscillazioni e ripensamenti nell'individuazione del punto di equilibrio tra autonomia normativa degli enti territoriali e permanente attitudine regolativa del legislatore statale². Infat-

¹ Sulla complessa evoluzione della disciplina in tema di dirigenza pubblica si veda A. BOSCATI, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, in *Lav. pubb. amm.*, 2017, 46 ss.

² Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale cfr. F. GHERA, *Regioni e diritto del lavoro*, Torino, 2012.

ti, il cambiamento dello scenario costituzionale che scaturisce dalla revisione del Titolo V della Costituzione, con cui sono stati introdotti nuovi criteri di ripartizione delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni, ha reso più incerta e flessibile la relazione tra le varie tipologie di fonti che incidono sulla disciplina della dirigenza pubblica, soprattutto di quella incardinata nelle amministrazioni regionali e locali.

Se per quanto riguarda la configurazione della dirigenza nazionale – sia di quella ministeriale che di quella inserita nell’organizzazione degli enti pubblici parastatali – è indiscutibile che spetta al legislatore statale il compito di dettare la relativa regolamentazione, stabilendo anche la linea di confine tra le fonti pubblicistiche e quelle negoziali³, allorquando viene in rilievo la dirigenza regionale e locale, rimane controverso il ruolo che deve continuare ad assumere la legislazione statale⁴. Rispetto ad un’impostazione fondata su una formalistica lettura degli indici costituzionali, nell’ottica di una rigida demarcazione delle sfere di competenza, è prevalsa nella prassi legislativa una tendenza alla “ricentralizzazione” della disciplina giuridica⁵, che ha ottenuto, nel complesso, l’avallo del giudice delle leggi attraverso il riconoscimento di nuove – e controverse – categorie giuridiche in grado di ricomporre, in un quadro coordinato e coerente, la pluralità dei titoli competenziali.

Per definire i punti essenziali del modello di riparto della potestà le-

³ Cfr. G. D’ALESSIO, *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna, 2012, 50 ss.; M. DANZA, *D. Lgs. 30 marzo 2001 n. 165. Il testo unico sul pubblico impiego “Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”*, VIII ed., Roma, 2017; M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013 – 2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)*, Torino, 2018.

⁴ Con riferimento ai problemi interpretativi che contrassegnano la ricostruzione del sistema delle fonti della dirigenza degli enti territoriali si permetta di rinviare a N. GULLO, *I rapporti tra legislazione ordinaria, potestà statutaria e regolamentare nel quadro costituzionale*, in A. CONTIERI, M. IMMORDINO (a cura di), *La dirigenza locale*, Napoli, 2012, 58 ss.

⁵ Sulle tensioni che hanno accompagnato la disciplina del pubblico impiego dopo la riforma costituzionale del 2001 si veda T. TREU, *Diritto del lavoro e federalismo*, in V. CERULLI IRELLI, C. PINELLI (a cura di), *Verso il federalismo*, Quaderni di Astrid, Bologna, 2004, 185 ss.

gislativa *in subiecta materia*, occorre richiamare, ancorché in maniera necessariamente sintetica, le fasi principali di formazione del nuovo sistema, evidenziando soprattutto la complicata sovrapposizione ed interazione tra le scelte normative del legislatore statale e gli orientamenti seguiti dai legislatori regionali⁶.

2. Il riparto delle competenze normative tra Stato ed enti territoriali nell'ordinamento costituzionale repubblicano

Com'è noto, prima della riforma costituzionale del 2001, non poteva essere revocata in dubbio la centralità della legge statale per la regolamentazione del lavoro dipendente presso gli enti territoriali, nonché per la disciplina del ruolo e della posizione organizzativa della dirigenza regionale e locale nel sistema amministrativo.

Anzitutto, il pubblico impiego regionale, *lato sensu* inteso, si poteva ricondurre, in virtù delle originarie disposizioni della Carta costituzionale, nell'alveo della legislazione concorrente tra Stato e Regioni a statuto ordinario: difatti, l'inserimento, tra le materie di cui al primo comma dell'art. 117, anche di quella qualificata come «ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione» consentiva di attrarre nell'orbita della potestà ripartita – secondo l'interpretazione ampiamente consolidata nella giurisprudenza costituzionale – non solo l'organizzazione delle strutture amministrative regionali, ma anche lo stato giuridico ed economico del personale regionale, nonché i profili relativi alla dirigenza amministrativa, in quanto dimensione strumentale all'autonomia amministrativa e organizzativa della Regione⁷.

Per le Regioni ad autonomia differenziata, invece, le regole costituzionali erano calibrate in termini differenti, dato che, sulla scorta di quanto sancito dai rispettivi statuti speciali, veniva riservata alla loro po-

⁶ Un'interessante ricognizione si ritrova in A. TROJSI, *Introduzione. Una nuova riforma del lavoro pubblico: le ripercussioni su Regioni ed Enti locali*, in *La cd. "Riforma Brunetta" del lavoro pubblico. Valutazione, responsabilità e merito tra legislazione e contrattazione*, in *Le Istituzioni del federalismo*, n. 5/6, 2009, 647 ss.

⁷ Si veda, *ex multis*, S. BATTINI, *Autonomia regionale e autonomia negoziale nella disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici*, in *Le Reg.*, 1998, 689 ss.

testà legislativa primaria sia l'organizzazione degli uffici amministrativi, sia la disciplina del personale pubblico⁸.

Nondimeno, in tale assetto costituzionale spettava pur sempre al legislatore statale – sia pure in base a differenti presupposti normativi e con un grado di rilevanza alquanto diversificato – determinare i principi da considerare ancora vincolanti per i legislatori regionali: sicché, mentre nei confronti delle Regioni a statuto ordinario era compito della legge statale individuare i “principi fondamentali” in ordine alle modalità di funzionamento dell'amministrazione regionale e alla gestione del rapporto di pubblico impiego⁹, con riguardo alle Regioni a statuto speciale era affidato alla fonte normativa statale la determinazione delle “norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica”: una categoria, quest'ultima, di matrice statutaria, evocativa di una serie di principi di rilievo nazionale destinati a condizionare specificamente l'esercizio della potestà regionale primaria o esclusiva¹⁰.

Peraltro, per entrambe le declinazioni della competenza legislativa regionale, che si potevano desumere dal previgente ordine costituzionale, sussisteva, altresì, il limite del diritto privato, un ambito di stretta pertinenza statale come precisato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 7 del 1956, e poi confermato dalla riforma costituzionale del Titolo V con l'inserimento del sintagma «ordinamento civile» (art. 117, co. 2, lett. l) tra le materie di legislazione esclusiva dello Stato¹¹.

⁸ A. TROJSI, *Le regioni nella disciplina e nella gestione del lavoro pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, 83 ss.; con riguardo alle condizioni previste dallo statuto siciliano si rinvia a N. GULLO, *La riforma della dirigenza della Regione siciliana alla luce della legge regionale 15 maggio 2000, n. 10*, in *Nuove Autonomie*, 2000, 332 ss.

⁹ Secondo lo schema tipico della legislazione concorrente: cfr., *ex multis*, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2005, 272.

¹⁰ Tale clausola ha trovato posto negli statuti speciali, quale limite per l'autonomia legislativa regionale: così, per esempio, nello statuto speciale della Regione siciliana si può evincere indirettamente dall'inciso dell'art. 14, co. 1, relativo alle «riforme agrarie e industriali deliberate dalla Costituente del popolo italiano»; lo statuto della Regione Valle d'Aosta richiama direttamente nell'art. 2 la categoria delle «norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica»; in tal senso anche l'art. 4 dello statuto della Regione Friuli Venezia-Giulia.

¹¹ Sul tema si veda E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, 2005.

Per quanto concerneva la dirigenza delle amministrazioni locali, ovviamente non potevano sussistere particolari problemi interpretativi, in considerazione della copertura offerta dell'originario art. 128 Cost., che istituiva una riserva di legge statale in materia di ordinamento di Comuni e Province¹².

Di conseguenza, quando è stata avviata dal legislatore statale la privatizzazione del rapporto di impiego dei dipendenti pubblici, estesa in modo progressivo anche ai dirigenti amministrativi, è stata altresì regolata l'incidenza della nuova disciplina nazionale nei riguardi del lavoro pubblico presso le amministrazioni regionali e degli enti locali¹³, secondo un approccio gradualistico che teneva conto del livello di autonomia normativa degli enti territoriali, un modello poi confluito nel TUPI¹⁴.

Così, in termini generali, l'art. 1, co. 3, TUPI, ha ribadito che «le disposizioni del [...] decreto costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione. Le Regioni a statuto ordinario si attengono ad esse tenendo conto delle peculiarità dei rispettivi ordinamenti»: in tal modo, i criteri informativi della riforma sono stati imposti alle Regioni ad autonomia comune attraverso la previsione di un obbligo di adeguamento.

Tale impostazione è stata vieppiù ribadita con riferimento alla disciplina della dirigenza amministrativa dall'art. 27 TUPI, secondo cui «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'art. 4 (principio di distinzione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e gestione amministrativa) e del presente capo (II dirigenza) i propri ordinamenti, tenendo conto delle relative peculiarità».

Invece, in base all'art. 1, co. 3, ult. parte, TUPI, è stato previsto che

¹² Per l'analisi dell'art. 128 Cost., cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1984, 428 ss.

¹³ Con particolare riferimento alla dirigenza amministrativa si vedano, in particolare, F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006; A. DI CASOLA, *Le dirigenze pubbliche nei recenti interventi normativi: funzioni e rapporto con la politica*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 5/6, 2009, 1033.

¹⁴ Il TUPI è stato approvato con il d.lgs. n. 165 del 2001: cfr. A. FOCILLO, *Il rapporto di lavoro nel pubblico impiego. Evoluzione e commento*, II ed., Roma, 2018.

«i principi desumibili dall'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, e successive modificazioni, e dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni e integrazioni, costituiscono altresì, per le Regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e Bolzano, norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica». In questo caso, però, il novero delle norme statali destinate a vincolare le regioni ad autonomia differenziata è stato più circoscritto, in quanto il valore semantico della nozione giuridica di "norme fondamentali di riforma economico-sociale" non è sovrapponibile alla categoria dei principi fondamentali e riguarda, semmai, quella gamma di principi che assumono un carattere fortemente innovativo rispetto al quadro giuridico previgente; con la conseguenza che più ampio si poteva considerare, in questa ipotesi, il margine di adattamento normativo assicurato al legislatore regionale.

La dirigenza locale, infine, ha trovato la sua disciplina di riferimento – peraltro parzialmente derogatoria rispetto a quella generale dettata per dirigenza pubblica – nei vari provvedimenti legislativi statali che hanno rimodulato il rapporto tra politica e amministrazione nell'ordinamento degli enti locali, poi assorbiti e riordinati dal TUEL, approvato con il d.lgs. n. 267 del 2000¹⁵: un assetto normativo nel complesso abbastanza definito, secondo la logica della uniformazione istituzionale, pur con il riconoscimento di una dimensione di autonomia organizzativa – nonché normativa – per gli enti locali¹⁶.

3. Le nuove prospettive introdotte dalla revisione del Titolo V della Costituzione e gli orientamenti del legislatore statale

Com'è noto, la revisione del Titolo V, approvata per avviare la trasformazione, almeno tendenziale, dello Stato italiano in ordinamento di tipo federale, ha mutato profondamente i rapporti tra la legislazione sta-

¹⁵ Si veda N. GULLO, *I rapporti tra legislazione ordinaria, potestà statutaria e regolamentare nel quadro costituzionale*, cit., 72.

¹⁶ Bisogna ricordare che molteplici profili dell'organizzazione amministrativa dell'ente locale sono rimessi alla disciplina statutaria e regolamentar: cfr. G. DE MURO, *Art. 6. Statuti comunali e provinciali*, in R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 30 ss.

tale e quella regionale e, in generale, le relazioni tra lo Stato e le istituzioni territoriali.

Senza entrare nel merito dei molteplici profili giuridici che contraddistinguono questa complessa riforma costituzionale, si debbono richiamare le principali innovazioni che hanno contribuito a rendere più complesso e dinamico il sistema delle fonti normative nei settori dell'organizzazione amministrativa e del pubblico impiego.

a) In primo luogo, occorre segnalare il rafforzamento dell'autonomia normativa delle Regioni a statuto ordinario in materia di organizzazione amministrativa, che deriva sia dal ruolo più incisivo dello statuto regionale – cui spetta, ai sensi del nuovo art. 123 Cost., come modificato dalla l. cost. n. 1 del 1999, di determinare, «in armonia con la Costituzione, la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento» dell'amministrazione regionale –, sia dalla (implicita) attrazione della materia “ordinamento degli uffici regionali” nella competenza residuale delle Regioni¹⁷.

b) In secondo luogo, si assiste ad un potenziamento dell'autonomia statutaria e regolamentare degli enti locali, sulla scorta dell'art. 114 e, soprattutto, dell'art. 117, co. 6, Cost., che sembra addirittura prevedere una riserva di regolamento in ordine alla disciplina dell'organizzazione locale, ridimensionando, parzialmente, la rilevanza delle fonti statali¹⁸.

c) Inoltre, in una prospettiva diversa, ovvero a parziale temperamento della nuova sfera normativa delle istituzioni territoriali, è stata prevista l'attribuzione alla competenza esclusiva del legislatore statale della materia «ordinamento civile» (art. 117, co. 2, lett. l), nonché di altre materie, come la determinazione dei «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali», che sono state qualificate come “trasversali” dalla Corte costituzionale per la loro attitudine ad interferire sulla legislazione regionale, anche di tipo esclusivo¹⁹.

Orbene, secondo una certa interpretazione prospettata dalla dottrina

¹⁷ Si veda R. SALOMONE, *Titolo V della Costituzione e lavoro pubblico: i primi orientamenti della Consulta*, in *Il lav. pubbl. amm.*, 2004, II, 1156 ss.

¹⁸ Cfr. F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Reg.*, 2002, 2-3, 409.

¹⁹ Per una rilettura critica della giurisprudenza costituzionale si rinvia a F. BENELLI, R. BIN, *Prevalenza e «rimaterializzazione delle materie»: scacco matto alle Regioni*, in *Le Reg.*, 2009, 1185 ss.

giuslavoristica e pubblicistica, alla luce di questi indici normativi, si può delineare, rispetto al precedente quadro costituzionale, un differente modello regolativo della dirigenza regionale: per un verso, emerge indiscutibilmente una competenza esclusiva del legislatore statale con riguardo al processo di privatizzazione del lavoro pubblico, anche di rilievo dirigenziale e relativo agli enti territoriali; per altro verso, è prevista la riappropriazione, da parte del legislatore regionale, della regolamentazione degli aspetti più strettamente organizzativi della dirigenza regionale, in ordine, per esempio, alle procedure di concorso per l'accesso al ruolo dirigenziale, al rapporto tra organi politico-amministrativi e dirigenti amministrativi, alle modalità di conferimento degli incarichi dirigenziali, come ha chiarito anche la Corte costituzionale²⁰.

Si tratta, quindi, di un assetto normativo ambivalente, in cui i profili privatistici e pubblicistici della dirigenza amministrativa regionale sono destinati ad essere rigidamente ripartiti tra Stato e Regioni per effetto della singolare – ma non del tutto eccezionale nel nuovo scenario costituzionale – “concorrenza di competenze” esclusive nell'ambito di un medesimo settore²¹.

Tutto ciò avrebbe dovuto comportare, quanto meno, un significativo cambiamento della tecnica legislativa statale, nel senso che, in sede di revisione del TUPI, sarebbero dovuti rimanere del tutto estranei alle prescrizioni normative statali gli aspetti prettamente organizzativi della dirigenza regionale – e perfino locale, secondo una certa ricostruzione – essendo stati ormai assorbiti nell'orbita normativa delle Regioni; mentre un più diretto e forte condizionamento statale si sarebbe ancora potuto dispiegare nella regolamentazione del nuovo regime privatistico dei dirigenti.

Tuttavia, come si avrà modo di segnalare in seguito, il TUPI ha mantenuto una certa ambiguità di fondo nella regolamentazione della dirigenza pubblica *tout court*, così da sollecitare un ennesimo approfondimento delle sue premesse costituzionali.

Per riuscire a ridefinire le coordinate dell'attuale sistema delle fonti, bisogna confrontarsi con un duplice ordine di problemi interpretativi che sono stati affrontati nell'ambito della giurisprudenza costituzionale.

²⁰ Si veda per esempio Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251.

²¹ Così, per esempio, Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 50.

Il primo, più generale, riguarda la difficoltà di individuare un nucleo giuridico incontrovertibile per ciascuna delle materie costituzionali che vengono in rilievo (ordinamento civile e organizzazione amministrativa degli uffici regionali), nel senso che proprio il processo di privatizzazione – e la correlata distinzione tra macro e micro-organizzazione – dimostra la possibilità per il legislatore statale di mutare il regime giuridico di certi istituti facendoli transitare da un contesto pubblicistico all'area della disciplina privatistica; sicché, come ha sottolineato parte della dottrina, in questo modo spetta alla legislazione statale, nel momento in cui avvia e perfeziona la privatizzazione di certi segmenti del rapporto di impiego presso le pubbliche amministrazioni (anche territoriali), tracciare il confine tra la dimensione pubblicistica e quella privatistica, anche se la Corte costituzionale ha cercato di porre dei limiti escludendo un'interpretazione troppo estensiva della materia dell'ordinamento civile²².

Il secondo problema riguarda l'ammissibilità della tendenza del legislatore statale a mantenere un certo grado di condizionamento sulla normativa regionale anche per quanto concerne gli aspetti di ordine organizzativo della dirigenza, andando al di là di quanto emergerebbe da una rigorosa ricostruzione dei titoli competenziali in precedenza indicati, per cercare di preservare una sia pur minima uniformità nella disciplina della dirigenza amministrativa, compresa quella regionale.

A tale proposito, è andata affiorando una nuova categoria di principi generali, che alcuni autori, sulla base della legge "La Loggia", hanno definito come "principi generali di organizzazione pubblica", mentre la riforma "Brunetta" ha qualificato piuttosto come "principi generali dell'ordinamento giuridico", che vengono considerati funzionali ad una diretta attuazione all'art. 97 Cost. Si tratta, in sostanza, di una mediazione normativa effettuata dal legislatore statale per l'individuazione di

²² Secondo il costante orientamento della giurisprudenza costituzionale, a seguito della privatizzazione del pubblico impiego, la disciplina del trattamento giuridico ed economico dei dipendenti pubblici, tra i quali, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, sono ricompresi anche i dipendenti delle Regioni, compete unicamente al legislatore statale, rientrando nella materia «ordinamento civile» (*ex multis*, sentenze n. 196 del 2018, n. 175 e n. 72 del 2017 e n. 257 del 2016): in senso critico sull'orientamento della Corte costituzionale R. BIN, *Prefazione*, in A. TROJSI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro tra Stato e Regione*, Torino, 2013.

alcuni principi di rilievo trasversale che si pongono quali ulteriori parametri di riferimento per il legislatore regionale in sede di regolazione, nell'esercizio di una potestà di tipo esclusivo, dei profili pubblicistici della dirigenza regionale.

In particolar modo, se si esamina l'impostazione della riforma Brunetta, si deve rilevare che, ai sensi dell'art. 2, co. 4, l. 15/2009, è stata prevista una duplice qualificazione delle disposizioni legislative, ai fini della loro estensione anche agli ordinamenti regionali, dato che alcune norme sono state ricondotte alla legislazione esclusiva dello Stato, di cui all'art. 117, co. 2 – e quindi destinate a trovare piena ed incondizionata applicazione – mentre altre sono state qualificate come “principi generali dell'ordinamento giuridico”, a cui si devono adeguare le regioni e gli enti locali negli ambiti di rispettiva competenza.

Con questa originale formulazione sembra emergere, pertanto, una frammentazione del regime giuridico della dirigenza regionale, che risulta ancora più problematico, nella sua concreta configurazione, di quanto possa scaturire dai formali presupposti costituzionali: difatti, sia nella riforma Brunetta sia nella legislazione statale degli ultimi anni, si registra la suddivisione tra profili essenzialmente giusprivatistici, sottoposti alla competenza esclusiva statale, e profili di ordine organizzativo, riservati sì, in linea generale, alla competenza esclusiva regionale, ma soggetti, altresì, ai “principi generali dell'ordinamento giuridico”.

4. La riforma “Madia” e la conferma dei vincoli statali per i legislatori regionali

Nella prospettiva precedentemente tratteggiata si colloca anche la legge “Madia” per quanto concerne, in particolare, la riforma della dirigenza amministrativa²³. Il tentativo di tale provvedimento legislativo di estendere le nuove soluzioni organizzative anche alla dirigenza regionale, in un'ottica di forte centralizzazione del quadro normativo, è stato respinto dalla Consulta, con la sentenza n. 251 del 2016 declaratoria

²³ Cfr. G. PASSALACQUA, *La pubblica amministrazione dopo la riforma Madia*, Rimini, 2017; T. TESSARO, S. PIOVESAN, *La riforma Madia del procedimento amministrativo*, Rimini, 2015.

dell'illegittimità incostituzionalità delle disposizioni relative alla condizione giuridica dei dirigenti regionali, dato che non è stato garantito un adeguato coinvolgimento delle Regioni nella formazione della disciplina di attuazione prevedendo solo l'obbligatorietà del parere in sede di Conferenza unificata, anziché l'esperimento di una previa intesa nell'ambito della Conferenza Stato-Regioni²⁴. In conseguenza della pronuncia della Corte costituzionale, il Governo ha rinunciato ad approvare il decreto legislativo sulla dirigenza e il nuovo sistema dirigenziale non è stato introdotto.

Nondimeno, è interessante osservare che l'art. 17 della legge n. 124 del 2015 ha previsto una revisione della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, che è stato attuato con il d.lgs. n. 74 del 2017. Orbene, tale decreto, nel procedere al riordino del d.lgs. n. 150 del 2009 sulla scorta dei principi e criteri indicati nella legge Madia, ha riconfermato, nell'art. 18, la classificazione summenzionata, che implica, sul piano della tecnica legislativa, oltre all'indicazione delle disposizioni normative direttamente applicabili in quanto espressione della potestà esclusiva del legislatore statale, anche l'individuazione di alcuni principi per i quali sussiste un obbligo di adeguamento da parte di Regioni ed enti locali: peraltro, sempre nell'articolo 18, viene stabilita, nelle more dell'adattamento delle Regioni e degli enti locali, l'applicazione generale, ancorché cedevole rispetto ad un successivo intervento normativo, delle disposizioni riguardanti alcune fasi o strumenti del ciclo della *performance*, contenute negli artt. 16 e 31 del decreto Brunetta.

Per effetto di questa ulteriore sovrapposizione normativa si assiste al consolidamento della disciplina legislativa statale anche nei riguardi delle amministrazioni territoriali, con riferimento soprattutto ad istituti e tecniche giuridiche che si collocano in una dimensione intermedia tra la gestione del rapporto di lavoro e l'organizzazione amministrativa.

Peraltro, la dottrina giuspubblicistica non ha mancato di sottolineare come gli istituti che sono richiamati dagli artt. 16 e 31 (come modificati dal d.lgs. n. 74 del 2017), nonché dall'art. 74 del decreto Brunetta, non sono semplici da catalogare, in quanto presentano un contenuto ed

²⁴ Per un commento si veda A. AMBROSI, "Concorrenza di competenze" e intervento delle Regioni nel procedimento di formazione del decreto legislativo, in www.forumcostituzionale.it, 2017.

un ambito applicativo fortemente eterogenei. In particolare, è stato rilevato che alcune disposizioni sono qualificate come “principi generali dell’ordinamento giuridico”, anche se disciplinano in fondo strumenti di natura civilistica (merito e premi); a sua volta, l’art. 74 contiene altre disposizioni che sembrano rientrare più nella micro-organizzazione che nella macro-organizzazione (si pensi alla valutazione della *performance*, perlomeno quella individuale). Se, poi, si opera una valutazione più generale e complessiva, pare difficile considerare tutte le disposizioni dettagliate dell’art. 74, co. 2, d.lgs. n. 150 del 2009, quali norme di diretta attuazione dell’art. 97 Cost., trattandosi di aspetti di estremo dettaglio come, per esempio, i criteri per la differenziazione delle valutazioni (art. 19) e l’accesso ai percorsi di alta formazione (art. 26).

In sostanza, anche con la riforma Madia emerge una zona intermedia di disposizioni legislative statali che non può essere ricondotta formalmente nell’alveo dell’«ordinamento civile», ma intercetta e regola elementi di ordine organizzativo e funzionale che sono pertinenti alla dirigenza non statale. Una sorta di area giuridica ibrida, di cui rimane incerto il fondamento costituzionale, nonché alquanto complessa la giustificazione teorica.

D’altro canto, bisogna anche rilevare che la prassi legislativa regionale ha dimostrato la propensione del legislatore regionale a muoversi, come si può cogliere nel relativo contenzioso costituzionale, con maggiore libertà rispetto ai criteri direttivi della legislazione statale, interpretando con notevole flessibilità i vincoli statali e attivando soluzioni innovative persino sul piano della configurazione del rapporto tra politica e amministrazione, attraverso l’introduzione, ad esempio, di meccanismi ancora più radicali sul versante dello *spoils system*: così, alcuni statuti regionali hanno previsto norme precipue sulla cessazione dall’ufficio dirigenziale, mentre le leggi regionali hanno spesso regolato, con un significativo tasso di originalità, le modalità di conferimento dell’incarico dirigenziale e di valutazione della responsabilità dirigenziale²⁵.

²⁵ Cfr. C. PADULA, *Il riparto delle competenze legislative fra Stato e regioni in materia di pubblico impiego*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2017, 8 ss.

5. *La ricomposizione del quadro delle fonti ad opera della giurisprudenza costituzionale tra valorizzazione dell'autonomia normativa delle Regioni e riconoscimento della (nuova) centralità della legislazione statale*

A fronte di questo assetto normativo contraddistinto da articolate sovrapposizioni ordinamentali, la giurisprudenza costituzionale si è sforzata di perfezionare e precisare i criteri di coordinamento tra le competenze legislative statali e regionali, senza delineare un sistema troppo rigido o schematico delle fonti normative, seguendo piuttosto un approccio per certi versi pragmatico, all'insegna di una sostanziale flessibilità, caratterizzato anche da cambiamenti di ordine interpretativo: se, in una prima fase, il giudice delle leggi ha assunto una posizione più rigorosa nella delimitazione delle due sfere di legislazione, a garanzia dell'autonomia regionale, successivamente ha legittimato questa nuova forma di espansione della legislazione statale, sia pure con un percorso giurisprudenziale complesso e, per certi versi, altalenante.

Al riguardo, la dottrina giuspubblicistica²⁶ non ha mancato di evidenziare i diversi indirizzi ermeneutici che hanno contrassegnato, nel corso degli ultimi decenni, la giurisprudenza della Corte costituzionale.

a) Un primo significativo orientamento è stato offerto da quelle pronunce del giudice costituzionale in cui è stata negata l'applicabilità della disciplina sulla dirigenza pubblica contenuta nel TUPI o in altri provvedimenti statali alla dirigenza regionale: così, in maniera molto netta, la sentenza n. 233 del 2006 chiarisce che le norme relative al rapporto tra politica e amministrazione e allo *spoils system* rientrano nella materia dell'organizzazione amministrativa della Regione, che è stata attribuita alla competenza residuale delle Regioni (art. 117, co. 4, Cost.); anche la sentenza n. 104 del 2007, per quanto dichiara l'incostituzionalità di alcune norme regionali che hanno introdotto diversi meccanismi di cessazione automatica degli incarichi dirigenziali, afferma in modo perentorio che, in ogni caso, deve essere esclusa l'applicabilità alle Regioni a statuto speciale, come a quelle ordinarie, dei principi della legge statale (l. n. 145 del 2002) concernenti il regime dei dirigenti nelle amministrazioni dello Stato²⁷.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233.

b) Di segno diverso si presenta, invece, quel filone giurisprudenziale in cui la Corte costituzionale evita di prendere posizione sulla configurabilità della categoria dei “principi generali dell’ordinamento”, quale parametro ulteriore per il legislatore regionale, malgrado siano state sollevate delle censure specifiche. A tale proposito, si può richiamare la sentenza n. 9 del 2010, che riguarda una legge della Regione Piemonte con cui è stato previsto che «gli incarichi di direttore regionale possono essere conferiti, entro il limite del 30 per cento dei rispettivi posti ... a persone esterne all’amministrazione regionale»: in questo caso, sebbene il Governo abbia lamentato anche la violazione dei principi generali dell’ordinamento giuridico (art. 19, co. 6-ter), la Corte ha preferito non pronunciarsi sul punto – evitando, quindi, di affermare o di negare la lesione – ma ha scelto di esaminare solo la contestazione relativa alla diretta violazione dell’art. 97 Cost. da parte delle norme regionali, precisando che eventuali deroghe al principio del pubblico concorso sono legittime solo in presenza di «peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico» idonee a giustificarle.

c) Un terzo orientamento giurisprudenziale della Corte costituzionale richiama la categoria dei principi generali dell’ordinamento giuridico o, comunque, di disposizioni di principio che si possono considerare come una più diretta attuazione di principi costituzionali, come i principi di imparzialità e buon andamento, del pubblico concorso (art. 97, co. 4, Cost.)²⁸, di tutela dell’unità giuridica (art. 120, Cost.) e del diritto al lavoro (art. 4, Cost.)²⁹. Un’impostazione ribadita di recente con la sentenza n. 192 del 2019, in cui, addirittura, si afferma che «le previsioni, inserite nel Capo II (Dirigenza) del Titolo II (Organizzazione) del d.lgs. n. 165 del 2001, si applicano alle amministrazioni dello Stato (art. 13), ma vincolano anche le Regioni, quanto ai «principi» (art. 27), fissati dal legislatore statale a garanzia del buon andamento e dell’imparzialità dell’amministrazione (sentenza n. 251 del 2016), ravvisabile nel ragio-

²⁸ Di recente, Corte cost., 6 luglio 2020, n. 133, che ribadisce come anche le Regioni si debbano attenere a questo principio, anche se le modalità di instaurazione del rapporto di lavoro rientrano nella materia dell’organizzazione amministrativa, di competenza regionale residuale ai sensi dell’art. 117, quarto comma, Cost., con la conseguenza che le deroghe possono essere legittimate solo da straordinarie esigenze di interesse pubblico; in tal senso, anche sent. n. 251 e n. 202 del 2016.

²⁹ Corte cost., 15 dicembre 2004, n. 388.

nevole contemperamento dell'esigenza di integrare le professionalità interne con altre che l'amministrazione non sia in grado di reperire, attingendo al suo personale con qualifica dirigenziale»³⁰.

Altre volte la Corte ha seguito un approccio argomentativo più complesso, utilizzando, nel contesto del giudizio di ragionevolezza sulle norme regionali, le norme statali come norme interposte che permettono di valutare la violazione dei principi costituzionali di riferimento: per esempio, nella sentenza 105 del 2013 viene ribadita la rilevanza giuridica di queste norme di principio di matrice statale riguardanti i profili organizzativi della dirigenza (in particolare l'art. 19, co. 6, TUIPI), sicché la loro deroga da parte del legislatore regionale, nella misura in cui appaia irragionevole ed esorbitante, risulta sintomatica della violazione dell'art. 97, Cost.³¹. In altri termini, ciò che diventa determinante è la circostanza che la disciplina regionale sia contrassegnata da una profonda distonia rispetto al modello giuridico statale, tale da costituire «un sicuro indizio dell'incongruenza della norma stessa rispetto alla realizzazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione» o di altri principi costituzionali. Peraltro, in tale pronuncia vengono considerati come «principi fondamentali di organizzazione pubblica» non solo quelli indicati espressamente nel decreto Brunetta, ma anche quelli desumibili dalle disposizioni del TUIPI relative alla dirigenza, con la conseguenza di trasformare la natura giuridica di tali norme di principio, riconducibili originariamente ai principi fondamentali riservati alla competenza statale nelle ipotesi di legislazione concorrente.

In questa prospettiva, si possono collocare anche quelle sentenze con cui si ribadisce che «le norme fondamentali di riforma economico-sociale» rimangono pienamente in vigore nei confronti delle Regioni a

³⁰ In tale prospettiva, si deve ritenere, quindi, che il mutamento dell'assetto costituzionale, avvenuto nel 2001, non abbia depotenziato il rilievo giuridico dei principi statali in materia di dirigenza, che, pur non potendo essere qualificati ancora come principi fondamentali, dietro lo schermo dei principi attuativi dei principi costituzionali, continuano ad operare, sia pure sulla scorta di un accertamento di carattere sostanziale della loro natura normativa.

³¹ Nel caso in questione, è stata considerata sintomatica la circostanza che la disciplina regionale si sia discostata in modo eccessivo rispetto alle prescrizioni della normativa statale, prevedendo che la quota di soggetti estranei ai ruoli dirigenziali che possono ricevere incarichi dirigenziali sia il doppio di quella sancita dalla legge statale.

statuto speciale, malgrado la complessa evoluzione dell'ordinamento costituzionale e le norme di adattamento di cui all'art. 10, l. cost. n. 3 del 2001, consentendo, attraverso il recupero di questa originaria categoria di principi statutari, di poter continuare ad estendere agli ordinamenti regionali i principi statali di carattere organizzativo in tema di dirigenza amministrativa o di assicurare il rispetto del limite del diritto privato³².

d) Infine, un indirizzo parzialmente diverso si può registrare nella famosa sentenza n. 251 del 2016, che sembra caratterizzata da un esito paradossale: per un verso, dichiara l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge "Madia" che conferiscono una delega legislativa destinata ad incidere nei settori di competenza regionale, sulla base della mera acquisizione del parere delle Regioni in sede di Conferenza unificata piuttosto che dal conseguimento dell'intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni; per altro verso, sembra essere, implicitamente, giustificata, l'applicazione della disciplina statale anche ai profili dell'organizzazione regionale.

Con riguardo a questa seconda implicazione della pronuncia del 2016, occorre osservare che non viene ripresa formalmente la categoria dei "principi generali dell'ordinamento giuridico" di spettanza statale, ma l'impianto argomentativo della Corte muove dal presupposto che la disciplina della dirigenza implica «un concorso di competenze (ordinamento civile – ordinamento e organizzazione amministrativa regionale) che sono inestricabilmente connesse, nessuna delle quali si rivela prevalente, ma ciascuna delle quali concorre alla realizzazione dell'ampio disegno di riforma della dirigenza pubblica»; pertanto, «non è costituzio-

³² In tal senso, Corte cost., 21 giugno 2019, n. 154. Il problema riguarda quelle ipotesi in cui gli statuti speciali – come per esempio quello della Regione Sardegna, all'art. 3 – attribuiscono alla Regione una competenza legislativa primaria in tema di stato giuridico ed economico del personale: ebbene, secondo la Corte, la disciplina del trattamento economico dei dirigenti, così come delineata nel TUIPI, si può considerare sia "norma fondamentale di riforma economico-sociale", sia esplicitazione del limite del diritto privato, che esprimono l'esigenza, «connessa al precetto costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti tra privati e, come tali, si impongono anche alle Regioni a statuto speciale»; così anche le sentt. 14 giugno 2007, n. 189, 11 aprile 2019, n. 81, nonché la sent. 6 giugno 2019, n. 138, avente ad oggetto una legge della provincia di Trento.

nalmente illegittimo l'intervento del legislatore statale, se necessario a garantire l'esigenza di unitarietà sottesa alla riforma», ma deve muoversi «nel rispetto del principio di leale collaborazione».

Ciò significa, in altri termini, come è stato sottolineato, che non è di per sé costituzionalmente illegittima l'istituzione da parte del legislatore statale, del ruolo unico dei dirigenti regionali o l'individuazione specifica dei requisiti di accesso al ruolo e di reclutamento dei dirigenti, a condizione che l'individuazione di tali principi avvenga nelle forme della previa intesa nel contesto della Conferenza Stato-Regioni.

6. Segue. *La rilevanza dei "principi generali di organizzazione pubblica" per la conformazione della dirigenza regionale*

Bisogna ribadire che persino dalla giurisprudenza costituzionale si può desumere un assetto alquanto composito del sistema delle fonti che riguarda la dirigenza regionale. Se dalla riforma costituzionale del 2001 indubbiamente scaturisce l'ampliamento della potestà normativa regionale nella regolamentazione degli aspetti pubblicistico-organizzativi del rapporto dirigenziale³³, tuttavia, non è stata riconosciuta alle Regioni a statuto ordinario una potestà legislativa talmente svincolata dai principi legislativi statali da risultare "assoluta", non soltanto per la rilevanza che assumono i principi costituzionali³⁴, ma anche perché vengono in rilievo i "principi generali di organizzazione pubblica" – o, secondo altro inquadramento, i principi generali dell'ordinamento giuridico – anche

³³ Nella giurisprudenza costituzionale è stata evidenziata la pluralità di fonti regionali che sono in grado di dettare norme sulla dirigenza regionale: lo statuto regionale, ai sensi dell'art. 123, co. 1, Cost., per quanto concerne la determinazione dei «principi fondamentali» di organizzazione e funzionamento della Regione, in armonia con la Costituzione; la legge regionale, in base all'art. 117, co. 4, Cost., per l'introduzione della normativa di riferimento; i regolamenti regionali con funzione di integrazione e completamento delle norme legislative.

³⁴ Al riguardo, A. TROJSI, *Dirigenza regionale e dirigenza locale: il riparto di potestà normativa*, in *Le Regioni*, 2008, 342, sottolinea anche il rilievo che possono assumere certi principi relative alle materie di confine, come nel caso del «coordinamento della finanza pubblica», di cui all'art. 117, co. 3, Cost.

con riferimento agli aspetti pubblicistici del lavoro pubblico dirigenziale, applicabili a tutte le amministrazioni³⁵.

Nell'ambito dei principi generali di organizzazione pubblica ha trovato inserimento anche il «principio di distinzione tra politica ed amministrazione» (art. 4, d.lgs. 165/2001), la cui centralità viene riaffermata anche nei confronti delle Regioni³⁶, legittimando la restrizione dell'istituto dello *spoils system* ai soli incarichi dirigenziali «apicali»³⁷.

7. Il sistema delle fonti della dirigenza locale

Per quanto riguarda la dirigenza degli enti locali, si deve ribadire la competenza statale esclusiva per la definizione degli aspetti del rapporto di lavoro dirigenziale riconducibili alla materia «ordinamento civile». Come ricordato in diverse pronunce della Corte costituzionale, «il rapporto di impiego alle dipendenze di Regioni ed enti locali, essendo stato “privatizzato” in virtù dell'art. 2 della legge n. 421 del 1992 ecc. è retto dalla disciplina generale dei rapporti di lavoro tra privati ed è perciò soggetto alle regole che garantiscono l'uniformità di questo tipo di rapporti»³⁸, limitando, pertanto, l'autonomia degli enti territoriali.

³⁵ Si tratta dei principi desumibili dalle disposizioni del TUPI, in riferimento al processo di privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, e che si pongono come norme di diretta attuazione dell'art. 97 Cost., e soprattutto dei principi di «buon andamento» e di «imparzialità» dell'amministrazione, sanciti dal co. 1 di questo, come più volte riconosciuto anche dalla giurisprudenza costituzionale: Corte cost., 25 luglio 1996, n. 313; Corte cost., 16 ottobre 1997, n. 309; Corte cost., 4 gennaio 1999, n. 1; Corte cost., 18 maggio 1999, n. 171. Si veda al riguardo, A. TROJSI, *Dirigenza regionale e dirigenza locale: il riparto di potestà normativa*, cit., 344, nonché la già citata sent. n. 388/2004.

³⁶ Corte cost., nn. 233/2006 e 23 marzo 2007, nn. 103 e 104.

³⁷ Per una analisi delle sent. 103/2007 e 104/2007 si rinvia a P. CERBO, *La cessazione anticipata degli incarichi dirigenziali fra gestione, politica e legge*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2007, 449 ss.; G. CORSO, G. FARES, *Quale spoils system dopo la sentenza 103 della Corte costituzionale?*, in www.giurcost.org/studi/corsofares.htm, 2007; S. DE GÖTZEN, *Il bilanciamento tra spoils system e principio di distinzione tra politica ed amministrazione nella dirigenza regionale*, in *Le Regioni*, 2007, 848 ss. In tal senso anche la Corte cost., 20 maggio 2008, n. 161.

³⁸ Si veda, per esempio, Corte cost., n. 189/2007, cit.

Con riferimento ai profili organizzativi della dirigenza locale, invece, l'assetto normativo risulta sicuramente più complesso per la necessità di coordinare il ruolo della legislazione statale con i margini di autonomia riconosciuti agli enti territoriali c.d. "minori".

In via preliminare, occorre rilevare che non si può condividere quella ricostruzione dottrinale che ritiene di desumere dal combinato disposto degli artt. 114, co. 1, e 117, co. 6, Cost., una riserva di amministrazione che consentirebbe di configurare una competenza piena ed esclusiva dell'ente locale sull'organizzazione degli uffici amministrativi³⁹. Infatti, sia la riserva di legge di cui all'art. 97 Cost., sia il riferimento agli "organi di governo", quale settore di legislazione esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. p), Cost., confermano la prevalenza regolativa della legislazione statale, dato che non ha trovato alcun riscontro nella giurisprudenza costituzionale la tesi della riconducibilità dell'organizzazione amministrativa (e anche del personale) degli enti locali alla potestà legislativa regionale⁴⁰, essendo considerata priva di un sostanziale fondamento costituzionale. Semmai, il giudice costituzionale, pur non avendo affrontato *ex professo* la questione, preferisce sgombrare il campo dalle soluzioni più estreme⁴¹: le sentenze n. 390-394 del 2004, per esempio, hanno chiarito che per l'«ordinamento e organizzazione amministrativa degli enti locali» il legislatore statale ha il potere di individuare i «criteri» e gli «obiettivi» dell'«organizzazione della struttura amministrativa» degli enti locali, che questi sono poi tenuti a osservare nell'esercizio della loro potestà normativa⁴².

Negli spazi di autonomia necessariamente lasciati liberi dalla legisla-

³⁹ M. CALCAGNILE, *Organizzazione degli uffici e riserva di amministrazione nello Stato delle autonomie*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2004.

⁴⁰ Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 2 e 17 dicembre 2004, n. 390: cfr. A. TROJSI, *Lavoro pubblico e riparto di potestà amministrativa*, cit., 537; B. DI GIACOMO RUSSO, *Il pubblico impiego regionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2007, 1, 200.

⁴¹ Si vedano le osservazioni di A. TROJSI, *Dirigenza regionale e dirigenza locale: il riparto di potestà normativa*, cit., 347.

⁴² Sulla valenza normativa degli statuti e dei regolamenti degli enti locali (in particolare di quelli comunali), per effetto delle riforme costituzionali degli ultimi anni, e sul rapporto tra questi e i principi fissati dalla legge statale: v. anche Cass. civ., sez. un., 16 giugno 2005, n. 12868.

zione nazionale – che dovrebbe essere, comunque, una legislazione di principi – si collocherebbe, poi, l'autonomia normativa locale, senza che residuino spazi per l'intervento legislativo delle regioni a statuto ordinario⁴³.

Quindi, pur con il riconoscimento della prevalenza della normativa statale, si tende al contempo a salvaguardare il diritto all'autodifferenziazione organizzativa delle amministrazioni locali, che costituisce un'evidente implicazione del riconoscimento costituzionale della potestà statutaria di Comuni e Province (art. 114, comma 2, Cost.), nonché di quella regolamentare (art. 117, co. 6, Cost.)⁴⁴.

Per delineare i rapporti tra le fonti normative in materia di organizzazione degli enti locali, «è stata prospettata una sorta di doppio cerchio concentrico: il primo, più ampio, riguarda i principi generali di amministrazione, che potremo in senso lato attrarre nella sfera dei livelli essenziali dei diritti civili, e che, in quanto tali, postulano uniformità a livello nazionale; il secondo, invece, è un cerchio concentrico più stretto nel quale opera la legge regionale più proiettata verso le esigenze di organizzazione delle funzioni per la parte di competenza regionale»⁴⁵. Nei principi di organizzazione pubblica del primo cerchio rientrerà quindi, ad esempio, la disciplina dell'accesso (art. 10, t.u.), dell'azione popolare (art. 9, t.u.), l'obbligo della motivazione degli atti amministrativi, la disciplina del personale degli enti locali (nella parte in cui non si debba considerare ordinamento civile).

Peraltro, il riferimento contenuto nell'art. 4 della legge 131 del 2003 ai vincoli che incontra lo statuto locale a fronte dei principi generali in materia di amministrazione pubblica lascia propendere per la sussistenza di limiti non troppo stringenti, previsti per introdurre condizioni giuridiche uniformi a garanzia di tutti i cittadini nei rapporti con le amministrazioni locali⁴⁶.

⁴³ C. SILVESTRO, *La riforma Brunetta del pubblico impiego*, Roma, 2009, 161.

⁴⁴ N. GULLO, *I rapporti tra legislazione ordinaria, potestà statutaria e regolamentare nel quadro costituzionale*, cit., 90. Il tema è affrontato anche da C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, 295 ss., che nel contesto di un'approfondita analisi del regime di responsabilità dei dirigenti locali, si occupa del sistema delle fonti normative relative all'assetto giuridico della dirigenza locale.

⁴⁵ R. CARPINO, *Quali modifiche per il testo unico*, in *www.federalismi.it*, 2003.

⁴⁶ C. SILVESTRO, *La riforma Brunetta del pubblico impiego*, cit., 162-163.

In sintonia con il quadro costituzionale, allora, si deve ritenere che la disciplina giuridica sia ancora rimessa, nelle sue linee fondamentali, alla legge dello Stato, dovendosi comunque riconoscere agli enti locali il compito di emanare la disciplina puntuale sull'organizzazione dei propri uffici e, quindi, anche in merito allo statuto giuridico della dirigenza. Pertanto, la categoria dei "principi generali di organizzazione pubblica", riguardanti le Regioni, si proietta, con un più sicuro ancoraggio costituzionale, nei riguardi gli enti locali. Ovviamente non si può sottovalutare che l'incidenza della normativa statale in materia di amministrazione locale, nonché di dirigenza locale, è fortemente graduata, dato che accanto a principi inderogabili sussistono norme residuali ad applicazione provvisoria e cedevole; così come nel TUEL è possibile rintracciare una serie di inequivocabili indici normativi sul diverso ambito di competenza dello statuto e del regolamento degli enti locali⁴⁷.

Quindi, viste le intersezioni tuttora esistenti fra il regime privatistico del rapporto di pubblico impiego e la disciplina dell'organizzazione pubblica, la riserva alla competenza esclusiva dello Stato, non di tutta la regolamentazione dell'organizzazione locale, ma solo delle linee fondamentali, «lascia spazio alla regolazione decentrata per una serie di profili di disciplina del rapporto mantenuti in regime pubblicistico: in particolare il profilo delle assunzioni (nel rispetto dei relativi principi costituzionali) e quello del conferimento degli incarichi dirigenziali (per i profili non regolati dai contratti collettivi)»⁴⁸.

8. Conclusioni: un assetto dinamico nella logica della (limitata) integrazione

Sulla scorta delle nuove regole costituzionali e degli indirizzi della Corte costituzionale si può desumere, per quanto concerne il sistema delle fonti della dirigenza pubblica non statale, l'esistenza di un equilibrio dinamico. La Consulta ha riconosciuto l'ammissibilità del tentativo

⁴⁷ Si rinvia a N. GULLO, *I rapporti tra legislazione ordinaria, potestà statutaria e regolamentare nel quadro costituzionale*, cit., *passim*, 98, 108.

⁴⁸ T. TREU, *Diritto del lavoro e federalismo*, cit., 200.

dello Stato di orientare la disciplina della organizzazione amministrativa regionale – e a maggior ragione degli enti locali – per garantire una certa coerenza e uniformità nell'applicazione delle riforme amministrative che sono rivolte a promuovere la modernizzazione della burocrazia italiana, ponendo come unica condizione quella di cercare l'accordo con le Regioni. L'esito di questo processo è sicuramente quello di svincolare la legislazione statale dalla cristallizzazione del riparto costituzionale delle competenze legislative, permettendo l'emersione di un nuovo *range* di principi statali che, essendo considerati come l'indefettibile corollario dell'art. 97 Cost., sono destinati a delimitare, sia pure parzialmente, la discrezionalità del legislatore regionale e degli organi del governo locale in materia di dirigenza statale e locale.

È certamente una prospettiva condivisibile rispetto agli intenti perseguiti, laddove si propone di assicurare un minimo di omogeneità dei modelli di dirigenza pubblica; al contempo non solo testimonia la costante necessità di rimediare, sul duplice versante normativo e giurisprudenziale, agli eccessivi schematismi nella ripartizione di funzioni che derivano dalla revisione costituzionale del 2001, ma lascia altresì intravedere il recupero, anche in modo surrettizio, di categorie costituzionali previgenti, come quella dell'interesse nazionale, ancorché con inedite connotazioni giuridiche.

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA
E RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE:
IL MODELLO ASTRATTO E L'ESPERIENZA CONCRETA*

di Marco Ragusa

SOMMARIO: 1. Le competenze della contrattazione collettiva in materia di responsabilità dirigenziale: il modello legale. – 1.1. Il licenziamento per responsabilità dirigenziale. – 1.2. Responsabilità dirigenziale e rendimento della struttura. – 2. Contrattazione collettiva e potere di organizzazione: l'esperienza concreta. – 2.1. Responsabilità dirigenziale e garanzie di continuità degli incarichi. – 2.2. Il problema del c.d. “mancato rinnovo *ad nutum*”. – 2.3. Continuità tra incarichi e separazione tra politica e amministrazione. – 2.4. Contrattazione collettiva e disciplina della valutazione. – 3. Il dirigente-datore di lavoro e la contrattazione integrativa.

1. *Le competenze della contrattazione collettiva in materia di responsabilità dirigenziale: il modello legale*

L'art. 21 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, riconnette all'accertamento di responsabilità dirigenziale, per buona parte, effetti relativi alla materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali¹, materia che l'art. 40 dello stesso Testo Unico (nella formulazione intro-

* Il testo della relazione riproduce, con alcuni adattamenti, i contenuti dell'articolo pubblicato sul numero 3/2019 della rivista *Il diritto dell'economia*, 213 ss., intitolato *Contrattazione collettiva e responsabilità dirigenziale*.

¹ Ai sensi del comma 1 dell'art. 21 cit. “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”.

dotta dalla c.d. riforma Brunetta e mantenuta, *in parte qua*, dalla riforma Madia)² esclude espressamente dall'ambito di competenza della contrattazione collettiva.

Alla luce di questo dato formale e oggettivo, il contatto tra i termini del binomio “contrattazione collettiva – responsabilità dirigenziale” potrebbe dunque essere colto soltanto sotto due limitati aspetti.

Il primo è il licenziamento del dirigente, il più grave tra gli effetti elencati dall'art. 21, c. 1, del TUPI, come conseguenza dell'accertamento di responsabilità per violazione di direttive o mancato raggiungimento degli obiettivi; sanzione espulsiva che, ai sensi della stessa norma, deve essere irrogata “secondo le disposizioni del contratto collettivo”.

Il secondo aspetto è rappresentato dalla disciplina del procedimento che precede l'applicazione della misura prevista dal comma 1 *bis* dell'art. 21, vale a dire la decurtazione della retribuzione di risultato, fino all'ottanta per cento, per il dirigente del quale sia stata accertata 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” ai sensi del d.lgs. n. 150 del 2009³.

² Ai sensi dell'art. 40, c. 1, terzo periodo, del d.lgs. n. 165/2001, come da ultimo modificato dall'art. 11, c. 1, lett. *a*), d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, attuativo della delega di cui all'art. 16 della l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. riforma “Madia”), sono escluse dalla contrattazione collettiva “le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'articolo 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, comma 2, 16 e 17, *la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali*, nonché quelle di cui all'articolo 2, comma 1, lettera *c*), della legge 23 ottobre 1992, n. 421”.

³ Il citato comma 1 *bis* dell'art. 21, introdotto dall'articolo 41, comma 1, lettera *b*), del d.lgs. n. 150/2009 prevede che “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”.

1.1. Il licenziamento per responsabilità dirigenziale

Non colpito dalla diffidenza – che ha invece pervaso la gran parte dell'intervento riformatore del 2009 – nei confronti della fonte pattizia⁴, l'art. 21 del TUPI attribuisce a quest'ultima, a tutt'oggi, una competenza estesa sia agli aspetti sostanziali, sia a quelli procedurali dell'istituto del licenziamento per responsabilità dirigenziale.

Ciononostante, le ultime tornate di contrattazione nazionale relative alle aree dirigenziali hanno previsto per il licenziamento derivante da responsabilità dirigenziale una disciplina piuttosto scarna⁵.

⁴ Cfr. F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla legge 133 del 2008 alla legge n. 15 del 2009*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 6/2008, 560 ss.; G. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2010, 7 ss.; V. TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, *ibid.*, 14 ss.; L. POLIZZI, *Viaggio nella privatizzazione del pubblico impiego: dalla legge al contratto... e ritorno*, *ibid.*, 1/2012, 55 ss.; A. BELLAVISTA, *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in M. NAPOLI - A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013, 393 ss. Per un inquadramento generale della riforma operata dalla l. 4 marzo 2009, n. 15, e dalla attuazione che ne ha dato il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (c.d. "riforma Brunetta"), v., fra tutti, L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009; A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 125/2010, 87 ss.; A. GARILLI - M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgia del passato (d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150). Dove va il pubblico impiego?*, numero monografico di *Nuove leggi civili commentate*, 5/2011, 1078 ss.

⁵ Com'è noto – anche a seguito di Corte cost., 23 luglio 2015, n. 178 (in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2015, con nota di L. FIORILLO, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico: una nuova interpretazione sistematica della Corte costituzionale*, 1679 ss.), con la quale è stata dichiarata l'illegittimità 'sopravvenuta', per contrasto con l'art. 39 Cost., delle disposizioni di fonte regolamentare e legale con le quali era stato disposto il "congelamento" della contrattazione collettiva a far data dal 2010 (art. 16, comma 1, lett. b), d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in l. 15 luglio 2011, n. 111; art. 1, comma 1, lett. c), primo periodo, d.P.R. 4 settembre 2013, n. 122; art. 1, comma 453, l. 27 dicembre 2013, n. 147; art. 1, comma 254, l. 23 dicembre 2014, n. 190) – Aran e controparte sindacale sono addivenute solo in tempi recentissimi al rinnovo dei CCNL relativi al quadriennio normativo 2006-2009: in argomento A. BELLAVISTA, *Gli infiniti tormenti del lavoro pubblico*, in AA. VV., *La quarta riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni (parte prima)*, numero monografico di *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, numero unico 2017, 41 ss.; M. RICCI - F. DI NOIA, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la Riforma Madia e i rinnovi contrattuali*, *ibid.*, 3 ss.. A oggi, ben-

Sul piano sostanziale, la contrattazione collettiva ha imposto agli organi competenti alla definizione degli obiettivi e alla formulazione delle direttive l'onere di specificare, sin dal momento della loro comunicazione al dirigente, quali, tra gli obiettivi assegnati e tra le direttive emanate, abbiano una rilevanza preminente, tale da configurare – in ipotesi di loro mancato raggiungimento o, rispettivamente, di violazione – una responsabilità dirigenziale “particolarmente grave”; responsabilità che – così ai sensi dell'art. 21 d.lgs. n. 165/2001, come per le norme pattizie in esame – può, appunto, fondare il recesso dell'amministrazione⁶.

In questo modo, i CCNL sembrano configurare la gravità della responsabilità in parola come un'entità oggettiva, che prescinde dalla gravità dello scostamento rispetto agli obiettivi programmati e dal grado di imperizia riferibile alle azioni o alle omissioni mediante le quali la performance del dirigente si è rivelata inadeguata: la contrattazione collettiva sembra conformarsi, insomma, a quell'indirizzo della Corte di cassazione secondo cui il licenziamento per responsabilità dirigenziale può essere irrogato anche in difetto di “condotte realizzate in violazione di singoli doveri”, vedendo il proprio presupposto (tanto in ipotesi di mancato raggiungimento degli obiettivi, quanto in quella di violazione di direttive) nella inadeguatezza “dei risultati che il dirigente è stato capace di assicurare rispetto a quelli attesi”⁷.

ché i nuovi CCNL relativi al triennio 2016-18 siano stati sottoscritti per tre delle quattro aree dirigenziali contemplate dall'art. 7 del CCNQ 2016-2018 del 13 luglio 2016 (con la sola eccezione dell'Area Funzioni locali), nessuno di essi, per quanto concerne il tema qui esaminato, pare introdurre modifiche di rilievo. In materia di licenziamento per responsabilità dirigenziale, dunque, la principale disciplina di riferimento (a tutt'oggi vigente) è quella dettata dai CCNL della penultima tornata contrattuale (e relativa alle Aree definite dal CCNQ dell'1 febbraio 2008).

⁶ Cfr. art. 5 CCNL area I (norm. 2006-2009, econ. 2006-2007); art. 5 CCNL area VI (norm. 2006-2009, econ. 2006-2007); art. 3 CCNL area II (norm. 2006-2009, econ. 2006-2007); art. 5 CCNL area VII (norm. 2006-2009, econ. 2006-2007); nello stesso senso gli artt. 5 dei CCNL stipulati per il quadriennio normativo 2006-2009, rispettivamente, per il personale dirigente dell'ENAC e del CNEL. Quanto alle aree dirigenziali III e IV, la disciplina di riferimento è ancora quella contenuta agli artt. 30, c. 5, dei rispettivi CCNL relativi al quadriennio normativo 2002-2005, ai sensi dei quali il licenziamento per responsabilità dirigenziale può essere irrogato “per reiterati risultati negativi [e sulla base di] elementi di *particolare gravità*”.

⁷ Da ultimo, cfr. Cass. civ., sez. lav., 10 gennaio 2018, n. 11161, ma v. già Cass. civ., sez. lav., 20 ottobre 2017, n. 24905; in argomento C. CELONE, *op. cit.*, 115 ss.

La ricostruzione del Giudice di legittimità, a dire il vero, rende i contorni dell'istituto piuttosto vaghi. La netta linea di cesura che essa sembra presupporre – senza troppo scrupolo di rigore dogmatico – tra inadempimento di obbligazioni di mezzi e di risultato⁸, infatti, riposa sull'idea che il rapporto giuridico costituito dall'incarico dirigenziale (fonte, appunto di obbligazioni di risultato, il cui inadempimento determina l'insorgere di responsabilità dirigenziale) sia perfettamente autonomo rispetto al rapporto di impiego a tempo indeterminato a cui il primo, ordinariamente, accede: pur in difetto della violazione dei doveri inerenti al rapporto di base, pertanto, il dirigente può incorrere in responsabilità dirigenziale a fronte del mancato raggiungimento degli obiettivi assegnati o della violazione di direttive ricevute in occasione dell'esecuzione dell'incarico dirigenziale.

Non è questa la sede per approfondire le ragioni che fanno dubitare della configurazione della responsabilità dirigenziale alla stregua di una responsabilità sostanzialmente oggettiva⁹, né importa più di tanto evidenziare come la qualificazione delle prestazioni dovute dal dirigente in forza del rapporto di incarico (come obbligazioni di mezzi o di risultato) non possa essere affermata in termini astratti e aprioristici, ma rappresenti piuttosto una *quaestio facti*, dipendente dalla specifica definizione di un determinato obiettivo o al concreto contenuto di una data direttiva.

Preme, piuttosto, rilevare come l'idea di una perfetta autonomia tra

⁸ È noto che la nettezza di tale astratta distinzione (su cui v. L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1/1954, 185 ss.) è stata posta in discussione dalla Corte in una molteplicità di occasioni: v. fra tutte Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826 (in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 9/2007, con nota di M. GORGONI, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*, 1840 ss.), ove si sottolinea – ancorché in una prospettiva di ampliamento dei confini della responsabilità del professionista – come la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato sia “frutto di una risalente elaborazione dogmatica accolta dalla tradizionale interpretazione e tralatziamente tramandata, priva invero di riscontro normativo e di dubbio fondamento”. In dottrina v. P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, 1979, 190 ss.; più di recente A. DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, Torino, 1997, 56 ss. Sulla riferibilità della distinzione di obbligazioni di mezzi e risultato al rapporto di lavoro del dirigente pubblico cfr. L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000, 87 ss.

⁹ Sul punto v. C. CELONE, *op. cit.*, 109 ss., con ampie indicazioni bibliografiche.

le obbligazioni dedotte a oggetto del rapporto di incarico e quelle inerenti al contratto di lavoro fondamentale – sulla quale la Suprema Corte fonda le proprie conclusioni – sia smentita, almeno con riferimento all'ipotesi qui in esame, per definizione: gli effetti della responsabilità dirigenziale non si producono, infatti, sul rapporto di incarico, ma sul contratto di lavoro a tempo indeterminato, consentendo il recesso del datore di lavoro.

Ciò significa che, almeno con riferimento alla fattispecie del licenziamento per responsabilità dirigenziale, la “imputabilità” (del risultato insufficiente o della violazione di direttive) a cui fa espresso riferimento l'art. 21 del Testo unico non può essere intesa come “oggettiva riconducibilità dei risultati negativi di gestione all'area di competenza”¹⁰ attribuita, mediante l'incarico, al dirigente; al contrario, pare che il mancato raggiungimento degli obiettivi e la violazione di direttive possano giustificare il recesso del datore di lavoro solo ove denotino l'inadempimento di doveri nascenti dal rapporto fondamentale e siano “imputabili” al dirigente nella sua qualità di parte del sinallagma da quest'ultimo rapporto costituito.

La contrattazione collettiva avrebbe potuto valorizzare la funzione di ‘ponte’ – tra la disciplina del contratto di lavoro a tempo indeterminato e quella del rapporto di incarico dirigenziale – che non sembra peregrino riferire alla nozione di “imputabilità”; in questa prospettiva, avrebbe potuto introdurre clausole espressamente volte a definire i vaghi contorni dell'istituto del licenziamento per responsabilità dirigenziale al fine di impedire – anche attraverso un ragionevole riparto dell'onere della prova – che l'approccio ‘meccanico’ della giurisprudenza porti all'affermazione della responsabilità allorché il mancato raggiungimento degli obiettivi o la violazione delle direttive siano derivati dal carattere poco realistico dei risultati attesi o da fattori esogeni, quali l'insufficiente dotazione organica e finanziaria dell'ufficio o il verificarsi di circostanze ostative al regolare esercizio dell'attività demandata al dirigente con il provvedimento di incarico¹¹.

¹⁰ Così A. SALVATI, *La responsabilità dirigenziale*, in P. GAROFOLI - A. LIBERATI (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, I, Milano, 2005, 469, sulle cui conclusioni, in senso critico, cfr. C. CELONE, *loc. cit.*

¹¹ Sostiene che (già sulla base del quadro legale) gravi sull'amministrazione l'onere della prova in ordine alla possibilità concreta di raggiungere l'obiettivo assegnato al di-

Nulla di tutto ciò si rinviene nei vigenti CCNL relativi alle aree dirigenziali.

La laconicità dei contratti collettivi si riscontra anche sotto l'aspetto della disciplina formale e procedimentale.

E ciò non tanto perché la disciplina del licenziamento è *ictu oculi* meno articolata e puntuale rispetto a quella (ormai dettagliatissima¹²) relativa al licenziamento disciplinare, quanto per il fatto che essa trascura alcuni profili dell'istituto – strutturalmente e funzionalmente affini a quelli che assumono rilievo in materia di sanzioni disciplinari – quali l'analiticità della contestazione, la sua immediatezza, l'applicabilità del principio di *ne bis in idem*.

1.2. Responsabilità dirigenziale e rendimento della struttura

Quanto al secondo degli indicati profili di contatto tra contrattazione collettiva e responsabilità dirigenziale, vale a dire la responsabilità 'impura'¹³ inserita al comma 1 *bis* dell'art. 21 dal d.lgs. n. 150 del 2009,

rigente P. SORDI, *Le controversie in tema di incarichi dirigenziali*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 5/2005, 785; v. anche ID., *Il licenziamento del dirigente pubblico*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, 847.

¹² Artt. 55 *bis* ss., d.lgs. n. 165 del 2001, introdotti dal d.lgs. n. 150 del 2009, e ss.mm.ii.

¹³ È noto che la dottrina ha pressoché concordemente letto le ipotesi speciali di responsabilità dirigenziale, nel corso del tempo introdotte dalla legislazione, come fattispecie strutturalmente differenti e qualitativamente disomogenee rispetto al modello generale (e originario) rappresentato dalla violazione di direttive e dal mancato raggiungimento degli obiettivi. Oltre a quella in esame nel testo, si tratta delle ipotesi contemplate dall'art. 2, comma 9, (mancata o ritardata adozione dei provvedimenti) e dal non più vigente art. 14 *ter*, c. 6 *bis*, (mancata partecipazione alla conferenza di servizi ovvero ritardata o mancata adozione della determinazione motivata di conclusione del procedimento nel cui corso essa è stata indetta) della legge sul procedimento amministrativo; dall'art. 36, cc. 3, 4 e 5 (violazione dei limiti al ricorso al lavoro flessibile), art. 6 *bis*, c. 3 (acquisto di servizi sul mercato in difetto delle condizioni di cui al c. 1 dello stesso art. 6 *bis*) e art. 55 *septies*, c. 6 (omessa vigilanza sull'assenteismo) del TUPI; dall'art. 12, c. 1 *ter*, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (omessa osservanza e attuazione del Codice dell'amministrazione digitale); dall'art. 10 del d.lgs. n. 150/2009 (mancata adozione del Piano delle performance); dai commi 7 e 9 dell'art. 9 d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221 (inosservanza delle disposizioni dettate dalla norma in materia

la competenza della contrattazione collettiva è limitata dalla legge alla disciplina del diritto di difesa del dirigente nell'ambito del procedimento che conduce all'accertamento della *culpa in vigilando*.

Potremmo, sul punto, limitarci a constatare che i CCNL successivi alla novella del 2009 poco o nulla dispongono in merito. Lo spunto di riflessione che offre la norma, però, in relazione al tema qui in esame, è piuttosto un altro.

Il tipo di effetto contemplato dal comma 1 *bis*, cioè la decurtazione della retribuzione di risultato, ci ricorda infatti che – anche nell'ambito della ipotesi 'pura', cioè quella conseguente alla violazione di direttive o al mancato raggiungimento degli obiettivi – la responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21 è effetto di una valutazione negativa che ha innanzitutto un correlato di carattere retributivo, cioè l'erogazione degli emolumenti di parte accessoria in misura inferiore rispetto a quella spettante in ipotesi di valutazione pienamente positiva.

A me pare peraltro che, alla luce del riparto di competenze descritto dalla legge, proprio quest'ultimo dovrebbe essere uno dei campi principali di intervento della contrattazione collettiva in materia di disciplina del rapporto giuridico costituito da un incarico dirigenziale: stabilire meccanismi di erogazione della retribuzione di parte accessoria effetti-

di "documenti informatici, dati di tipo aperto e inclusione digitale"); dall'art. 46 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (violazione delle disposizioni in materia di obblighi di pubblicazione e di accesso civico). Riferendosi a tali fattispecie, la dottrina ne ha sostenuto la più lineare riconducibilità al modello della responsabilità disciplinare, anziché a quello della dirigenziale (M.T. CARINCI, *Il dirigente privato ed il dirigente pubblico privatizzato: i termini del raffronto*, in *Giurisprudenza Italiana*, 12/2010, 2703; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, 248 ss.). Occorre tuttavia precisare che il concreto atteggiarsi degli obiettivi definiti dalle P.A. rende spesso difficile (e forse arbitrario) tracciare una netta linea di demarcazione, sul piano strutturale, tra la responsabilità disciplinare e la stessa forma 'pura' di responsabilità dirigenziale: si pensi al caso in cui l'obiettivo consista nella refertazione, da parte del dirigente medico, entro le 24 ore dall'esecuzione di ogni esame radiologico (è il caso, appunto, oggetto della controversia risolta da Cass. civ., n. 11171/2018, cit.), in cui il risultato atteso ben potrebbe essere dedotto a oggetto di un obbligo la cui violazione sia sanzionata in sede disciplinare. Sulla distinzione della responsabilità dirigenziale dalle altre responsabilità del pubblico dipendente v., da ultimo, anche per una accurata ricostruzione della riflessione dottrina, C. CELONE, *op. cit.*, 133 ss.; A. BOSCATI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale: alla ricerca della fattispecie*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 3-4/2014, 525 ss.

vamente proporzionati alla quantità e alla qualità dei risultati e, in questo modo, elaborare – dall'interno di una materia di propria indubbia competenza (ex art. 24, c. 1, e 40, c. 1, d.lgs. n. 165/2001) – criteri di valutazione e misurazione capaci di integrare e, se del caso, di temperare gli effetti del ciclo di gestione delle performance (dal quale il d.lgs. n. 150 del 2009 ha escluso la partecipazione sindacale¹⁴).

È notorio però che, proprio sotto questo aspetto, la contrattazione collettiva del settore pubblico – nazionale e integrativa – si è da sempre contraddistinta per una spiccata insensibilità alla valorizzazione del merito e per la tendenza all'appiattimento dei trattamenti retributivi di parte variabile. La retribuzione di risultato, da strumento premiale a servizio della produttività, si è trasformata spesso, nell'esperienza concreta, quasi in una componente del trattamento economico fondamentale del dirigente titolare di incarico¹⁵. E se la regola è, nei fatti, divenuta l'integrale (o quasi integrale) spettanza della retribuzione di risultato, l'eccezione (cioè la sua decurtazione) rappresenta *de facto* la prima conseguenza della responsabilità dirigenziale.

È questa misura di carattere retributivo, insomma, la prima da tenere in conto se si intende dare un giudizio empiricamente fondato sull'effettività dell'istituto qui in esame e sul ruolo che in essa gioca (o può giocare) la contrattazione collettiva.

I CCNL delle aree dirigenziali III e IV, del resto, considerano espressamente (e da tempo) la decurtazione della retribuzione di risultato una delle misure adottabili a fronte dell'accertamento di "responsabilità dirigenziale"¹⁶.

Vale forse la pena di ricordare che nella prima tornata di contrattazione nazionale successiva alla c.d. riforma Brunetta, la disciplina per la

¹⁴ Deve tuttavia segnalarsi che i CCNL relativi al triennio 2016-2018 hanno incluso i criteri impiegati nelle procedure di valutazione della performance dei dirigenti tra le materie oggetto di confronto: cfr. art. 5, c. 3, lett. c) CCNL Area Istruzione e ricerca, art. 43, c. 1, lett. b) CCNL Area Funzioni Centrali e art. 3, c. 3, lett. c) CCNL Area Sanità.

¹⁵ Per tutti V. TALAMO, *Relazioni collettive e dirigenza pubblica: prove di legislazione al test della Consulta (ed ancora alla ricerca di un assetto ragionevole)*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 3-4/2016, 300 ss.; A. BELLAVISTA, *La figura*, cit., 137 ss.

¹⁶ Cfr. gli artt. 30, c. 1, lett. a) dei CCNL di entrambe le aree, (norm. 2002-2005, econ. 2002-2003), la cui disciplina non è stata modificata dai successivi rinnovi contrattuali.

ripartizione della retribuzione di risultato si è in più d'un caso adeguata “in via transitoria e sperimentale, nelle more dell'attuazione del d.lgs. 150 del 2009”¹⁷ alla differenziazione per fasce di merito ‘a numero chiuso’ introdotta dal decreto stesso¹⁸.

Forte della moratoria disposta dal d.lgs. n. 141 del 2011¹⁹, la contrattazione integrativa – a cui i CCNL, senza fornire direttive di metodo, hanno rimesso la competenza a stabilire il contingente di personale dirigenziale da collocare in ciascuna fascia – ha tuttavia scelto, nella gran parte dei casi, di non dare corso alla sperimentazione, preferendo al modello legale in corso di attuazione “una premialità in senso meritocratico della dirigenza, senza alcuna predeterminazione del numero massimo dei dirigenti che possono conseguire un determinato punteggio”²⁰.

¹⁷ Così, ad es., l'art. 26, c. 4, del CCNL area I (norm. 2006-2009, econ. 2006-2007).

¹⁸ Ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2009 “[1.] In ogni amministrazione, l'Organismo indipendente, sulla base dei livelli di performance attribuiti ai valutati secondo il sistema di valutazione di cui al Titolo II del presente decreto, compila una graduatoria delle valutazioni individuali del personale dirigenziale, distinto per livello generale e non, e del personale non dirigenziale. [2.] In ogni graduatoria di cui al comma 1 il personale è distribuito in differenti livelli di performance in modo che: a) il venticinque per cento è collocato nella fascia di merito alta, alla quale corrisponde l'attribuzione del cinquanta per cento delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla performance individuale; b) il cinquanta per cento è collocato nella fascia di merito intermedia, alla quale corrisponde l'attribuzione del cinquanta per cento delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla performance individuale; c) il restante venticinque per cento è collocato nella fascia di merito bassa, alla quale non corrisponde l'attribuzione di alcun trattamento accessorio collegato alla performance individuale. [3.] Per i dirigenti si applicano i criteri di compilazione della graduatoria e di attribuzione del trattamento accessorio di cui al comma 2, con riferimento alla retribuzione di risultato [...]”. Il testo dell'art. 19 è stato sostituito dall'articolo 13, c. 1, d.lgs. 25 maggio 2017, n. 74, che pur ribadendo l'esigenza di differenziazione, in ragione della performance organizzativa e individuale, nell'erogazione della retribuzione di risultato, ha eliminato la previsione di fasce di merito a numero chiuso.

¹⁹ Ai sensi dell'art. 6, c. 1, d.lgs. 1 agosto 2011, n. 141 “La differenziazione retributiva in fasce prevista dagli articoli 19, commi 2 e 3, e 31, comma 2, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, si applica a partire dalla tornata di contrattazione collettiva successiva a quella relativa al quadriennio 2006-2009 [...]”.

²⁰ Così, ad esempio, i contratti integrativi sui criteri di ripartizione delle risorse destinate alla retribuzione di risultato per i dirigenti in servizio presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, consultabili nella sezione “Amministrazione trasparente - Personale - Contrattazione integrativa” del portale del Ministero (www.mit.gov.it).

Non mi pare, tuttavia, dall'esame dei contratti integrativi esaminati, che – al di là di un depotenziamento del sistema per fasce chiuse, mai entrato a regime – i CCIL abbiano provato a intervenire sulla materia in modo incisivo, appiattendosi, da un lato, sul dato di legge 'depotenziato' e, dall'altro, su quello del punteggio attribuito a ciascun dirigente dal sistema di valutazione delle performance.

2. Contrattazione collettiva e potere di organizzazione: l'esperienza concreta

Se, nell'ambito delle competenze che la legge conferisce in modo formale e oggettivo alla contrattazione collettiva, quest'ultima ha mostrato una certa ritrosia e, per certi aspetti, ha del tutto rinunciato ad assolvere la propria funzione regolatoria in materia di responsabilità dirigenziale, diametralmente opposta è l'impressione che si ricava considerando gli ambiti di disciplina che, sempre sul piano formale e oggettivo, sembrerebbero *tout court* preclusi alla regolamentazione pattizia.

È, anzi, proprio la fragilità dell'argine posto dalla legge alla fonte contrattuale a rappresentare uno dei più interessanti profili di analisi del tema descritto dalla giustapposizione dei termini "contrattazione collettiva" e "responsabilità dirigenziale".

È noto quanta parte dell'attenzione dedicata dalla dottrina alla materia delle relazioni sindacali nel pubblico impiego sia stata riservata al riscontro empirico dello sconfinamento della contrattazione collettiva nazionale in materie di sua dubbia competenza e, in particolare, in quella dell'organizzazione degli uffici²¹: uno dei canali impiegati dai CCNL

²¹ V., fra tutti, A. BELLAVISTA, *Lavoro pubblico e contrattazione collettiva*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2/2007, 334 ss.; ID., *La contrattazione collettiva nel settore pubblico: tra la tragedia e la farsa*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, Napoli, 2011, III, 1537 ss.; A. VISCOMI, *La partecipazione sindacale e la partecipazione all'organizzazione del lavoro*, in F. CARINCI - L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, V, 265 ss.; A. VISCOMI - L. ZOPPOLI, *La partecipazione alla organizzazione ed alla gestione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. n. 29/1993 alla finanziaria 1995*, *Commentario*, Milano, 1995, 355 ss.; G. NATULLO, *La nuova contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: ambito e limiti*, in *Le istituzioni del federalismo*, 5-6/2009, 685 ss.

per tale invasione di campo è stato proprio la disciplina della responsabilità dirigenziale.

2.1. *Responsabilità dirigenziale e garanzie di continuità degli incarichi*

Attraverso regole volte alla normazione dell'istituto in esame, infatti, la contrattazione collettiva è riuscita a spiegare una forte ingerenza sulla disciplina del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali.

Bisogna, al riguardo, precisare che, ben prima dell'introduzione, nel citato art. 40 del TUPI, della previsione secondo cui tale materia non può costituire oggetto di contratti collettivi nazionali o integrativi, una pluralità di dati normativi sembrava deporre, a opinione senz'altro prevalente degli interpreti, nello stesso senso²².

Nella fase della c.d. prima privatizzazione, quella avente a oggetto "gli organi, gli uffici e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi" era infatti una delle sette materie riservate – *ex art. 2, c. 1, lett. c)*, l. n. 421/1992 – alla legge o alla disciplina unilaterale della P.A.: nell'esercizio di tale riserva, il legislatore delegato del 1993 (art. 19) aveva stabilito che il precedente svolgimento di funzioni dirigenziali fosse soltanto uno tra gli elementi da tenere in considerazione in sede di scelta del soggetto da designare come titolare di un dato incarico.

Eppure la contrattazione collettiva nazionale, disciplinando la materia della responsabilità dirigenziale, riuscì a introdurre – per quasi tutte le aree di contrattazione – un surrettizio meccanismo di continuità, almeno sul piano retributivo, tra incarichi.

Stabilendo che, in caso di valutazione negativa del dirigente, a quest'ultimo potesse essere affidato, alla scadenza, un incarico con valore di retribuzione di posizione inferiore a quello cessato, i CCNL finivano con l'attribuire al dirigente che non fosse incorso in una valutazione negativa, in ipotesi di mancato rinnovo del precedente, il diritto a un incarico "equivalente", cioè pari o immediatamente prossimo, sul piano del rilievo organizzativo o, comunque, del trattamento retributivo di parte accessoria²³.

²² Cfr. F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, cit.

²³ V. ad esempio, per il periodo di riferimento (normativo 1994-1997, economico 1994-1995) art. 23, c. 6, lett. a) CCNL area I; art. 23, c. 7, lett. a) CCNL area II; art. 57, c. 7, lett. a) del CCNL area III; art. 59, c. 7, lett. a) CCNL area IV.

Con la seconda privatizzazione (che pure apre l'epoca del "giallo" delle sette materie²⁴), l'art. 19 del d.lgs. n. 29/1993 si arricchisce di una previsione che, sul punto, pare troncante, perché stabilisce che al conferimento degli incarichi dirigenziali o al passaggio a incarichi diversi non si applica l'art. 2103 del codice civile²⁵.

L'esclusione del rapporto dirigenziale d'incarico dall'ambito di una disciplina pacificamente ritenuta espressione di un principio generale di tutela del lavoro²⁶ è stata prevalentemente giustificata rilevando che, in relazione agli atti di preposizione alla struttura e all'individuazione degli obiettivi, una limitazione del potere dell'amministrazione-datrice di lavoro nell'assegnazione delle mansioni equivarrebbe a un correlativo vincolo imposto al potere di organizzazione (essendo demandata alla definizione dell'incarico l'individuazione della sfera di competenza dell'organo affidato al designato)²⁷. Se il dirigente non vanta, in ragione del-

²⁴ Con l'espressione ci si riferisce ai dubbi suscitati in dottrina dalla modifica dell'art. 45, d.lgs. n. 29/1993, operata dall'art. 1, d.lgs. n. 396/1997. Il testo introdotto nel 1997 (*in parte qua* confermato nella versione originaria dell'art. 40 TUIPI), pur prevedendo, come il precedente, che "La contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro", non escludeva più dalle competenze della fonte negoziale le materie "riservate alla legge e agli atti normativi e amministrativi secondo il disposto dell'art. 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421". Il "giallo" aveva dunque a oggetto la possibilità di considerare questo limite sopravvissuto, per vincolo costituzionale, anche successivamente alla modifica dell'art. 45 cit., oppure di ritenere che l'ambito di competenza della contrattazione si fosse, a seguito della novella, allargato fino a ricomprendere anche la componente delle sette materie che non fosse in via esclusiva riferibile alla macro-organizzazione. In argomento v. F. CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 5/2000, 55 ss.; ID., *La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato ex capo 11, titolo 11, d.lgs. n. 29 del 1993 (il modello universale)*, *ibid.*, 6/2001, 29; per l'illustrazione degli ulteriori fattori di complicazione del "giallo" nel sistema delle fonti del rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti locali, cfr. A. ORSI BATTAGLINI - A. CORPACI, *Sub Art. 2, I*, in A. CORPACI - M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, numero monografico di *Nuove leggi civili commentate*, 5-6/1999, 1064 ss.; M. RAGUSA, *La contrattazione collettiva*, in A. CONTIERI - M. IMMORDINO (a cura di), *La dirigenza locale*, Napoli, 2012, 118 ss.

²⁵ Art. 19, c. 1, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 13 del d.lgs. n. 80 del 1998.

²⁶ Cass. civ., sez. lav., 30 gennaio 2009, n. 2534.

²⁷ Cass. civ., sez. lav., 22 dicembre 2004, n. 23760, secondo la quale "all'espressa

l'affidamento di un incarico ormai cessato, alcuna legittima pretesa al mantenimento della retribuzione di posizione già goduta, né un diritto all'assegnazione di determinate mansioni, ciò è perché l'atto con il quale egli è assegnato a questa o quella funzione non è espressione di una facoltà inerente ai diritti vantati dalla P.A. nell'ambito del rapporto di lavoro, ma rappresenta una delle prerogative del potere di organizzazione²⁸. La disciplina di questo potere costituisce un ambito di competenza esorbitante da quello della contrattazione collettiva, indipendentemente dalla soluzione che si intenda dare alla questione relativa alla permanenza, nel sistema delle fonti descritto dalla seconda privatizzazione, del limite delle sette materie di cui alla l. n. 421 del 1992. Se questa lettura è corretta, la limitazione dello *ius variandi*, una volta esclusa dalla legge, non avrebbe potuto essere re-introdotta per mano di un contratto collettivo.

Sta di fatto però che, a distanza di dieci anni dalla seconda privatizzazione, i CCNL della stragrande maggioranza delle Aree dirigenziali continuavano a disciplinare la materia della responsabilità dirigenziale (in qualche caso, dopo una breve tornata di *self restraint*²⁹) elencando, tra le misure conseguenti a valutazione negativa, l'affidamento, alla scadenza del precedente, di un altro incarico di 'pesatura' inferiore (e dunque perpetuando il meccanismo di continuità, in spregio del dato legale, per l'ipotesi di valutazione positiva). In molti casi, alle previsioni sulla responsabilità dirigenziale veniva affiancata dai CCNL una espressa "clausola di salvaguardia", con cui era imposto alle amministrazioni che, in mancanza di una espressa valutazione negativa, non intendessero

previsione di inapplicabilità [dell'art. 2103 c.c.] ai conferimenti di incarichi e al passaggio ad incarichi diversi, contenuta nel secondo periodo del comma 1 dell'art. 19, d.lgs. 165/2001, va attribuito il significato di chiarimento e conferma di una regola che sarebbe già stata desumibile dal sistema del lavoro pubblico dirigenziale", sistema elaborato, nell'ambito degli enti locali, addirittura in epoca precedente al d.lgs. n. 29 del 1993. In dottrina cfr. V. TALAMO, *La contrattazione collettiva della dirigenza pubblica*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 6/2004, 678 e ss. e B. CARUSO, *La storia interna della riforma del pubblico impiego: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in M. D'ANTONA - P. MARTEINI - V. TALAMO, *Riforma del lavoro e riforma della pubblica amministrazione (1997-1998)*, Milano, 2001.

²⁸ Corte cost., 16 ottobre 1997, n. 309.

²⁹ Cfr. art. 14 CCNL area II (norm. 1998-2001, econ. 1998-1999), che modifica il citato art. 23 del CCNL d'area della precedente tornata contrattuale.

riconfermare lo stesso incarico, di conferirne al dirigente un altro con valore economico pari o non inferiore del 10% rispetto a quello cessato³⁰.

Il legislatore del 2009 vide in quella del conferimento e della revoca degli incarichi una delle materie più pericolosamente esposte allo sconfinamento della contrattazione collettiva dal proprio ambito di competenza e – oltre a inserirla nella lista nera del citato art. 40 TUPI, oltre a ripristinare il limite espresso delle sette materie della legge 421/1992 – dettò per essa una puntuale disciplina, modificando l'art. 19 (norma protetta, se non bastasse, da una autonoma ed espressa previsione di inderogabilità dalla contrattazione collettiva).

Con riferimento alla revoca, il decreto Brunetta era posto su un percorso obbligato dai principi reiteratamente ribaditi dalla Corte costituzionale nelle pronunce in materia di *spoils system*³¹: la revoca dell'incarico non può essere disposta se non per accertata responsabilità dirigenziale. Limite, del resto, che era stato mantenuto fermo dai CCNL anche successivamente alla abrogazione della sua previsione, al comma 7 dell'art. 19, ad opera della legge Frattini³².

Invece, sotto il profilo del conferimento degli incarichi, per quanto qui direttamente interessa, la riforma del 2009 si trovava a prendere una scelta cruciale: se disciplinare, cioè, l'ipotesi del rinnovo dell'incarico giunto a scadenza, o se invece disconoscere *tout court* la fattispecie, imponendo al dirigente, per ottenere il rinnovo dell'incarico, di partecipare a una nuova procedura selettiva per il suo affidamento³³.

³⁰ V., ad. es. l'art. 52 del CCNL area I (norm. 2002-2005, econ. 2002-2003). In via transitoria, la stessa "salvaguardia retributiva" era riconosciuta dall'art. 3, c. 7, l. n. 145/2002 ai dirigenti dello Stato che non fossero stati riconfermati nell'incarico scaduto in sede di prima applicazione dell'art. 19, TUPI, come modificato dal comma 1 dell'art. 3, cit.

³¹ Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103 e n. 104; 7 maggio 2008, n. 161. Sulla giurisprudenza costituzionale in materia di *spoils system* anteriore alla c.d. riforma "Brunetta" v. G. CORSO - G. FARES, *Quale spoils system dopo la sentenza 103 della Corte costituzionale?*, in *www.giustamm.it*; F. MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione*, in *Le Regioni*, 5/2007, 836 e ss.

³² V., ad. es., art. 20 CCNL Area I (norm. 2002-2005, econ. 2002-2003).

³³ Procedura resa più esplicitamente comparativa con la modifica dell'art. 19, c. 1 e con l'introduzione del comma 1 *bis*, a opera dell'art. 40, comma 1, lettera b), d.lgs. 27

Il legislatore si orientò per la prima soluzione, ma senza riconoscere un pieno ‘diritto di insistenza’ al titolare dell’incarico giunto a scadenza: ai sensi dell’art. 19, c. 1 *ter*, secondo periodo³⁴, “L’amministrazione che, in dipendenza dei processi di riorganizzazione ovvero alla scadenza, in assenza di una valutazione negativa, non intende confermare l’incarico conferito al dirigente, è tenuta a darne idonea e motivata comunicazione al dirigente stesso con un preavviso congruo, prospettando i posti disponibili per un nuovo incarico”. Onere di motivazione non ancorato a specifici presupposti e che in qualche modo ricorda, dunque, la “giustificatazza dei motivi” che, per i CCNL del settore privato, consente il recesso del datore di lavoro da un rapporto di lavoro dirigenziale a tempo indeterminato³⁵. Il mancato rinnovo, in altri termini, poteva del tutto prescindere dall’accertamento di responsabilità dirigenziale.

Di lì a pochi mesi, l’art. 9, comma 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (c.d. decreto Tremonti) ha però abrogato il secondo periodo del comma 1 *ter* citato e introdotto la regola per cui le P.A. che, “alla scadenza di

ottobre 2009, n. 150: sul problema della natura comparativa (anziché genericamente “selettiva”) da riconoscere alla procedura di cui all’art. 19, a seguito della riforma del 2009, cfr., in senso positivo, E.A. APICELLA, *Conferme e novità in tema di conferimento di incarichi dirigenziali dopo la “riforma Brunetta”*, in *Il Foro amministrativo - CdS*, 9/2010, 1327 ss.; A. GARILLI, *Dirigenza pubblica e poteri datoriali*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 1-2/2016, 24; *contra* G. D’AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti*, cit., 11 ss.; in senso dubitativo A. GARILLI - A. BELLAVISTA, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neobridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 1/2010, 21. Sul dibattito v. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 61 ss., anche per l’illustrazione degli orientamenti della giurisprudenza in materia prima e dopo il d.lgs. n. 150/2009.

³⁴ Inserito dall’articolo 40, comma 1, lettera *b*), d.lgs. n. 150/2009.

³⁵ Sulla nozione di giustificatazza (distinta – sul piano soggettivo e oggettivo – da quella di “giustificato motivo L. n. 604 del 1966, *ex art.* 3 e di giusta causa *ex art.* 2119 c.c., trovando la sua ragione d’essere, da un lato, nel rapporto fiduciario che lega il dirigente al datore di lavoro in ragione delle mansioni affidate – suscettibile di essere leso anche da mera inadeguatezza rispetto ad aspettative riconoscibili “*ex ante*” o da importante deviazione dalla linea segnata dalle direttive generali del datore di lavoro, ovvero da comportamento extralavorativo incidente sull’immagine aziendale a causa della posizione rivestita – e, dall’altro, nello stesso sviluppo delle strategie di impresa che rendano nel tempo non pienamente adeguata la concreta posizione assegnata al dirigente nella articolazione della struttura direttiva dell’azienda”) cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. VI, 26 ottobre 2018, n. 27199.

un incarico di livello dirigenziale, anche in dipendenza dei processi di riorganizzazione³⁶, non intendono, anche in assenza di una valutazione negativa, confermare l'incarico conferito al dirigente, conferiscono al medesimo dirigente un altro incarico [generale o non generale, a seconda della fascia di afferenza] anche di valore economico inferiore", senza alcun onere di preavviso o motivazione.

Le eventuali condizioni contrattuali più favorevoli, specifica la norma, non possono essere applicate.

La disciplina della responsabilità dirigenziale dei CCNL vigenti continua a prevedere l'affidamento, alla scadenza del precedente, di un nuovo incarico di valore non equivalente quale conseguenza dell'accertamento di responsabilità dirigenziale.

Essendo state però espunte dai contratti – o comunque rese inapplicabili dalla citata previsione di inderogabilità dell'art. 9, comma 32, d.l. n. 78/2010 – le corrispondenti clausole di salvaguardia, il senso della disposizione sembra rovesciato rispetto a quello che le era proprio in passato: non potendo più offrire, in via indiretta, alcun vantaggio al dirigente che non sia incorso in valutazione negativa, essa si limita a inasprire l'effetto contemplato dall'art. 21 del testo unico. Accertata la responsabilità del dirigente, infatti, non solo questi non potrà essere riconfermato, ma il diverso incarico che gli sarà affidato dovrà necessariamente avere pesatura inferiore³⁷.

³⁶ La possibilità di revocare l'incarico, per ragioni organizzative, anteriormente alla scadenza è contemplata anche dal successivo art. 1, c. 18, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, a mente del quale "Al fine di assicurare la massima funzionalità e flessibilità, in relazione a motivate esigenze organizzative, le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono disporre, nei confronti del personale appartenente alla carriera prefettizia ovvero avente qualifica dirigenziale, il passaggio ad altro incarico prima della data di scadenza dell'incarico ricoperto prevista dalla normativa o dal contratto": v. C. CELONE, *op. cit.*, 209 ss.

³⁷ Si noti che, pur senza garantire una continuità, sul piano retributivo, *tra incarichi*, alcuni CCNL per il triennio 2016-2018 hanno introdotto (più timide) clausole di salvaguardia che garantiscono al dirigente che non abbia ottenuto il rinnovo dell'incarico cessato il diritto a mantenerne, per un periodo di tempo limitato, in tutto o in parte la corrispondente retribuzione di posizione: v. la "clausola di salvaguardia economica" di cui all'art. 54, c. 7, CCNL Area Funzioni Centrali e (anche in considerazione della più articolata struttura della retribuzione della dirigenza sanitaria e della 'scomposizione' che è al suo interno è operata per la retribuzione di posizione), la "clausola di garanzia" di cui all'art. 92 CCNL Area Sanità.

2.2. *Il problema del c.d. “mancato rinnovo ad nutum”*

In dottrina – dove, *de iure condito*, non si dubitava della correttezza della posizione della Corte dei conti intorno alla nullità delle clausole di salvaguardia anche con riferimento al quadro normativo anteriore alla novella³⁸ – si è da più parti criticata la scelta del legislatore del 2010, che finisce con il suggellare formalmente la possibilità di un “mancato rinnovo *ad nutum*”: fattispecie che già in passato – quando, cioè, la sua ammissibilità e i suoi presupposti dovevano essere dedotti, nel silenzio della legge, in via interpretativa – era stata guardata con timore da parte della comunità scientifica.

Si sostiene, in sintesi, che il mancato rinnovo dell’incarico scaduto – in difetto di ragioni inerenti alla valutazione dell’operato del dirigente – non integri una fattispecie poi tanto diversa da quella della revoca³⁹.

In merito a tale opinione, ai fini del presente lavoro, è opportuno svolgere alcune osservazioni. E occorre premettere che, sul piano tecnico-formale, essa non sembra fondata su solide basi.

Pare innegabile, infatti, che il rinnovo dell’incarico scaduto – almeno a far data dalla seconda privatizzazione, in cui si generalizza il principio di temporaneità⁴⁰ – non sia mai stato considerato dal legislatore

³⁸ Cfr. A. GARILLI - A. BELLAVISTA, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione*, cit., 22. Com’è noto, una espressa comminatoria di nullità parziale *ex art.* 1419 c.c. è stata introdotta dalla riforma del 2009 per le clausole contrattuali che violino “norme imperative o [...] limiti fissati alla contrattazione collettiva” (comma 3 *bis* dell’art. 2, d.lgs. 165 del 2001) nonché, specificamente, per le parti dei contratti collettivi integrativi che violino vincoli e limiti di competenza “imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge” (art. 40, c. 3 *quinquies*).

³⁹ In questo senso, per tutti, S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/2012, 66 ss.; A. GARILLI - A. BELLAVISTA, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione*, loc. cit., secondo i quali “la soluzione più semplice, conforme al principio di distinzione tra politica e amministrazione e tale da assicurare un reale rafforzamento dell’autonomia dirigenziale, sarebbe quella di prevedere *sic et simpliciter* che, in mancanza di valutazione negativa, il titolare del potere di nomina debba confermare il dirigente nell’incarico scaduto, e che eventualmente possa adibirlo ad altro incarico solo con il suo consenso”. Nello stesso senso già G. D’ALESSIO, *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2006, 567 ss.

⁴⁰ Art. 19, d.lgs. n. 29/1993, come sostituito dall’art. 13, d.lgs. n. 80/1998.

come oggetto di una legittima aspettativa del dirigente. In questa prospettiva, non può dirsi che, anteriormente alla sua espressa disciplina, la fattispecie rappresentasse un “buco nero”⁴¹ della normativa: il silenzio della legge, infatti, imponeva semplicemente di fare precedere l’affidamento di qualsiasi incarico dalla procedura descritta dall’art. 19 (senza alcuno spazio, dunque, per l’istituto del rinnovo).

Una scelta, del resto, in linea con l’autonomia che la legge ha voluto conferire al rapporto di incarico rispetto al contratto a tempo indeterminato a cui il primo, *ad tempus*, ordinariamente accede: se questa autonomia non può essere oltremodo estesa (come sembra fare erroneamente la giurisprudenza in materia di licenziamento per responsabilità dirigenziale⁴²), essa non può essere, d’altronde, estremamente compressa, fino al punto di negare rilievo alla forma attribuita dal legislatore a ciascuno dei due rapporti.

Il termine di durata dell’incarico dirigenziale, infatti, da un lato giustifica la limitazione normativa della revoca alle ipotesi di responsabilità dirigenziale, limitazione omologa a quella che contraddistingue il potere di recesso datoriale nella disciplina del rapporto di lavoro a termine di diritto comune⁴³.

Dall’altro lato, tuttavia, la conformazione di quello di incarico come rapporto a tempo determinato (e non, ad esempio, come contratto a tempo indeterminato risolutivamente condizionato all’evenienza di una valutazione negativa) impone di attribuire al termine di durata la sua valenza oggettiva di fatto giuridico produttivo di effetti costitutivi (l’estinzione del rapporto stesso). Scelta, questa, che è espressione della volontà del legislatore di conferire valore centrale, nell’ambito del regime giuridico degli incarichi dirigenziali, alla fase del conferimento di questi ultimi e alla sua conformazione come procedura aperta a tutti i dirigenti che intendano concorrere.

⁴¹ A. BELLAVISTA, *op. ult. cit.*, 152.

⁴² *Supra*, *sub* 1.1.

⁴³ “[II] datore di lavoro può recedere dal contratto di lavoro a termine, prima della scadenza, in due ipotesi: per giusta causa o per impossibilità sopravvenuta. Al di fuori di queste ipotesi il licenziamento è qualificabile come inadempimento contrattuale per mancato rispetto del termine pattuito” (così, da ultimo, Cass. civ., sez. lav., 25 febbraio 2013, n. 4648, ma l’interpretazione dell’art. 2119 c.c. è sul punto consolidata: cfr., per precedenti conformi, la giurisprudenza citata in motivazione).

Una procedura che, per l'affidamento di ogni incarico, deve essere espletata *ex novo*.

Sotto questa luce, l'impossibilità di rinnovo prevista dall'art. 21 d.lgs. n. 165/2001 non rappresenta una norma volta a inibire, in presenza di una valutazione negativa, la produzione di un effetto altrimenti automatico (cioè il rinnovo): stabilisce, piuttosto, una preclusione, per il dirigente, a partecipare alla procedura per il nuovo affidamento dell'incarico cessato e, per la P.A., un criterio aggiuntivo (rispetto a quelli previsti dai commi 1 e 1 *bis* dell'art. 19) che conforma (e limita) il potere di conferimento.

Se così è, anziché l'affermazione della piena legittimità di quello che, con espressione contraddittoria, si usa definire "mancato rinnovo *ad nutum*" (regola già implicita nel quadro normativo anteriore al citato decreto Tremonti⁴⁴), dell'attuale disciplina sembra criticabile la previsione secondo cui le amministrazioni che non intendono confermare un incarico debbano "conferirne" al dirigente un altro, anche di valore inferiore. Criticabile non perché l'eventualità di un trattamento peggiorativo rispetto all'incarico precedente rappresenti di per sé un'anomalia, ma, al contrario, perché l'individuazione del nuovo incarico da affidare al dirigente il cui rapporto sia giunto a scadenza dovrebbe essere mera conseguenza dell'esito dei procedimenti *ex art. 19*, commi 1 e 1 *bis*, senza alcun automatismo. Né la "conferma", né il "conferimento" di altro incarico, insomma, dovrebbero considerarsi modalità di designazione alternative alla procedura selettiva.

La norma di cui all'art. 9, c. 32, cit. dovrebbe dunque interpretarsi, malgrado l'infelice formulazione, nel senso che, fermo restando che per il conferimento degli incarichi non è ammessa deroga al procedimento di cui ai commi 1 e 1 *bis* dell'art. 19, all'esito di tale procedimento l'amministrazione non è tenuta a garantire alcuna continuità, nemmeno sotto il profilo retributivo, agli incarichi scaduti. Nulla più, insomma, che una specificazione della previsione di inapplicabilità dell'art. 2103 c.c.

Nello stesso senso dovrebbe interpretarsi la disposizione di cui all'art. 19, c. 2, d.lgs. n. 165/2001: lì dove prevede che "gli incarichi diri-

⁴⁴ Fatta parziale eccezione proprio per il breve periodo di vigenza dell'art. 19, c. 1 *ter*, secondo periodo.

genziali sono rinnovabili”, infatti, la norma dovrebbe essere letta nel senso che nulla osta (a differenza di quanto disposto dalla legge in relazione a determinati uffici pubblici, *ex art. 51, c. 1, Cost.*) a che il dirigente partecipi, alla scadenza dell’incarico, alle procedure per il suo nuovo affidamento; anche in questo caso, dunque, senza qualificare l’istituto del rinnovo come una modalità di designazione alternativa alle procedure di cui ai citati commi 1 e 1 *bis* dell’art. 19.

2.3. *Continuità tra incarichi e separazione tra politica e amministrazione*

Il principale fondamento delle critiche mosse dalla dottrina all’istituto del “mancato rinnovo *ad nutum*”, a dire il vero, non è rappresentato da argomenti tecnico-formali, ma da una valutazione di carattere sistematico relativa ai principi cardine delle riforme avviate all’inizio degli anni Novanta.

È stato, infatti, rilevato che la scelta del legislatore del 2010 finisce col vulnerare il principio di separazione tra politica e amministrazione: la possibilità data al politico, alla scadenza dell’incarico, di non rinnovarlo “*ad nutum*” determina una eccessiva precarizzazione del rapporto di lavoro dirigenziale, incompatibile con l’autonomia da garantire agli organi di gestione perché il principio di separazione goda di effettività.

Esposto al rischio di non vedere rinnovato il proprio rapporto a tempo determinato, pur avendo raggiunto gli obiettivi dedotti in suo oggetto, il dirigente pubblico sarebbe disincentivato a valorizzare l’autonomia del proprio ufficio e indotto piuttosto a subordinarne (o sacrificarne) l’imparziale azione al gradimento degli organi titolari del potere di conferire gli incarichi⁴⁵.

⁴⁵ Cfr. *supra*, nota 39. V. anche C. CELONE, *op. cit.*, 205 ss. È interessante ricordare che, pronunciandosi sullo schema di decreto legislativo recante “Disciplina della dirigenza della Repubblica”, adottato sulla base della delega dell’art. 11, l. n. 124 del 2015 – delega, com’è noto, scaduta a seguito della pronuncia di incostituzionalità “nella parte in cui prevede che i decreti legislativi attuativi siano adottati previa acquisizione del parere reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni” (Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251, su cui v. A. GARILLI, *Dirigenza pubblica e poteri datoriali*, cit., 39 ss.) – il Consiglio di Stato ha suggerito al legislatore delegato di prevedere un onere di motivazione a carico dell’amministrazione che non intendesse rinnovare l’incarico alla sua scadenza e di fare precedere la decisione da un

Pertanto, le non più vigenti (o non più applicabili) clausole di salvaguardia dei CCNL, invalide sotto il profilo della legalità formale, rappresenterebbero, sul piano della legalità sostanziale, un tentativo ragionevole (benché limitato, poiché volto soltanto a garantire continuità sotto il profilo retributivo) di riportare a coerenza il sistema⁴⁶.

Questa posizione, a differenza di quella che considera la stessa temporaneità degli incarichi come una forma mascherata di *spoils system*⁴⁷, non si limita a formulare una proposta *de iure condendo*, ma solleva dubbi intorno alla costituzionalità del vigente regime in materia di rinnovo. Se la temporaneità in sé e per sé, infatti, è stata ritenuta legittima dalla Corte costituzionale, quest'ultima sembrerebbe d'altronde avere dato una indiretta indicazione sulla conformità a Costituzione del mancato rinnovo *'ad nutum'*⁴⁸: la legittimità di una siffatta misura dovrebbe

contraddittorio procedimentale con il dirigente interessato: ciò nonostante il progetto di decreto legislativo prevedesse la possibilità di rinnovo solo per una volta, per non più di un biennio e sulla base di una valutazione discrezionale della P.A. Cfr. Cons. St., Commissione speciale del 14 settembre 2016 (parere 14 ottobre 2016, n. 2113).

⁴⁶ Cfr. A. BELLAVISTA, *Gli incarichi dirigenziali dopo la manovra "Tremonti"*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2/2011, 153; G. GARDINI, *La dirigenza pubblica tra riforme e controriforme*, in *www.astrid-online.it*.

⁴⁷ È questa la posizione sostenuta sin dalla seconda privatizzazione da S. CASSESE (*L'ombra dei politici sui manager di Stato*, su *La Repubblica* dell'11 febbraio 1998; da ultimo v. ID., *Quel male che corrode la pubblica amministrazione*, articolo apparso sul *Corriere della Sera - Economia*, del 9 luglio 2018; tra i tanti contributi scientifici dell'A. in cui la questione è affrontata v. *Il rapporto tra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2/2003, 231 ss.) e che ha aperto il noto dibattito con M. D'ANTONA (*Dirigenti pubblici: meglio se a tempo*, in *Sole24ore*, 4 febbraio 1998; ID., *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 1/1998, 35 ss.) e F. BASSANINI (*Spoil system? Non scherziamo*, in *La Repubblica*, 12 febbraio 2008).

⁴⁸ S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione in Italia*, cit. L'A. evidenzia che, nella stessa pronuncia con cui ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 3, c. 1, lett. b), l. n. 145 del 2002 (norma che, modificando l'art. 19 del TUPI, aveva abolito il termine di durata minimo e diminuito quello massimo degli incarichi dirigenziali), Corte cost. n. 103/2007, cit. ha sì riconosciuto la legittimità costituzionale del sistema di temporaneità degli incarichi, ma ha precisato come "anche il rapporto di ufficio [...] pur se caratterizzato dalla temporaneità dell'incarico, debba essere connotato da specifiche garanzie, le quali presuppongano che esso sia regolato in modo tale da assicurare la tendenziale continuità dell'azione amministrativa e una chiara distinzione funzionale tra i

essere subordinata al rispetto di garanzie partecipative in favore del dirigente e a un rigoroso onere di motivazione. L'interpretazione orientata dell'art. 9, c. 32, del decreto Tremonti imporrebbe così il rispetto, da parte dell'Amministrazione, almeno delle condizioni già previste dall'art. 19, c. 1 *ter*, secondo periodo, d.lgs. n. 165/2001, nel testo introdotto dalla riforma Brunetta. L'abrogazione di questa norma, infatti, non farebbe venir meno la necessità di rispettarne il precetto, da ritenersi una mera specificazione di principi di ordine costituzionale che ostano a un regime di "libera recedibilità dopo la scadenza"⁴⁹.

L'amministrazione avrebbe dunque, a tutt'oggi, l'onere di specificare le motivazioni del mancato rinnovo: o all'interno di un provvedimento (amministrativo) *ad hoc* che abbia a oggetto tale decisione⁵⁰, o comunque nel corpo dell'atto (di diritto privato) con cui si concludono le procedure per il conferimento del nuovo incarico (atto che, in difetto, potrebbe essere impugnato innanzi al Giudice del lavoro dal dirigente cessato e non riconfermato)⁵¹.

compiti di indirizzo politico-amministrativo e quelli di gestione. Ciò al fine di consentire che il dirigente generale possa espletare la propria attività – nel corso e nei limiti della durata predeterminata dell'incarico – in conformità ai principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97, Cost.). In tale prospettiva, è, dunque, indispensabile, come questa Corte ha già avuto modo di affermare (sentenza n. 193 del 2002 e ordinanza n. 11 del 2002), che siano previste adeguate garanzie procedurali nella valutazione dei risultati e dell'osservanza delle direttive ministeriali finalizzate alla adozione di un eventuale provvedimento di revoca dell'incarico per accertata responsabilità dirigenziale".

⁴⁹ S. BATTINI, *op. ult. cit.*, 71.

⁵⁰ *Ivi*, 72 ss. Tale interpretazione presuppone la qualificazione generale dei provvedimenti di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali alla stregua di provvedimenti amministrativi e contesta, pertanto, la posizione assunta dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, a far data dalla sentenza 9 dicembre 2004, n. 22990 (ma v. già sez. lav., 20 marzo 2004, sentenza n. 5659), e oggi consolidato (v. successivamente Cass. civ., sez. un., 7 luglio 2005, n. 14252; 12 giugno 2006, n. 13538; 15 febbraio 2007, n. 3370; 9 febbraio 2009, n. 3054). Per questa posizione v. per tutti A. POLICE, *Gli incarichi dirigenziali, le dispute di Pomponazzi e le garanzie del diritto pubblico*, in *Diritto dell'economia*, 3-4/2009, 529 ss.

⁵¹ S. BATTINI, *op. ult. cit.*, 76 ss. e, con angolatura parzialmente differente (poiché non riferisce espressamente l'obbligo di motivazione alle ragioni del mancato rinnovo), P. SORDI, *La giurisprudenza costituzionale sullo spoils system e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1/2009, 77 ss.

Anche in questa differente formulazione, tuttavia, la lettura del c.d. “mancato rinnovo *ad nutum*” non pare condivisibile⁵².

Proprio con riferimento agli incarichi affidati dagli organi di indirizzo politico amministrativo, infatti, escludere un ‘diritto di insistenza’ del dirigente sembra il metodo più idoneo a garantire un equilibrio tra i principi che – per il vincolo derivante dagli artt. 95 e 97 della Costituzione – il legislatore deve rispettare in materia: da un lato quello di supremazia della politica sull’amministrazione e, dall’altro, quello dell’autonomia degli organi di gestione, corollario di buon andamento e imparzialità⁵³. Per meglio dire, quello del rinnovo delle procedure alla scadenza di ogni incarico è il metodo che sembra più conforme all’equilibrio tra i predetti principi costituzionali, una volta imboccata la via (a livello di legislazione primaria) dell’*unbundling* del potere pubblico (si passi, in senso atecnico, l’espressione) tra organi politici e organi burocratici.

L’organo di indirizzo dovrebbe potere scegliere il dirigente a cui affidare il perseguimento degli specifici obiettivi della sua azione di governo senza vincoli di sorta, attingendo all’intero ruolo dirigenziale a sua disposizione: a condizione, però, di adottare la scelta in base a criteri specifici, trasparenti e non discriminatori (e a seguito di una valutazione imparziale).

Se, in sede di valutazione comparativa tra gli aspiranti, l’Amministrazione motiva la scelta del designato, illustrando le ragioni per le quali è stato preferito agli altri concorrenti (le cui candidature sono del pari oggetto di valutazione), non si vede perché essa debba, al contempo, esternare specificamente le ragioni dell’eventuale “mancato rinnovo” in favore del precedente titolare. Piuttosto, sembra convincente la reciproca della tesi riportata: anche quando il designato per il nuovo affidamento dell’incarico sia il dirigente cessato, ciò non solleva l’organo con-

⁵² È appena il caso di precisare che problema differente è quello relativo alla congruità del termine di durata: termine di cui, con riferimento ad alcuni incarichi (in particolare quelli aventi a oggetto la preposizione a strutture tecniche dell’amministrazione ministeriale), si rileva l’irragionevole brevità. In argomento cfr. da ultimo L. SALTARI, *Che resta delle strutture tecniche nell’amministrazione pubblica italiana?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/2019, 292.

⁵³ M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell’)*, in *Enciclopedia giuridica*, II, Roma, 1988, *ad vocem*.

ferente dall'onere di svolgere una procedura comparativa e di motivare adeguatamente, sulla base delle valutazioni da quest'ultima emerse, la decisione adottata⁵⁴.

Sembra dunque che l'interpretazione della legge vigente non imponga il ricorso a criteri differenti da quello letterale: il modello della separazione tra politica e amministrazione giustifica che al precedente svolgimento dell'incarico sia attribuita rilevanza solo allorché il dirigente cessato sia incorso in valutazione negativa. Stabilendo che, in questo caso, il dirigente non possa essere confermato nella titolarità di un incarico scaduto, l'art. 21 del TUPI può meglio essere compreso come un *divieto* che ha per primari destinatari gli organi titolari del potere di conferire gli incarichi, anziché come una *sanzione* da comminarsi al dirigente.

In questo senso pare, del resto, doversi leggere anche l'implicito indirizzo offerto dalla giurisprudenza costituzionale: è vero, infatti, che, affermando la legittimità del principio di temporaneità degli incarichi, la Corte ha richiesto che la disciplina del rapporto sia assistita da adeguate "garanzie procedurali nella valutazione dei risultati", ma è anche vero che ha circoscritto tale esigenza "nel corso e nei limiti della durata predeterminata dell'incarico"⁵⁵.

A ben guardare, i timori della dottrina intorno alla insana fidelizzazione che la possibilità di un "mancato rinnovo *ad nutum*" può produrre, pur non condivisibili sul piano interpretativo, sono senz'altro giusti-

⁵⁴ Più complessa è, sotto questo profilo, l'interpretazione del quadro normativo relativo alla dirigenza medica e sanitaria. L'art. 15, c. 5, ult. per., d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, nel testo introdotto dal c.d. decreto Balduzzi (art. 4, c. 1, lettera c), del d.l. 13 settembre 2012, n. 158), prevede infatti che "L'esito positivo della valutazione professionale determina la conferma nell'incarico o il conferimento di altro incarico di pari rilievo, senza nuovi o maggiori oneri per l'azienda, fermo restando quanto previsto dall'articolo 9, comma 32, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78[...]". Il diritto che la prima parte della disposizione sembra conferire al dirigente è, singolarmente, negato dal rinvio all'art. 9, c. 32, cit.: la norma sembra dunque rimettere alla discrezionalità del direttore generale la scelta tra l'indizione di una selezione e la conferma del dirigente titolare dell'incarico scaduto. A una conclusione differente, tuttavia, si perviene interpretando il rinvio al d.lgs. n. 29/1993, contenuto al comma 2 dell'art. 15, d.lgs. n. 502/1992, come idoneo a imporre l'applicazione dell'art. 19, cc. 1 e 1 *bis* del TUPI Cfr. Tribunale Verona, sez. lav., 6 febbraio 2018, n. 63.

⁵⁵ Cfr. il passo di Corte cost. n. 103/2007, riportato *supra*, in nota 48.

ficati da un dato empirico, relativo al concreto atteggiarsi delle procedure di selezione: all'evanescenza dei criteri specificati dalla legge per il conferimento degli incarichi, infatti, la prassi dell'attività amministrativa non pone rimedio mediante un'adeguata loro declinazione.

Il vero problema è, insomma, quello della valutazione⁵⁶: problema che accomuna il tema della responsabilità dirigenziale, più diretto oggetto del presente contributo, a quello della costituzione del rapporto di incarico. Se, tuttavia, l'inadeguatezza dei sistemi di valutazione, ai fini dell'applicazione delle misure previste dall'art. 21 TUPI, può ritenersi un male che affligge più il pubblico degli amministrati (e dei contribuenti) che la platea dei dirigenti pubblici (dal momento che, com'è noto, il malfunzionamento consiste nell'incapacità di evidenziare risultati insoddisfacenti), non altrettanto può dirsi guardando agli effetti che essa produce sul momento del conferimento dell'incarico, ove pregiudica in via diretta la dirigenza nella sua unitarietà (pur potendo favorire – e, anzi, proprio nella misura può ingiustamente favorire – in concreto, questo o quel dirigente).

È anche per questo, tuttavia, che la soluzione alle anomalie del sistema non pare possa essere ricercata in un rafforzamento delle tutele alla scadenza dell'incarico (e meno che mai in un 'paracadute' retributivo offerto dalla contrattazione collettiva): in questo modo, infatti, si finirebbe col tutelare il singolo dirigente, ma non la dirigenza intesa come categoria (ovvero, esaminando la questione nella prospettiva delle relazioni organizzative, come *funzione*).

Occorrerebbe, piuttosto, intervenire sulla conformazione degli avvisi di selezione con cui prendono avvio le procedure (se del caso imponendo l'attribuzione di un peso specifico alla valutazione positiva ricevuta dagli aspiranti, in passato, per lo svolgimento del medesimo incarico, ma soprattutto) garantendo l'effettiva specificazione e pesatura *ex ante* di tutti i criteri di selezione che assumono rilievo *ex art.* 19, c. 1: in primo luogo degli obiettivi che, mediante l'incarico, si intendono affidare.

Troppo spesso, com'è noto, gli avvisi si risolvono invece nella mera

⁵⁶ In tema, da ultimo, A. GABRIELE, *La valutazione della performance nella "Quarta" riforma del lavoro pubblico*, in A. GARILLI - A. BELLAVISTA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la "Riforma Madia"*, in *Giurisprudenza italiana*, 4/2018, 1029 ss.

individuazione delle strutture la cui titolarità è messa a bando o, al più, nell'elencazione delle competenze a esse spettanti per legge: l'art. 19 TUIPI, del resto, se pure impone, al comma 1, di porre a base della designazione del dirigente la "natura e [le] caratteristiche degli obiettivi" oggetto dell'incarico, di questi ultimi non prevede espressamente, al comma 1 *bis*, la formale definizione *ex ante* negli atti di avvio delle procedure di selezione (né tanto meno una pesatura specifica).

Una innovazione in tal senso, forse, consentirebbe di trasformare la partecipazione 'curriculare' dei dirigenti alle procedure di affidamento in una partecipazione (almeno in parte) 'progettuale'⁵⁷.

2.4. Contrattazione collettiva e disciplina della valutazione

Dobbiamo, a questo punto, chiederci se una tale messa a punto del sistema possa essere operata dalla contrattazione collettiva e quindi, innanzitutto, se tra le competenze dei CCNL rientri, in via diretta o mediata, la capacità di incidere sulla conformazione delle procedure di affidamento degli incarichi, nonostante la legge escluda la materia relativa al conferimento e alla revoca dei medesimi dal possibile oggetto dei contratti collettivi.

La risposta negativa (senz'altro, a un primo esame, più lineare) è

⁵⁷ Con riferimento alla c.d. riforma Brunetta, E.A. APICELLA (*op. cit.*, 1329) osserva "come il legislatore privilegi ancora elementi di ordine soggettivo, non facilmente verificabili, e orienti decisamente la valutazione verso il passato del dirigente, ripudiando la visione «primariamente prospettica» (cioè rivolta al futuro) della disciplina precedente al 2002: avuto riguardo alle finalità perseguite dalla riforma, un ruolo determinante, anche se non esclusivo, sembrano dover giocare i risultati conseguiti con riferimento agli obiettivi precedentemente fissati, unitamente alle specifiche competenze organizzative possedute dall'aspirante all'incarico. I pregressi risultati rilevano direttamente ed oggettivamente e non più, come nella disciplina previgente, solo quale elemento valutativo delle capacità soggettive del dirigente". A ben guardare, inoltre, la formale specificazione *ex ante* degli obiettivi non consentirebbe nemmeno di configurare – al loro mutare rispetto a quelli oggetto dell'incarico cessato (ciò che dovrebbe fisiologicamente avvenire con l'insediamento di una nuova compagine di governo) – se non una parziale coincidenza tra l'incarico scaduto e quello da affidare: se un incarico dirigenziale è definito, oltre che dalla struttura assegnata al designato, dagli obiettivi che nella direzione di quest'ultima devono essere perseguiti, il mutamento di obiettivi dovrebbe impedire di configurare anche solo in astratto la possibilità di un "rinnovo", perché quello cessato e quello da affidare non sono lo stesso incarico.

fondata su un'interpretazione ampliativa dell'esclusione, che fa coincidere, in sostanza, la materia "conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali" con la materia "incarichi dirigenziali". La *ratio* della scelta del legislatore potrebbe essere individuata – a sostegno di questa lettura della norma – sovrapponendo alla tradizionale coppia "rapporto di servizio-rapporto di ufficio" quella "contratto di lavoro fondamentale-incarico dirigenziale"⁵⁸.

Tuttavia, precludere *tout court* la possibilità di intervento della contrattazione in un ambito così esteso equivale a sottrarre alla sua disciplina una legittimazione che al dipendente deriva dal possesso della qualifica dirigenziale e che inerisce, quindi, ai diritti e agli obblighi costituiti dal contratto a tempo indeterminato a cui è ancorato stabilmente il rapporto di servizio.

Se si considera il peculiare assetto dato al rapporto tra qualifica e incarico dirigenziale (prima ancora che dalla contrattazione collettiva) dal d.lgs. n. 29 del 1993 (assetto che il T.U. vigente conferma), peraltro, questa soluzione interpretativa può condurre a un effetto dirompente, che stravolge – con riferimento alla contrattazione collettiva delle aree dirigenziali – il senso dell'art. 40, c. 1, e dello stesso art. 2, c. 3, d.lgs. n. 165/2001.

La legge ha infatti identificato il contenuto delle prestazioni dovute dal dirigente, sulla base della qualifica posseduta, esclusivamente con l'oggetto degli incarichi dirigenziali di cui questi può essere destinatario a tempo determinato. In difetto di incarico, alla prestazione retributiva (a cui è comunque tenuto, nella misura del trattamento fondamentale, il datore di lavoro) non corrispondono obblighi del dirigente (se si fa eccezione per i doveri e gli obblighi di non fare svincolati dall'esercizio della prestazione lavorativa, la cui violazione espone a responsabilità disciplinare)⁵⁹.

Può essere interessante rilevare, in merito, che il modello disegnato dal legislatore non costituisce l'unica possibile applicazione del principio di distinzione tra politica e amministrazione introdotto sin dalla l. n. 421/1992, né è una conseguenza necessaria della contrattualizzazione

⁵⁸ Sulla impossibilità di tracciare una così netta linea di demarcazione tra rapporto di ufficio e di servizio cfr. S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, 654 ss.

⁵⁹ *Ivi*, 667.

del rapporto di lavoro dirigenziale operata dalla seconda privatizzazione del pubblico impiego.

Basti pensare all'attuazione data ai medesimi principi (*ex art. 1, c. 3, d.lgs. n. 165/2001*) dalla Provincia autonoma di Bolzano⁶⁰: secondo le leggi provinciali, quella dirigenziale non costituisce una qualifica di inquadramento dei dipendenti, ma soltanto una funzione attribuibile mediante incarico a tempo determinato⁶¹; gli incarichi dirigenziali (alla cui assegnazione nessun dipendente ha diritto sulla base della qualifica) hanno a oggetto esclusivamente la direzione di strutture organizzative⁶²; la qualifica posseduta nel sistema di classificazione del personale viene mantenuta dal dipendente anche in costanza della titolarità di un incarico dirigenziale, durante la quale egli ha diritto alla corresponsione di una retribuzione di parte accessoria; quest'ultima è fissata dai contratti collettivi dell'area dirigenziale di ciascun ramo dell'amministrazione, i quali non hanno però competenza sulla disciplina del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, che è invece riservata alla contrattazione collettiva relativa alla generalità dei dipendenti (inclusi quelli incaricati *pro tempore* di funzioni dirigenziali)⁶³; infine, le posizioni apicali dell'ordinamento professionale, senza necessità del previo affidamento di un incarico dirigenziale, sono tenute a esercitare funzioni (*in primis*, l'esercizio di potestà provvedimentale) che nell'ordinamento del lavoro pubblico 'comune' sono invece riservate, appunto, ai dirigenti titolari di incarico⁶⁴.

A differenza di quanto previsto presso la Provincia autonoma, nelle amministrazioni soggette alla diretta applicazione del d.lgs. n. 165 del 2001 (o che ne hanno dovuto o voluto recepire il modello) quella dirigen-

⁶⁰ Cfr. leggi provinciali 23 aprile 1992, n. 10 (art. 1) e 19 maggio 2015, n. 6 (art. 4).

⁶¹ L. prov. Bolzano n. 10/1992 cit., artt. 14 ss.

⁶² L. prov. Bolzano n. 10/1992 cit., artt. 3 ss.

⁶³ Cfr. art. 1, c. 2, Contratto collettivo provinciale intercompartimentale relativo alla generalità del personale del 12 febbraio 2008, art. 1, c. 3, Contratto collettivo intercompartimentale per il personale dirigenziale 5 luglio 2007 e art. 2, c. 3, Contratto collettivo intercompartimentale per il personale dirigenziale del 17 settembre 2003, tutti consultabili all'indirizzo lexbrowser.provinz.bz.it.

⁶⁴ Cfr. art. 71, Contratto collettivo intercompartimentale per il personale dipendente della Provincia autonoma del 12 febbraio 2008, cit., nonché i contratti compartimentali di individuazione e ascrizione dei profili professionali a ciascuna qualifica funzionale, *ibid.*

ziale è una qualifica di inquadramento, posta sì, sostanzialmente, al vertice dell'ordinamento del personale, ma formalmente destinataria di una disciplina contrattuale-collettiva del tutto autonoma (e non inserita, di conseguenza, in un sistema di classificazione della generalità dei dipendenti)⁶⁵.

Le mansioni ascrivibili all'inquadramento di dirigente non sono dettate da alcuna declaratoria contrattuale: anche per la contrattazione collettiva, esse corrispondono alle funzioni che, tempo per tempo, sono affidate al titolare della qualifica tramite incarichi dirigenziali. Funzioni che, nella stragrande maggioranza dei casi, non sono, né possono essere definite in sede contrattuale collettiva, poiché – identificando sfere di competenza di organi pubblici – sono riservate alla disciplina della legge o di atti amministrativi emanati secondo le sue disposizioni (art. 40, c. 1, ultimo periodo, TUPI).

Qual è, allora, con riferimento alle aree dirigenziali, l'ambito di “disciplina [del] rapporto di lavoro” affidato alla contrattazione collettiva⁶⁶, se, delle due componenti del rapporto, la prima (il contratto di lavoro fondamentale) non ha un contenuto autonomo, mentre la seconda (il rapporto di incarico) si considera integralmente riservata alla disciplina legale o unilaterale?⁶⁷

Per non privare di valore la definizione generale di quest'ambito data dalla legge – per non limitare, cioè, le competenze della contrattazione collettiva delle aree dirigenziali alla sola disciplina della parte economica del rapporto di lavoro o, al più, a quella di istituti comuni al rapporto del personale non dirigenziale (malattia, infortuni, ferie, permessi, aspettative) che non sembrano giustificare la piena autonomia attribuita alle aree dirigenziali dalla legge e dai CCNQ – mi sembra che le richiamate esclusioni dalle competenze della contrattazione, disposte dall'art. 40 TUPI, non possano che essere interpretate restrittivamente.

Di modo che – ferma restando la riserva agli atti unilaterali del datore di lavoro della scelta dei criteri indicativi delle maggiori o minori

⁶⁵ Così, da ultimo, in applicazione dell'art. 40, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, come riformulato nel 2009, il CCNQ per la definizione dei comparti e delle aree di contrattazione collettiva nazionale (2016-2018).

⁶⁶ Art. 40, c. 1, primo periodo, TUPI.

⁶⁷ Oltre a potere essere ricondotta, come già ricordato, nella materia “[...] organi, [...] uffici e [...] modi di conferimento della titolarità dei medesimi”: art. 2, c. 1, lett. c), n. 2, l. n. 421/1992.

capacità di un dirigente di realizzare gli obiettivi oggetto dell'incarico – la contrattazione collettiva possa, innanzitutto, introdurre regole capaci di garantire il diritto del dipendente di conoscere *ex ante* – al fine di presentare la propria disponibilità a dirigere un determinato ufficio – quali siano gli obiettivi specifici che dall'assunzione della funzione deriveranno e come, in relazione a essi, verrà valutata l'idoneità dei partecipanti a ricoprire l'incarico; e che i CCNL possano, più in generale, sia introdurre obblighi da rispettare, da parte dell'amministrazione, in sede procedimentale, sia definire standard di specificità della motivazione delle scelte compiute (i quali presuppongono l'individuazione e la pubblicazione, *ex ante*, di specifici e misurabili obiettivi).

Da quanto più sopra rilevato⁶⁸, peraltro, emerge che un tale risultato potrebbe essere perseguito dalla contrattazione già esercitando pienamente la propria (indubbia) competenza in materia di responsabilità dirigenziale: una più accurata disciplina, ad esempio, del licenziamento *ex art.* 21 d.lgs. n. 165/2001 – tassello che lega con maggior forza la disciplina del rapporto di incarico e quella del contratto di lavoro a tempo indeterminato – potrebbe fare in modo che al mancato raggiungimento di obiettivi prioritari non possa riferirsi la “gravità” che giustifica il recesso datoriale, qualora questi obiettivi non siano stati specificati sin dall'avvio delle procedure di conferimento, all'interno dell'avviso pubblico di selezione, ovvero quando non soddisfino adeguati standard di misurabilità, o ancora quando non abbiano costituito, al momento della selezione, un indice di rilievo per la comparazione delle candidature.

Se sia, però, realistico attendersi dalla fonte pattizia un incremento, in questa direzione, della propria efficienza regolatoria è tutt'altra questione, alla quale non si può che fare un fugace cenno nel contesto delle presenti riflessioni.

Pare, al riguardo, evidente, anche da quanto or ora rilevato intorno al peculiare assetto del rapporto tra qualifica e incarico dirigenziale prescelto dal legislatore, come quest'ultimo, con la contrattualizzazione del lavoro dirigenziale, abbia inteso rimettere almeno parte della disciplina del rapporto d'ufficio alla regolazione del conflitto di interessi di cui la natura commutativa del rapporto di servizio è espressione.

⁶⁸ *Supra*, § 1.1.

Se così è, occorrerebbe comprendere quale sia l'interesse delle parti a comporre quel conflitto o, almeno, quella parte del conflitto, per via contrattuale collettiva: quale sia, cioè, il loro vantaggio a rinunciare ad affrontare il conflitto di volta in volta (e a comporlo in una sede negoziale non ufficiale).

3. *Il dirigente-datore di lavoro e la contrattazione integrativa*

L'inversione dell'ordine tra le locuzioni affiancate nel titolo di questo articolo avrebbe forse imposto una riflessione differente, non concentrata sul dirigente come lavoratore-destinatario della disciplina contrattuale, ma sul dirigente-datore di lavoro, cioè attore della contrattazione collettiva a livello integrativo.

È noto che, sotto questo profilo, l'autonomia negoziale del dirigente che agisce come "privato datore di lavoro" è stata estremamente compressa a far data dal 2009: la riforma Brunetta ha stabilito espressamente che le prerogative organizzative attribuite al dirigente dall'art. 5 del d.lgs. n. 165 del 2001 non possano formare oggetto di contrattazione, ma, al più, di informazione ai sindacati e di altre forme di partecipazione debole⁶⁹.

Inoltre, la materia che identifica la competenza principale dei contratti integrativi – cioè la distribuzione delle risorse destinate al trattamento economico accessorio – è stata minuziosamente disciplinata dalla legge, come già ricordato, con l'introduzione di regole non derogabili in sede negoziale decentrata⁷⁰.

⁶⁹ Ai sensi dell'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 165 del 2001 (come sostituito dall'art. 34, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 150 del 2009 e successivamente modificato dall'art. 2, c. 17, d.l. 6 luglio 2012, n. 95 e dall'art. 2, c. 1, del d.lgs. n. 75 del 2017) "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". In argomento cfr. A. BOSCATI, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, in AA. VV., *La quarta riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni (parte prima)*, cit., 63 ss.; A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, cit., 87 ss.

⁷⁰ A. BELLAVISTA, *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, cit., 429 ss.

La dottrina ha però già rilevato come, a far data dal 2016 (finita l'epoca del congelamento della contrattazione, inclusa quella integrativa⁷¹), le relazioni negoziali siano almeno in parte ritornate sulle vecchie abitudini: si riscontra infatti, da un lato, un diffuso sconfinamento dei recenti CCIL nella materia organizzativa e, dall'altro, una perpetuazione dell'appiattimento dei trattamenti salariali relativamente alle risorse destinate alla retribuzione accessoria⁷².

La nullità di siffatti accordi, sebbene ribadita con forza dalla riforma Brunetta, resta spesso latente, a causa della spontanea esecuzione data dalle amministrazioni pubbliche alle clausole negoziali invalide.

Unico rimedio a questa prassi sembrerebbe essere il moltiplicarsi del contenzioso innanzi alla Corte dei conti avente a oggetto il c.d. "danno erariale da contrattazione collettiva"⁷³: rimedio, di certo, inadeguato a riportare a coerenza il sistema.

Il problema potrebbe, peraltro, complicarsi, poiché i CCNL dell'ultima tornata hanno introdotto nuove forme di partecipazione sindacale. Il "confronto" e "gli organismi paritetici per l'innovazione", modalità di partecipazione non passive, ma dialogiche, potrebbero infatti dar luogo ad accordi preliminari capaci di conformare, nei fatti, le decisioni "unilaterali" del dirigente-datore di lavoro, come in passato è avvenuto per la concertazione⁷⁴.

Anche questi ultimi aspetti, come quelli affrontati nelle superiori

⁷¹ V. *supra*, nota 5.

⁷² V. TALAMO, *Relazioni collettive e dirigenza pubblica*, cit., 208 ss.

⁷³ Sulla nozione di danno erariale da contrattazione collettiva v., da ultimo, Corte dei conti, sez. giurisd. Campania, 27 luglio 2017, n. 313. È noto che, in passato, la magistratura contabile aveva provato a estendere l'area dei legittimati passivi all'azione per danno erariale da contrattazione collettiva anche ai rappresentanti delle organizzazioni sindacali che avessero preso parte agli accordi integrativi e che tale possibilità è stata (sulla base di una ovvia valorizzazione della natura del contratto integrativo come contratto di scambio) da Cass. civ., sez. un., 14 luglio 2015, n. 14689. In argomento v. A. BELLAVISTA, *La Cassazione nega la responsabilità dei rappresentanti sindacali per il cosiddetto danno da contrattazione collettiva*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 4/2015, 629 ss.

⁷⁴ Esclude che il modello dei nuovi strumenti di partecipazione sia esposto ai rischi intrinseci, in passato, alla concertazione A. BELLAVISTA, *I rinnovi contrattuali*, in A. GARRILLI - A. RICCOBONO - C. DE MARCO - A. BELLAVISTA - M. MARINELLI - M. NICOLOSI - A. GABRIELE, *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la "riforma Madia"*, Padova, 2018, 162.

note, evidenziano l'incertezza della collocazione della responsabilità dirigenziale nel sistema delle responsabilità del dirigente pubblico: è configurabile una concorrenza tra responsabilità dirigenziale e responsabilità amministrativa in relazione ai danni prodotti dalla contrattazione integrativa? Può l'esercizio dell'autonomia negoziale, da parte del dirigente, dare luogo a responsabilità dirigenziale da risultato anche qualora non si sia tradotto in una violazione di regole di fonte legale?⁷⁵

E questa incertezza è, almeno in parte, il riflesso dell'ambiguità della figura di dirigente (e di funzione dirigenziale) che fino a oggi la legge e la contrattazione collettiva sono state in grado di definire.

⁷⁵ Un cenno deve farsi – perché di certo emblematica della ambigua fisionomia della responsabilità dirigenziale – anche alla posizione della Corte di conti intorno alla possibilità di responsabilità erariale dei componenti di organismi indipendenti di valutazione che non abbiano proceduto alla valutazione del personale dirigenziale tenendo conto, non solo degli obiettivi specificamente assegnati ai responsabili di struttura, ma anche degli obblighi gravanti *ex lege* sui medesimi: v. Corte dei conti, sez. giurisd. Puglia, 5 marzo 2018, n. 185.

DIRIGENZA E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

di Alfredo Contieri

Quello che una volta si chiamava pubblico impiego (sopravvissuto solo per alcune categorie di personale pubblico) e oggi si chiama rapporto di lavoro privato con le pubbliche amministrazioni, pur cambiando radicalmente, è comunque animato dalle stesse tensioni e dalle medesime contraddizioni. Mi riferisco, in particolare, al rapporto ambiguo e contraddittorio tra le fonti del rapporto, quella unilaterale e quella negoziale.

Un tempo, quando esisteva solo il pubblico impiego e la fonte era esclusivamente unilaterale, che si manifestava con i regolamenti del personale e i regolamenti organici ecc. e anche le retribuzioni erano predefinite esclusivamente dall'amministrazione, l'unilateralità era solo di facciata perché la disciplina del rapporto era comunque il risultato di una contrattazione informale, occulta, strisciante che non doveva apparire all'esterno.

Quale contropartita di questa, spesso solo apparente, esclusione di potere contrattuale, il pubblico dipendente godeva di vantaggi e diritti, quali la sostanziale stabilità, gli scatti stipendiali, la sospensione cautelare dal servizio, che erano sconosciuti al lavoratore privato.

Queste contraddizioni del rapporto di servizio furono messe in luce da quella attenta dottrina che per prima scandagliò il pubblico impiego in una prospettiva giuslavoristica¹.

L'ambiguità di fondo del sistema che si era creato era dovuta proprio alla caratteristica ontologica del rapporto di servizio, in quanto strettamente connesso e strumentale all'esercizio della funzione pubblica e alla tutela dell'interesse generale. La inscindibile connessione tra organizzazione degli uffici, organizzazione del lavoro e disciplina del rappor-

¹ M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978.

to rendeva necessaria la regolazione unilaterale, non potendo la prima essere assoggettata alla contrattazione con le organizzazioni sindacali.

L'evoluzione storica, l'osmosi tra i due rapporti di lavoro, la sindacalizzazione nel settore pubblico portarono al riconoscimento formale del ruolo della contrattazione collettiva con la legge quadro sul pubblico impiego n. 93 del 29 marzo 1983².

Questa riforma riconobbe per la prima volta il ruolo della contrattazione, attribuendo ad essa la disciplina di una serie di materie strettamente attinenti al rapporto di lavoro e riservando invece alla legge quegli aspetti più legati alla organizzazione degli uffici. In realtà, la legge quadro prevedeva che il contratto collettivo venisse recepito da un DPR e dunque trasfuso in una fonte unilaterale, ma tale aspetto aveva esclusivamente un valore formale, dovuto anche alla necessità di rispettare il dettato dell'art. 39 Cost., in assenza della registrazione delle organizzazioni sindacali, al fine di estendere *erga omnes* il contenuto del contratto collettivo.

Il dato fortemente innovativo della legge quadro fu quello del riconoscimento del ruolo della contrattazione collettiva, che da occulta e strisciante, divenne fonte di regolazione di alcune materie riguardanti il rapporto di lavoro attribuite dalla legge.

Da allora il tema del riparto delle competenze tra fonte negoziale e fonte legale è una costante, poiché si è ripresentato in forma ancora più significativa a seguito delle riforme che hanno portato all'attuale sistema di privatizzazione del rapporto, a seguito del d.lgs. n. 29/93, delle riforme degli anni '90, del d.lgs. n. 165 del 2001 (TUPI) e per gli enti locali il d.lgs. n. 267 del 2000 (TUEL).

In quegli anni si è assistito a riforme epocali che non si sono fermate alla privatizzazione del rapporto, ma hanno radicalmente trasformato il ruolo della P.A., quali, tra le tante, il passaggio dall'amministrazione della legalità all'amministrazione di risultato e l'affermazione del modello di separazione tra amministrazione e politica.

In questo "nuovo mondo", nel quale, peraltro, si ripresentano, an-

² Su cui si veda M. RUSCIANO - T. TREU (a cura di), *La legge quadro sul pubblico impiego*, in *Le Leggi Civili Commentate*, Padova, 1983.

che se camaleonticamente, tutti gli atavici problemi dell'amministrazione italiana, assume un ruolo centrale, di snodo di tutti gli elementi del sistema, la dirigenza pubblica, responsabile, sia dell'attività amministrativa, di cui ha assunto il concreto potere di gestione, sia dei profili attinenti ai rapporti con il personale.

Sicché, come ben illustrano Cristiano Celone³ e Marco Ragusa⁴, la responsabilità dirigenziale è il crocevia dove si intersecano i principali temi che investono il lavoro pubblico, quali: il rapporto tra amministrazioni e politica; la predeterminazione e la valutazione del raggiungimento degli obiettivi; la separazione tra ruolo e incarico dirigenziale; conferimento, revoca e rinnovo degli incarichi dirigenziali; *spoils system* e fidelizzazione del dirigente.

Su questi temi è emersa la tendenza, peraltro presente già nell'*ancient regime*, della contrattazione a invadere spazi riservati alla legge e al contrario a regolare spesso solo embrionalmente le materie di sua competenza.

Emblematico per quel che riguarda il secondo aspetto e cioè la ritrosia della contrattazione collettiva a regolare materie che le sono state attribuite è, come ricorda Ragusa, il rifiuto di disciplinare i criteri di determinazione della retribuzione accessoria in proporzione ai risultati raggiunti.

In ciò, sottolinea ancora Marco Ragusa la contrattazione collettiva rivela la sua "*spiccata insensibilità alla valorizzazione del merito*" e la tendenza all'appiattimento dei trattamenti retributivi nella parte variabile. Ciò ha reso, di fatto, l'erogazione della retribuzione di risultato, che dovrebbe essere riconosciuta solo al raggiungimento degli obiettivi, un atto dovuto da parte dell'amministrazione, una specie di diritto quesito del dipendente pubblico e quindi anche del dirigente. Tendenza, peraltro, alimentata da parte datoriale dalla prassi di non fissare con chiarezza gli obiettivi e i risultati da conseguire, talvolta troppo generici e vaghi, altre volte assolutamente irraggiungibili.

In tal modo è stato snaturato un istituto che era finalizzato a pre-

³ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, 345.

⁴ M. RAGUSA, *Contrattazione collettiva e responsabilità dirigenziale*, in questo volume.

miare la produttività e il rendimento del dirigente, e che invece è divenuto praticamente una componente automatica della retribuzione.

Si è detto che a fronte della riluttanza della contrattazione collettiva a disciplinare alcune materie quale quella del rapporto tra raggiungimento degli obiettivi e retribuzione variabile, la disciplina pattizia ha invece cercato costantemente di sconfinare in territori riservati alla legge, in quanto rientranti nella cosiddetta organizzazione degli uffici.

Sottolinea Ragusa che uno dei “*grimaldelli*” usati dai contratti collettivi per questa invasione di campo è stata proprio la disciplina della responsabilità dirigenziale.

In realtà, il dettato dell’art. 40 del d.lgs. n. 165/2001 è molto chiaro allorché esclude tra le materie oggetto della contrattazione, oltre alla organizzazione degli uffici anche quella del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali.

A sua volta l’art. 21 del medesimo decreto individua nel mancato raggiungimento degli obiettivi e nell’inosservanza delle direttive le cause del mancato rinnovo dell’incarico alla sua scadenza o, nei casi più gravi, di revoca dell’incarico, e l’art. 19, comma 1 *ter*, ribadisce che tali sono le uniche cause che possono giustificare la revoca dell’incarico.

In verità, nel settore degli enti locali, l’art. 109 del d.lgs. n. 267 del 2000 (TUEL) attribuisce alla contrattazione collettiva il compito di individuare altre cause di revoca dell’incarico dirigenziale, che si aggiungerebbero alle due già ricordate. Celone risolve tale antinomia, facendo prevalere la norma speciale sulla dirigenza locale, anche in virtù del dettato dello stesso articolo 70 del TUIPI che assegna al TUEL il compito di disciplinare il rapporto di lavoro dei dipendenti degli enti locali⁵.

In realtà, al di là di ciò che può apparire, il tema più delicato non è tanto quello della revoca dell’incarico, che dopo le sentenze della Corte Costituzionale sullo *spoils sistem*⁶ e in base all’attuale disciplina contenuta nell’art. 21, richiede per la sua adozione un procedimento in con-

⁵ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 345.

⁶ Corte cost., 16 luglio 2006, n. 233; 23 marzo 2007, n. 103 e n. 104; 20 maggio 2008, n. 161; recentemente sullo *spoils sistem* per i segretari comunali, Corte cost., 22 febbraio 2019, n. 23.

traddittorio e una congrua motivazione, ma quello del rinnovo dell'incarico alla scadenza.

Su questo punto si scontrano tendenze opposte e confliggenti che vedono, da un lato il legislatore preoccuparsi di assicurare efficacia ed efficienza all'azione amministrativa e quindi, come ricorda Ragusa, ha cercato di introdurre una disciplina che escluda l'applicazione dell'art. 2103 c.c. ai dirigenti e comunque il rinnovo automatico degli incarichi e dall'altro la contrattazione che si è preoccupata di garantire stabilità alla posizione del dirigente. In particolare, molti contratti hanno previsto e continuano a prevedere che in caso di valutazione negativa del dirigente alla scadenza di un incarico, può essere conferito allo stesso un incarico di livello e con retribuzione inferiore a quello precedente. In tal modo si viene a configurare una forma di diritto alla stabilità e alla continuità nella copertura dell'incarico scaduto o di altro equivalente, poiché prevede l'assegnazione ad una posizione di rango inferiore solo a seguito di una valutazione negativa, quindi come forma di sanzione.

In realtà, il divieto di rinnovo è sancito esclusivamente per le ipotesi che danno luogo a responsabilità dirigenziale, ma ciò non implica che il rinnovo debba essere automatico, limitandosi il secondo comma dell'art. 19 a prevedere che "*gli incarichi sono rinnovabili*", a seguito della abrogazione della previsione di cui all'art. 9, comma 32, d.l. n. 78/2010, che stabiliva esplicitamente che, pur in assenza di una valutazione negativa, al dirigente potesse essere attribuito un incarico anche di livello inferiore.

L'amministrazione ha dunque il potere di rinnovare l'incarico al dirigente, ma anche quello di bandire un avviso pubblico per il conferimento dello stesso, al quale può senz'altro partecipare il dirigente non confermato.

In realtà, quello del rinnovo dell'incarico dopo la scadenza è un tema cruciale, perché svela al suo interno l'essenza stessa del rapporto amministrazione-politica, in tutta la sua ambiguità.

Il modello della separazione è fortemente messo in crisi dalla facoltà dell'organo politico di non rinnovare l'incarico: com'è noto, ciò può creare il fenomeno della cosiddetta "fidelizzazione", che priva di sostanziale autonomia il dirigente, il quale, al fine di ingraziarsi il politico per assicurarsi il rinnovo dell'incarico, ne diventa succube, con conseguente ritorno di fatto della politica, in astratto titolare esclusivamente

dei poteri di indirizzo e programmazione, nella concreta gestione dell'attività amministrativa.

A questo pericolo i contratti collettivi cercano di porre rimedio prevedendo, come si è detto, l'affidamento di un incarico di livello inferiore solo in caso di valutazione negativa del dirigente alla scadenza del precedente incarico.

Con tali previsioni si è cercato di preservare autonomia e indipendenza dei dirigenti al fine di proteggerli dai condizionamenti degli organi politici e di assicurare loro una forma di stabilità e di continuità.

D'altro canto, condivido l'analisi di Marco Ragusa, secondo il quale siffatte disposizioni dei contratti collettivi costituiscono uno sconfinamento della disciplina negoziale in un'area riservata alla fonte unilaterale, qual è appunto l'organizzazione degli uffici. Sicché, Ragusa conclude auspicando un sistema che escluda un "*surrettizio meccanismo di continuità*" e di conseguenza ammetta come regola generale "*la possibilità di non rinnovare ad nutum*". Come regola generale, dunque, gli incarichi andrebbero sempre attribuiti con avviso pubblico alla scadenza, anche in caso di valutazione favorevole del dirigente uscente.

A mio parere, questa soluzione, finalizzata a sua volta a preservare il potere di organizzazione della P.A. e il "*principio di temporaneità degli incarichi*", potrebbe non essere coerente con l'attuale disciplina contenuta nel secondo comma dell'art. 19 TUPI, che lapidariamente sancisce che "*gli incarichi sono rinnovabili*"; con ciò ammettendo la possibilità del rinnovo *ad nutum*, senza previo avviso pubblico.

Questa soluzione a me appare un equilibrato compromesso tra le ragioni dell'autonomia organizzativa dell'ente e quelle di una tendenziale stabilità del dirigente, che ne rafforzi l'autonomia.

Nell'attuale quadro normativo il dirigente sembra sufficientemente garantito nei confronti del potere di revoca dell'incarico, che può intervenire solo per fattispecie tipizzate e a seguito di un procedimento in contraddittorio che si conclude con un atto congruamente motivato secondo gli insegnamenti della Corte Costituzionale. Invece, rispetto al potere di rinnovo, il sistema vigente ne prevede il divieto in caso di valutazione negativa del risultato della *performance*, ma ammette anche la possibilità di rinnovo *ad nutum*, nel caso di valutazione positiva.

Pertanto, in ipotesi di valutazione positiva del risultato di gestione l'amministrazione può optare sia per un rinnovo automatico, sia per l'indizione di un avviso aperto alla partecipazione di altri dirigenti. Se è vero che il mancato rinnovo non deve essere percepito come una sanzione, come sostiene Ragusa, è pur vero che meritano di essere valorizzate l'esperienza e la competenza acquisita dal dirigente nell'espletamento dell'incarico, per cui non sembra condivisibile la previsione dell'avviso pubblico come regola generale.

Per districarsi da questi nodi problematici, nei quali nessuna soluzione, come si è visto, è esente da critiche e comunque riesce a non sacrificare interessi meritevoli di considerazione, le amministrazioni, nella prassi, in vista della riattribuzione degli incarichi, spesso adottano atti di macro-organizzazione, accorpendo divisioni o strutture complesse, modificandone le competenze, creando cioè una netta soluzione di continuità tra il vecchio e il nuovo ufficio, tra il vecchio e il nuovo incarico. In tal modo il rinnovo automatico dell'incarico si rende impossibile e il dirigente uscente perde qualunque pretesa di stabilità.

In realtà, questa fattispecie è prevista come ipotesi di revoca dell'incarico, come ricorda Celone, che la definisce "*revoca per motivate ragioni organizzative e produttive*" sottolineando che non si tratta di una revoca sanzione per responsabilità dirigenziale, ma di una vera e propria revoca⁷, in cui a mio parere le ragioni organizzative costituiscono il fatto sopravvenuto che ne giustifica l'adozione ai sensi dell'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/90.

Ma ragioni organizzative quali appunto la ricordata trasformazione del numero e delle competenze degli uffici disposta con atti di macro-organizzazione, possono anche costituire il presupposto e talvolta il pretesto per il mancato rinnovo e per l'affidamento degli incarichi dirigenziali, in assenza di qualificate risorse interne in possesso di specifiche professionalità, a soggetti esterni⁸.

⁷ C. CELONE, *op. cit.*, 347, ove richiama anche le norme dei CCNL e legislative che prevedono la revoca per ragioni organizzative.

⁸ Si veda ad esempio in giurisprudenza, TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 3 marzo 2015, n. 3658; nonché Trib. Roma, sez. II *lav.*, 22 gennaio 2018, n. 452.

LA RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE: I PROVVEDIMENTI “SANZIONATORI” E LE GARANZIE PROCEDIMENTALI

di Sebastiano Licciardello

La responsabilità dirigenziale costituisce uno dei capitoli principali della riforma dell'amministrazione avviata con la legge sulle autonomie e la legge sul procedimento del 1990, continuata con il d.lgs. n. 29 del 1993 e completata negli anni 1997-1998 (con le leggi n. 59, 94 e 127 del 1997 ed il d.lgs. n. 80 del 1998), per essere tuttavia poi più volte oggetto di continui interventi riformatori nell'ultimo ventennio.

Vi è stata a partire dagli anni '90 del secolo scorso, una convergenza verso formule organizzative innovative volte a massimizzare la «produttività» dell'amministrazione; a rendere l'amministrazione maggiormente responsabile verso la collettività; a favorire un confronto paritario con i cittadini; a consentire una valutazione dei risultati.

Si introduce anzitutto una nuova articolazione di ciascuna amministrazione in un sistema di unità autonome equiordinate (unità organizzative), a cui è preposto un dirigente. A questi l'ordinamento riconosce autonomia amministrativa, organizzativa e di gestione (finanziaria, tecnica ed amministrativa) a cui corrisponde una precisa responsabilità per i risultati conseguiti.

L'«autonomia» dirigenziale viene peraltro garantita attraverso la ridefinizione dei rapporti fra politica ed amministrazione – con la distinzione, vale a dire, del momento di determinazione delle politiche pubbliche, dall'attività di gestione – nonché con la introduzione di nuove forme di controllo (di gestione, sociale) che si sostituiscono ai tradizionali controlli di legittimità sugli atti amministrativi.

Una organizzazione per «autonomie» risponde meglio all'esigenza di efficacia e di efficienza dell'amministrazione. Infatti, l'«autonomia» è un presupposto organizzativo indispensabile per sviluppare le capacità manageriali dei dirigenti all'interno dell'amministrazione e per valutare l'effettività dei risultati conseguiti e l'economicità della gestione.

L'«autonomia» si presenta poi in un «rapporto di mutua implica-

zione» con la responsabilità, non tanto perché rende più facile l'individuazione delle responsabilità (civili, penali, amministrative) quanto piuttosto perché costituisce il presupposto per rendere «responsabili» i dirigenti dei risultati della gestione¹.

Questa distinzione è ben evidenziata da Cristiano Celone nel suo libro sulla responsabilità dirigenziale².

In particolare ci dice che la responsabilità dirigenziale rispetto alla responsabilità civile per inadempimento contrattuale presenta “significative differenze” e la definisce “responsabilità contrattuale di diritto pubblico”, responsabilità che integra gli estremi di un illecito amministrativo punito con una sanzione pecuniaria (mancata corresponsione o decurtazione della retribuzione di risultato) ovvero interdittiva (mancato rinnovo dell'incarico dirigenziale, revoca dell'incarico o recesso dal rapporto di lavoro)³.

Particolare attenzione dedica l'Autore al procedimento di irrogazione della sanzione che deve svolgersi rispettando il principio del contraddittorio ed il diritto di difesa e si conclude con il provvedimento sanzionatorio, esercizio di un potere autoritativo ed unilaterale; valorizzando comunque la lettura in termini pubblicistici della responsabilità dirigenziale e la qualificazione dell'atto, provvedimento sanzionatorio, a garanzia dell'interesse pubblico e dello statuto costituzionale dell'amministrazione⁴.

Se queste esigenze appaiono meritevoli di apprezzamento, tuttavia ci chiediamo se siano perseguibili attraverso altro percorso: leggendo la responsabilità dirigenziale in termini di inadempimento contrattuale e le sanzioni che l'organo politico infligge al dirigente atti “negoziali”, strumentali a garantire l'effettività della funzione di indirizzo politico.

Ed invero secondo costante giurisprudenza della Corte di Cassazione⁵ nell'ambito dell'impiego pubblico privatizzato, gli atti rivestono la natura di determinazioni negoziali assunte dall'amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, e le norme contenute nel

¹ Per questi profili vedi S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per “autonomie” e “diritti” dei cittadini*, Torino, 2000.

² C. CELONE *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018.

³ *Ivi*, 132.

⁴ *Ivi*, 257 ss.

⁵ Da ultimo vedi Cass. civ., sez. lav., ord., 16 aprile 2019, n. 10567.

d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 19, comma 1, obbligano l'amministrazione datrice di lavoro al rispetto dei criteri generali di correttezza e buona fede, applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Ne deriva – per la Corte – che la pubblica amministrazione è tenuta ad adottare adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle proprie scelte, sicché laddove tale regola non è rispettata, è configurabile un inadempimento contrattuale.

Delimitato l'oggetto di queste note ai profili procedurali ci chiediamo a questo punto quali utilità offre la qualificazione dell'atto come provvedimento sanzionatorio così da riferire ad esso il modello procedimentale che per le sanzioni amministrative è stato delineato dalla legge n. 689/1981.

Invero la sequenza procedimentale prevista dalla legge n. 689/1981 ha una impronta marcatamente garantista ma è inidonea a fare emergere gli interessi pubblici.

In detta legge la stessa definizione dei “principi generali” viene ad avere un “sapore inequivocabilmente penalistico” e la disciplina procedimentale riflette l'orientamento di costruire un micromodello di processo penale.

I principi cardine del diritto penale – legalità, responsabilità personale, anti giuridicità, imputabilità, colpevolezza – vengono estesi alle sanzioni amministrative divenendo i principi generali della sanzione amministrativa contenuti nella sezione I del capo I della legge n. 689/1981.

Il procedimento sanzionatorio previsto dalla legge n. 689/1981 appare come un micromodello di processo penale che si adatta alla funzione comunque punitiva delle sanzioni che conseguono a politiche di depenalizzazione, senza che l'amministrazione esprima un potere discrezionale. Per espressa previsione dell'art. 12 della legge n. 689 del 1981 la stessa non si applica alle sanzioni disciplinari⁶.

Orbene, le sanzioni amministrative non sono sempre espressione di una mera potestà punitiva che si risolve nella applicazione ad un soggetto di una pena determinata secondo indici marcatamente personalizzati alla stregua della sanzione penale, in quanto il potere sanzionatorio vie-

⁶ Vedi per questi profili S. LICCIARDELLO, *I principi che governano la irrogazione delle sanzioni amministrative*, in *La sanzione amministrativa*, Milano, 2016, 75 ss.

ne attribuito talvolta per il perseguimento di interessi affidati alla cura di una amministrazione. Ad esempio, la potestà sanzionatoria dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato prevista dalla legge n. 287 del 1990 rappresenta un aspetto della funzione complessiva di detta Autorità che è insieme "pedagogica, dissuasiva e correttiva" a completamento dei poteri ad essa attribuiti di controllo delle intese restrittive della libertà di concorrenza, dell'abuso di posizione dominante e delle operazioni di concentrazione⁷.

Il prof. Celone ci dice che alla responsabilità dirigenziale conseguono sanzioni che non hanno solo carattere afflittivo, al pari delle sanzioni comminate dalle amministrazioni indipendenti. La finalità di cura dell'interesse pubblico del provvedimento sanzionatorio e la significativa discrezionalità dell'organo politico che deve adottarlo portano l'Autore a ritenere che la sanzione nei confronti del dirigente ha elementi che ricorrono nelle fattispecie sanzionatorie gestite dalla Autorità indipendente ed al pari dei provvedimenti delle Autorità Indipendenti intende "correggere e rimuovere una disfunzione nell'azione amministrativa"⁸.

Questa funzione correttiva e non afflittiva, volta a rendere effettiva la funzione di indirizzo politico e conseguentemente i risultati della gestione, appare valorizzata dall'art. 97 della Costituzione. Norma costituzionale che richiede di definire le responsabilità dei funzionari (dirigenti) determinandone competenze ed attribuzioni. Competenze e attribuzioni si coniugano nella norma costituzionale con le responsabilità proprie dei funzionari: responsabilità per quanto di competenza ed attribuzioni; «responsabilità», in altre parole, per la sfera di «autonomia» riservata ai dirigenti.

Appare naturale il collegamento con l'art. 28 Cost. per cui i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti.

Tuttavia, a parte il più esteso ambito «soggettivo» dell'art. 28, rispetto all'art. 97, 2° comma – considerato che la prima norma si riferisce a tutti coloro che esplicano «funzioni» o «mansioni» pubbliche – e l'utilizzazione

⁷ S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Rivista trim. di dir. pubbl.*, 1997, 349 ss.

⁸ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 126.

del termine responsabilità «al plurale» nell'art. 97, 2° comma, riteniamo che con l'art. 28 si intendono garantire i soggetti destinatari dell'azione pubblica, i quali, devono essere tutelati nei casi di lesione della propria sfera giuridica secondo le leggi civili, penali ed amministrative.

Mentre la responsabilità ex art. 28 si può definire «passiva», in quanto è legata ad un momento patologico dell'azione pubblica (la violazione dei «diritti»), la responsabilità di cui all'art. 97, 2° comma, Cost., ha un contenuto per così dire «positivo»: sta ad indicare la «responsività» del dirigente nella gestione amministrativa.

L'aver associato la responsabilità con la determinazione delle competenze e delle attribuzioni, specifica meglio la portata della disposizione: la responsabilità non si riferisce, in modo generico all'amministrazione, bensì al funzionario che è titolare di quelle competenze ed attribuzioni, della cui «gestione» risponde. Pertanto, la Costituzione – in contrapposizione con il modello di organizzazione gerarchico, di per sé «deresponsabilizzante» – è orientata verso formule organizzative per «autonomie» che rendono evidente la «responsabilità» della gestione.

«Autonomia» e «responsabilità» si presentano reciprocamente connesse rappresentando l'autonomia la condizione per rendere responsabili i dirigenti e la responsabilità la «cornice sostanziale» dell'autonomia.

Su queste premesse in altro lavoro abbiamo evidenziato che il giudizio sfavorevole sull'operato del funzionario, ex art. 97, 2° comma, potrà portare a «sanzioni» di natura diversa rispetto a quelle previste per la violazione di diritti; sanzioni che non tendono a punire il dipendente, bensì a ripristinare l'efficacia e l'efficienza dell'azione pubblica. Aggiungendo che mentre la responsabilità per violazione di diritti ex art. 28 si pone di regola su un piano «individuale» (dipendente-cittadino), la responsabilità ex art. 97, 2° comma, ha come riferimento l'organo di direzione politica – nei confronti del quale il dirigente deve rispondere della realizzazione dei programmi e dei progetti assegnati – senza escludere tuttavia gli stessi cittadini, a cui l'amministrazione deve corrispondere in modo efficiente, trasparente ed efficace⁹.

⁹ S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per "autonomie" e "diritti" dei cittadini*, cit., 196 ss. Se, comunque, condizione della responsabilità dirigenziale è l'autonomia, non possiamo non segnalare come oggi l'autonomia dirigenziale appare per più profili mortificata: da una ipertrofia regolativa e da una politica sempre più invasiva nella gestione amministrativa.

Questo dover rispondere dei dirigenti agli organi politici ed agli stessi cittadini rende più in linea con gli sviluppi democratici dell'ordinamento il c.d. *dovere di rendere pubblico conto* che secondo Vittorio Ottaviano è dovere di chi svolge pubbliche funzioni, con un certo grado di autonomia, di *rendere conto* della gestione e dei risultati ottenuti¹⁰.

Già in sede di prima attribuzione di autonomia ai dirigenti con il dpr n. 748/1972, il Consiglio di Stato ha potuto mettere in rilievo che la responsabilità dirigenziale ivi prevista trascende i limiti del comportamento personale del soggetto e comprende anche l'azione complessiva dell'ufficio di cui si valutano i risultati ed implica un giudizio non tanto di colpevolezza, quanto di accertata inidoneità all'esercizio di certe funzioni¹¹. Sempre il Consiglio di Stato ha messo in evidenza che nell'assetto della funzione dirigenziale realizzato con il d.P.R. n. 748 del 1972, il legislatore ha inteso accompagnare l'ampiezza e l'autonomia delle attribuzioni decisionali riconosciute ai dirigenti con un nuovo e diverso tipo di *responsabilità* «volta a chiedere sostanzialmente conto ai dirigenti dei risultati raggiunti nell'esercizio della libertà e dell'autonomia loro riconosciute»¹².

Ricondurre la responsabilità dirigenziale all'autonomia riconosciuta ai dirigenti, ricondurla alla previsione dell'art. 97, 2° comma, della Costituzione, e al dovere di rendere pubblico conto, significa riconoscerne la natura pubblicistica, e ciò a prescindere dalla qualificazione dei provvedimenti volti a ripristinare l'effettività della funzione di indirizzo politico e garantire l'efficienza e l'efficacia della gestione, in termini di atti negoziali ovvero di provvedimenti sanzionatori.

¹⁰ V. OTTAVIANO, *Dovere di rendere pubblico conto, responsabilità dei dirigenti e determinazione degli indirizzi e programmi*, in G. MARONGIU - G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Milano, 1992, 253 ss.

¹¹ Cons. St., sez. IV, 24 maggio 1983, n. 330.

¹² Cons. St., sez. VI, 14 novembre 1988, n. 1236.

PROVVEDIMENTI “SANZIONATORI”
E TUTELE PROCEDIMENTALI NEL QUADRO EVOLUTIVO
DELLA RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE

di Francesco Astone

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il rinnovato interesse del legislatore italiano nei confronti della responsabilità dirigenziale. L’“inversione di rotta” della concezione dell’istituto. – 3. Provvedimenti “sanzionatori” e garanzie procedurali. – 4. Alcune riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

Sono davvero felice ed onorato di essere qui a Palermo, insieme a tanti amici e stimati Colleghi, a commentare l’importante contributo che Cristiano Celone ha offerto alla nostra Comunità scientifica.

E vengo al tema generale che mi è stato assegnato e che ho ritenuto di declinare nei termini che si evincono dal titolo di queste mie brevi riflessioni.

Se per molti anni il quadro normativo di riferimento della responsabilità dirigenziale è rimasto «incompiuto»¹, di recente il legislatore italiano ha dedicato notevole attenzione all’istituto, definendo nuove fattispecie di imputabilità e quindi ampliandone lo spazio di applicazione.

¹ L. TORCHIA, *Gli interrogativi e i problemi intorno alla responsabilità dirigenziale*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche, civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998, 568. In questa sede, l’Autrice enuclea alcune problematiche di fondo legate al tema in questione che oggi, per alcuni aspetti, sono ancora attuali: «Problemi e questioni si pongono su tre piani diversi. Occorre chiedersi, in primo luogo, sul piano generale, quale sia la struttura della responsabilità dirigenziale. Su di un secondo piano, più analitico, occorre chiedersi quali siano gli oggetti rispetto ai quali la responsabilità dirigenziale si esercita, e quali siano gli strumenti e le tecniche attraverso i quali la responsabilità dirigenziale può essere fatta valere. Su di un terzo piano, infine, che si potrebbe definire analogico, occorre tentare di verificare quali indicazioni possano venire, sul problema in esame, da una parte dall’esperienza del settore privato e, dall’altra, dall’esperienza degli altri ordinamenti. Sul piano generale, credo la riflessione debba muovere dal carattere aggiuntivo della responsabilità dirigenziale (...)».

Tale circostanza non è casuale, poiché si inserisce nell'ambito della più ampia riflessione del legislatore in materia di reclutamento e modalità di selezione dei pubblici dipendenti e della dirigenza che si è registrata negli ultimi anni e che ha trovato ampia espressione nel tentativo di radicale riforma operato dalla c.d. Riforma Madia. Si tratta di una materia non priva di punti di tensione che residuano dalle riforme dei primi anni Novanta che hanno interessato l'assetto del lavoro pubblico, segnando il passaggio dal modulo pubblicistico a quello privatistico²: la riflessione del legislatore sulla responsabilità dirigenziale muove, infatti, dalla ricerca di un modello compatibile con la dicotomia appena descritta.

2. Il rinnovato interesse del legislatore italiano nei confronti della responsabilità dirigenziale. L'«inversione di rotta» della concezione dell'istituto

Un primo segnale del rinnovato interesse di cui si è appena detto risale ai primi anni del 2000.

Com'è noto, l'art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001, nella formulazione «ereditata» dal d.lgs. n. 29/1993³, prevedeva la devoluzione alla contrattazione collettiva della tipologia delle infrazioni e delle sanzioni disciplinari irrogabili nei confronti dei lavoratori del c.d. pubblico impiego contrattualizzato. Tuttavia, come pure emerso da alcuni Studi, «per ciò che concerne la *dirigenza pubblica*, in materia disciplinare si è atteso a lungo l'intervento dei contratti collettivi delle rispettive aree»⁴.

Nel 2002 un intervento normativo che ha interessato l'art. 21 del T.U. n. 165 del 2001, ha introdotto la previsione di una distinta 'responsabilità disciplinare' per la dirigenza, pur senza definirla e rinviando, a tal scopo, alla contrattazione collettiva.

Secondo una condivisibile opinione, la novità introdotta nel 2002 «non fu la delegificazione della materia, quanto piuttosto una presa di posizione sulla sussistenza di un'autonoma area di sanzioni disciplinari a carico della dirigenza, derivante dal processo di assimilazione al rappor-

² L. IEVA, *Gli incarichi dirigenziali nel lavoro pubblico*, in *Foro Amministrativo*, 2016, 1678.

³ S. FOÀ, M. BIOLETTI, *Responsabilità disciplinare della dirigenza pubblica tra sanzioni contrattuali e moralizzazione ex lege*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2015, 1.

⁴ *Ibidem*.

to di lavoro di tipo privatistico e dalla conseguente applicazione dell'art. 2106 c.c. e dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori»⁵.

A ben vedere, infatti, l'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 ha introdotto, sia per presupposti che per sanzioni, due distinti meccanismi.

Da una parte abbiamo l'art. 21, comma 1, che stabilisce le due fattispecie principali di imputabilità della responsabilità dirigenziale, ovvero il mancato raggiungimento degli obiettivi e l'inosservanza delle direttive. Per quanto riguarda le sanzioni, è stato stabilito che, nel caso in cui sia riconosciuta la responsabilità dirigenziale, possono essere imputate al dirigente responsabile le sanzioni dell'impossibilità del rinnovo dell'incarico, della revoca dell'incarico fino al recesso del rapporto di lavoro, modulati secondo la gravità del caso.

Dall'altra parte, l'art. 21, comma 1-*bis*, e le numerose nuove fattispecie che a questa sono ispirate, ha stabilito una responsabilità dirigenziale non più legata alla *performance* del dirigente e quindi alla considerazione complessiva della condotta dirigenziale, riconducibile ad un numero più o meno ampio di atti amministrativi, ma ha ricondotto l'imputabilità della responsabilità dirigenziale a singole violazioni o inadempiimenti. Inoltre, a tale meccanismo consegue la sola decurtazione della retribuzione di risultato come unica forma di sanzione.

Ma vi è di più. Nel periodo che va dal 2009 al 2013 sono state adottate una serie di norme che hanno comportato una evoluzione del concetto stesso di responsabilità dirigenziale, che si è tradotta in una interessante "inversione di rotta": se in passato a tale istituto veniva attribuita una valenza collaborativa/correttiva, nella misura in cui doveva servire a correggere un comportamento o una condotta che si discostava dagli obiettivi di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione oppure considerava le capacità, o meno, di un dirigente, successivamente assume anche una valenza tendenzialmente sanzionatoria e punitiva.

3. *Provvedimenti "sanzionatori" e garanzie procedimentali*

Se la qualificazione che può astrattamente darsi alla responsabilità dirigenziale è piuttosto controversa, oltre ad essere, com'è noto, consi-

⁵ *Ibidem*.

derata ora in termini pubblicistici, ora in termini contrattualistici, non è altrettanto problematica, almeno apparentemente, la questione relativa alla corretta individuazione delle garanzie procedimentali.

Sia che alla sanzione venga attribuita la natura di “atto negoziale”, che quella di provvedimento amministrativo, le garanzie procedimentali previste a favore del dirigente destinatario dell’atto non possono che essere quelle specificamente previste dalle norme di legge (principalmente di diritto pubblico) e dalle norme fissate nell’ambito della contrattazione collettiva.

L’art. 21, comma 1, del d.lgs. 165/2001, prevede che il mancato rinnovo dell’incarico in conseguenza della responsabilità del dirigente deve avvenire “*previa contestazione*”, così come, nei casi più gravi, “*previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio*” può disporsi la revoca dell’incarico o la rescissione del rapporto di lavoro, in quest’ultima ipotesi, tra l’altro, “*secondo le disposizioni del contratto collettivo*”.

Nello stesso senso, il comma 1-bis del medesimo art. 21: “*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*”.

Ad ulteriore tutela dei dirigenti pubblici è previsto, quindi, un “Comitato dei garanti”, organismo di garanzia per i dirigenti delle Amministrazioni dello Stato⁶, il cui parere deve essere richiesto perché possano essere adottati i provvedimenti di cui sopra, fermo restando che, qualora detto avviso non sia reso entro quarantacinque giorni dalla richiesta, si può prescindere da esso.

⁶ Sul punto, si rinvia alle informazioni fornite dal sito internet istituzionale disponibile su www.funzionepubblica.gov.

Il primo comma dell'art. 22 del d.lgs. 165/2001 così recita: “I provvedimenti di cui all'articolo 21, commi 1 e 1-bis, sono adottati sentito il Comitato dei garanti”.

I componenti di tale Comitato, “nel rispetto del principio di genere, sono nominati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri”, che “il Comitato dura in carica tre anni” e che “l'incarico non è rinnovabile”.

Si badi alla disciplina relativa alla composizione di tale soggetto: il Comitato dei garanti “è composto da un consigliere della Corte dei conti, designato dal suo Presidente, e da quattro componenti designati rispettivamente, uno dal Presidente della 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, uno dal Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, scelto tra un esperto scelto tra soggetti con specifica qualificazione ed esperienza nei settori dell'organizzazione amministrativa e del lavoro pubblico, e due scelti tra dirigenti di uffici dirigenziali generali di cui almeno uno appartenente agli Organismi indipendenti di valutazione, estratti a sorte fra coloro che hanno presentato la propria candidatura. I componenti sono collocati fuori ruolo e il posto corrispondente nella dotazione organica dell'amministrazione di appartenenza è reso indisponibile per tutta la durata del mandato. Per la partecipazione al Comitato non è prevista la corresponsione di emolumenti o rimborsi spese”⁷.

Tanto premesso, sul versante procedurale, si presti attenzione al fatto che il parere del Comitato dei garanti venga reso “entro il termine di quarantacinque giorni dalla richiesta; decorso inutilmente tale termine si prescinde dal parere”⁸.

Inoltre, la qualificazione in termini pubblicistici delle misure sanzionatorie, considerate quali provvedimenti adottati nell'esercizio di un potere autoritativo e unilaterale (potere sanzionatorio appunto), comporterebbe inevitabilmente l'estensione anche in questi casi delle garanzie e del modello procedimentale previsto dalla legge n. 689/1981, perfino di quelle di “matrice penalistica” che trovano applicazione a tutte le sanzioni amministrative conseguenti a un illecito amministrativo, alla

⁷ Art. 22, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

⁸ Art. 22, comma 3, d.lgs. 165/2001.

luce anche della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁹.

È anche vero che in questi casi le sanzioni non hanno propriamente natura afflittiva (ovverosia quella di “punire” il dirigente) bensì quella di assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione e quindi la realizzazione dell'interesse pubblico. Ciò vale in particolare nelle fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 21, ove la responsabilità dirigenziale deriva dal mancato raggiungimento degli obiettivi e dall'inosservanza delle direttive.

Diverso a dirsi per il comma 1-*bis* dell'art. 21 (e per le altre fattispecie a questo assimilabili, anche se previste in altre disposizioni normative¹⁰), che contempla una responsabilità dirigenziale non più legata alla

⁹ Seguendo un approccio marcatamente sostanziale, la giurisprudenza di Strasburgo ha superato anche la distinzione, classica nel nostro ordinamento, tra sanzioni in senso stretto e provvedimenti ablatori-ripristinatori. Le prime, qualificabili come «pene in senso tecnico» in ragione del loro carattere esclusivamente (o prevalentemente) afflittivo, erano assistite dalle garanzie procedurali e giurisdizionali di cui alla l. n. 689 del 1981. I secondi, qualificabili come sanzioni solo in senso lato in quanto, in realtà, preordinati alla cura in concreto dell'interesse pubblico, erano esclusi dalle particolari garanzie che dovevano assistere la funzione sanzionatoria amministrativa: ad essi si applicavano semmai le previsioni della l. n. 241 del 1990. Viceversa, per la Corte europea dei diritti dell'uomo sono sostanzialmente “penali” non solo quei provvedimenti nei quali la componente di cura in concreto dell'interesse pubblico si affianca a finalità punitive; bensì, più in generale, ogni misura prevista dall'ordinamento come reazione alla commissione di un illecito e purché connotata da un certo grado di severità, anche ove di tipo interdittivo o con finalità ripristinatorie-reali. La suddetta prospettiva sostanziale, flessibile ed estensiva ha determinato la naturale applicabilità a tutti i provvedimenti sanzionatori amministrativi (compresi, come si è detto, molti di quelli tradizionalmente ritenuti tali solo in senso lato) di una serie di importanti garanzie che, nel nostro ordinamento, erano state confinate all'ambito penalistico.

¹⁰ Accanto alla modifica dell'art. 21, comma 1 *bis* del d.lgs. 165/2001, sono proliferate una serie di norme più o meno coerenti con il meccanismo del primo comma dell'art. 21, che stabiliscono nuove fattispecie di imputabilità della responsabilità dirigenziale in capo al dirigente pubblico. L'art. 7 della l. 69 del 18 giugno 2009 ha modificato l'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale stabilisce che “la mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale” e nel caso in cui il dirigente sia inadempiente, costui “sarà penalizzato nel trattamento economico accessorio in caso di gravi e ripetute violazioni” (art. 7, l. 69/2009). Tale fattispecie ripropone il medesimo 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 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150. La volontà del legislatore è quindi di stimolare ulterior-

performance del dirigente e quindi alla considerazione complessiva della

mente 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. In sede attuativa sono state poi recepite nel nuovo art. 55 *sexies*, comma 3 del d.lgs. 165/2001, modificato dall'art. 60 del d.lgs. 150/2009, ulteriori fattispecie di imputabilità della responsabilità dirigenziale. La norma stabilisce una responsabilità nel caso in cui il dirigente, dolosamente o colposamente, non eserciti oppure lasci decadere i termini per l'azione disciplinare nei confronti dei funzionari pubblici da lui dipendenti. Il riconoscimento di una responsabilità per il mancato esercizio dei poteri disciplinari, comporta per il dirigente una serie di sanzioni: la sospensione del servizio con privazione della retribuzione contrattuale in relazione alla gravità dell'infrazione non perseguitata e la mancata attribuzione della retribuzione di risultato, ponendo il dirigente nella fascia di merito bassa. È chiaro che tale disposizione pone un obbligo per il dirigente di sanzionare, utilizzando i poteri disciplinari che il d.lgs. 150/2009 gli ha riconosciuto, tutti i comportamenti compiuti dai funzionari a lui subordinati che violano i canoni giuridici. Anche nel recente intervento legislativo relativamente alla lotta e alla prevenzione della corruzione, la l. 6 novembre 2012, n. 190, sono state previste, nell'ambito dell'istituzione del Responsabile della prevenzione della corruzione, due fattispecie di responsabilità dirigenziale. Da una parte abbiamo l'art. 1, comma 8: laddove il responsabile non abbia disposto il Piano anticorruzione entro la scadenza del termine annuale del 31 gennaio ovvero non abbia proceduto alla selezione e alla formazione del personale dipendente, dovrà rispondere ai sensi dell'art. 21, d.lgs. 165/2001. Le funzioni che vengono attribuite al dirigente/responsabile, laddove non vengano rispettate, diventano parametro per la valutazione della *performance* e quindi per l'attivazione della responsabilità dirigenziale. Una seconda fattispecie è stabilita dal successivo comma 12, secondo il quale il Responsabile della prevenzione dovrà rispondere di responsabilità dirigenziale, ma non solo, nel caso in cui venga commesso un reato di corruzione in quella amministrazione, con sentenza passata in giudicato. Come è chiaro, il comma 12 attribuisce al Responsabile un notevole grado di responsabilità, che, tuttavia, viene stemperato nella seconda parte del comma, in cui è stabilita la possibilità che il Responsabile sia esentato dall'imputazione nel caso si verifichino due condizioni: il Responsabile dimostra "a) di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di cui al comma 5 e di aver osservato le prescrizioni di cui ai commi 9 e 10 del presente articolo; b) di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano." Infine, nel recente Testo unico sulla Trasparenza amministrativa, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, il legislatore ha previsto che il dirigente quale responsabile per la trasparenza (art. 43, d.lgs. 33/2013), nel momento in cui non adempie agli obblighi di pubblicazione che per tale ruolo la normativa ha previsto o non predispone il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità (oggi sostituito dal Piano triennale per la prevenzione della corruzione), ciò diventa parametro di valutazione ai fini dell'attivazione della responsabilità dirigenziale. In questo caso il legislatore non specifica se fa riferimento al meccanismo previsto dal comma 1 dell'art. 21 con le sanzioni specifiche, oppure al meccanismo del comma 1 *bis*. Tale differenza è comunque rilevante, in quanto, come abbiamo visto, e l'applicazione dell'uno o dell'altro meccanismo comporta sanzioni differenti.

condotta dirigenziale, riconducibile ad un numero più o meno ampio di atti amministrativi, e ricollega l'imputabilità della responsabilità dirigenziale a singole violazioni o inadempimenti, assumendo una valenza tendenzialmente sanzionatoria e punitiva. In quest'ultimo caso sembra indubbio che le garanzie previste dalla legge 690/1981 possano trovare applicazione al descritto procedimento.

Fatta questa premessa, la distinzione tra le varie fattispecie di responsabilità dirigenziale può costituire un importante spunto di riflessione.

La differenza anche procedimentale emerge dalla stessa formulazione testuale che al comma 1 *bis* fa riferimento alle "procedure previste dalla legge". Ed infatti, la fattispecie dell'art. 21, comma 1 *bis*, e le successive fattispecie che applicano il medesimo meccanismo sono più vicine alla struttura giuridica della responsabilità disciplinare piuttosto che alla natura e alla *ratio* della responsabilità dirigenziale.

4. *Alcune riflessioni conclusive*

Si potrebbe sostenere che, a causa delle modifiche apportate dai nuovi interventi normativi, il legislatore abbia costruito due differenti meccanismi di responsabilità dirigenziale: un meccanismo, per così dire, *hard* con riferimento al primo comma dell'art. 21, che tende a sanzionare un dirigente che nello svolgimento della sua attività complessiva o condotta non risponde a canoni di efficienza, efficacia ed economicità e a cui corrispondono sanzioni rilevanti per la sua carriera; un secondo meccanismo, più *soft*, che fa riferimento principalmente all'art. 21, comma 1 *bis*, il quale porta a sanzionare un singolo comportamento omissivo o inadempiente con conseguenze solo di natura patrimoniale.

Tuttavia, il secondo meccanismo tende ad avvicinarsi maggiormente alla responsabilità disciplinare piuttosto che alla responsabilità dirigenziale, aprendo una area grigia e di confusione tra le due responsabilità. In altri termini, parrebbe che la fattispecie dell'art. 21, comma 1 *bis*, e le successive fattispecie che applicano il medesimo meccanismo, sia più vicina alla struttura giuridica della responsabilità disciplinare piuttosto che alla natura e alla *ratio* della responsabilità dirigenziale. Sarà, pertanto, auspicabile che in futuro, il legislatore si impegni a correggere tale

discrasia, per riconsegnare la responsabilità dirigenziale alla sua natura di obbligazione di risultato in capo al dirigente pubblico.

Del resto, non pare fuorviante ipotizzare che il descritto mutamento della natura della responsabilità dirigenziale sia in grado di introdurre un "pericolo" nell'ambito delle dinamiche dell'organizzazione amministrativa che si sostanzia nella realizzazione di uno stato di tensione tra funzionari e dirigente senz'altro poco funzionale alla produttività dell'ufficio e alla qualità dell'azione amministrativa.

In ogni caso, pur nell'ambito del descritto clima di tensione tra valenza "collaborativa/correttiva" e valenza "sanzionatoria e punitiva" della responsabilità dirigenziale, la corretta individuazione delle garanzie procedimentali gioca un ruolo essenziale poiché idonea ad assicurare la tutela delle posizioni giuridiche soggettive del pubblico dirigente nel rapporto con la pubblica amministrazione e, sotto un diverso profilo, la tutela dell'interesse pubblico che, essendo «intimamente collegata alla regolazione dei rapporti di lavoro con il personale pubblico»¹¹, è sottesa all'organizzazione degli uffici delle pubbliche amministrazioni.

¹¹ L. IEVA, *Gli incarichi dirigenziali nel lavoro pubblico*, cit., 1678.

PENSIERI SCOMPOSTI SUGLI INCARICHI DIRIGENZIALI

di Pier Luigi Portaluri

SOMMARIO: 1. Revoca degli incarichi dirigenziali: i profili dubbi. – 2. Riflessi giurisdizionali della privatizzazione del pubblico impiego. – 3. L'incarico dirigenziale tra *ius commune* e *ius publicum*. – 4. Sulla natura pubblica della revoca (e del conferimento) degli incarichi dirigenziali. – 5. L'interesse pubblico quale elemento decisivo per la natura giuridica degli incarichi e per le forme di tutela.

1. Revoca degli incarichi dirigenziali: i profili dubbi

Il lavoro di Cristiano Celone¹ analizza bene la responsabilità dirigenziale, la sua natura giuridica, le sanzioni, le garanzie procedurali e processuali.

Tre, come noto, le ipotesi: mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati dall'organo di vertice, violazione di direttive, violazione di obblighi di condotta.

Le sanzioni – comminate in ordine crescente d'intensità a seconda della gravità del fatto causativo della responsabilità – vanno dal divieto di rinnovo dell'incarico, alla revoca dell'incarico stesso, fino al recesso della p.a. dal rapporto di lavoro². A esse si aggiunge l'eventuale sanzio-

¹ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018.

² Cfr. art. 21, co. 1, d.lgs. n. 165/2001, «Responsabilità dirigenziale»: «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».

ne pecuniaria della mancata corresponsione o della decurtazione della retribuzione di risultato: misura, a differenza delle altre, di carattere speciale, che si applica in specifiche fattispecie di violazione di obblighi di condotta e che risponde a un paradigma d'incentivazione e premialità salariale.

Il tema delle garanzie nell'applicazione delle sanzioni e nella loro impugnazione dinanzi all'autorità giudiziaria si presta ad alcune riflessioni, specie se ci si concentra – come farò – sulla revoca dell'incarico.

Ora, tutte le misure sanzionatorie sopra citate sono assistite da un pervasivo obbligo di motivazione: ciò in quanto esse seguono all'avveramento di uno dei presupposti suddetti (violazione di direttive o di obblighi di condotta, mancato raggiungimento degli obiettivi) e non, invece, al semplice esaurirsi del rapporto fiduciario tra l'organo politico (o il dirigente apicale) e il dirigente sanzionato.

Ne è prova la consistente giurisprudenza in materia di revoca degli incarichi dirigenziali, la quale – guidata dalle pronunce in materia di *spoils system* della Consulta³ – consente l'applicazione della revoca au-

Cfr. anche, per gli enti locali, l'art. 109, co. 1, d.lgs. n. 267/2000, «Conferimento di funzioni dirigenziali»: «Gli incarichi dirigenziali sono conferiti a tempo determinato, ai sensi dell'articolo 50, comma 10, con provvedimento motivato e con le modalità fissate dal regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, secondo criteri di competenza professionale, in relazione agli obiettivi indicati nel programma amministrativo del sindaco o del presidente della provincia e sono revocati in caso di inosservanza delle direttive del sindaco o del presidente della provincia, della giunta o dell'assessore di riferimento, o in caso di mancato raggiungimento al termine di ciascun anno finanziario degli obiettivi assegnati nel piano esecutivo di gestione previsto dall'articolo 169 o per responsabilità particolarmente grave o reiterata e negli altri casi disciplinati dai contratti collettivi di lavoro. L'attribuzione degli incarichi può prescindere dalla precedente assegnazione di funzioni di direzione a seguito di concorsi».

³ Solo per citarne una, cfr. Corte cost., 22 febbraio 2019, n. 23, circa la coerenza dell'art. 99, co. 1, 2 e 3, d.lgs. n. 267/2000, con l'art. 97 Cost. «nelle parti in cui tale disposizione prevede che il sindaco nomini il segretario comunale, che la nomina abbia durata corrispondente a quella del mandato del sindaco, con automatica cessazione dell'incarico al termine del mandato di quest'ultimo, e che la nomina sia disposta non prima di sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dalla data di insediamento del sindaco, decorsi i quali il segretario è confermato» (p. 1 in diritto). Nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale, la Corte ha ricordato la sua giurisprudenza in materia di *spoils system*, secondo la quale sono incompatibili con l'art. 97 Cost. solo le disposizioni di legge, statali o regionali, «che prevedono meccanismi di revocabilità

tomatica soltanto agli incarichi dirigenziali di vertice connotati da vicinanza di orientamento rispetto all'organo politico che li ha conferiti e da un peculiare legame fiduciario *intuitu personae*⁴.

ad nutum o di decadenza automatica dalla carica, dovuti a cause estranee alle vicende del rapporto instaurato con il titolare, non correlati a valutazioni concernenti i risultati conseguiti da quest'ultimo nel quadro di adeguate garanzie procedurali (sentenze n. 52 e n. 15 del 2017, n. 20 del 2016, n. 104 e n. 103 del 2007), quando tali meccanismi siano riferiti non al personale addetto agli uffici di diretta collaborazione con l'organo di governo (sentenza n. 304 del 2010) oppure a figure apicali, per le quali risulti decisiva la personale adesione agli orientamenti politici dell'organo nominante, ma a titolari di incarichi dirigenziali che comportino l'esercizio di funzioni tecniche di attuazione dell'indirizzo politico (sentenze n. 269 del 2016, n. 246 del 2011, n. 81 del 2010 e n. 161 del 2008)». *A contrario*, il meccanismo di revoca automatica dell'incarico è legittimo quando concerne figure «nelle quali risulta decisiva la personale adesione agli orientamenti politici dell'organo nominante».

⁴ Tra le altre, Trib. Udine, sez. lav., 22 agosto 2018, n. 112: il caso concerneva la revoca – ritenuta legittima – del direttore centrale ambiente ed energia della Regione Friuli Venezia Giulia.

In relazione alle peculiarità degli incarichi dirigenziali nelle autonomie territoriali, v. Cass. civ., sez. lav., 18 aprile 2017, n. 9728: «In tema di incarichi dirigenziali per le posizioni organizzative del personale degli enti locali, la revoca prima della scadenza può essere disposta, ai sensi degli artt. 109 del d.lgs. n. 276 del 2000 e 9, comma 3, del c.c.n.l. del 31 marzo 1999, per casi determinati, correlati a profili disciplinari o al mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati, sicché è illegittima se motivata sulla base del mero mutamento dell'organo investito del potere di nomina».

L'orientamento, pur solido, contrasta con un'altra opinione giurisprudenziale per la quale la revoca dell'incarico – pur non automatica – non è assistita da garanzie motivazionali di sorta, rilevando essa come mero atto di autonomia privata soggetto al principio privatistico dell'irrelevanza dei motivi (dello scioglimento) dell'atto negoziale: mero esercizio di un diritto contrattuale. In proposito, Cass. civ., sez. lav., 30 ottobre 2010, n. 23062, in fattispecie concernente il conferimento d'incarico di dirigente di I fascia a un "candidato" di II fascia piuttosto che a un altro, il quale ha impugnato quell'atto dinanzi al Giudice del lavoro: «In materia di pubblico impiego privatizzato, l'intera materia degli incarichi dirigenziali è retta dal diritto privato e l'atto di conferimento è espressione del potere di organizzazione che, nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 29 del 1993 e successive modifiche, è conferito all'amministrazione dal diritto comune. Ne consegue che se gli atti di conferimento e revoca degli incarichi sono ascrivibili al diritto privato, non possono che essere assoggettati ai principi fondamentali dell'autonomia privata e, in primo luogo, alla regola della normale irrilevanza dei motivi e non sono soggetti alle disposizioni della l. n. 241 del 1990 sui procedimenti amministrativi, né ai vizi propri degli atti amministrativi».

L'ordinamento pare invece consentire la revoca dell'incarico sulla base di ragioni organizzative⁵, sempre che questa sia stata già prevista dalla contrattazione collettiva: conferendo comunque all'interessato il diritto al risarcimento del danno laddove l'atto organizzativo comporti revoca *implicita* dell'incarico e, dunque, una illegittima frustrazione delle sue aspettative di carriera, infrantesi dinanzi a un sostanziale demansionamento⁶.

In linea generale, tuttavia, la revoca dell'incarico dev'essere adeguatamente motivata in relazione alle inadempienze del dirigente rispetto alle obbligazioni – di mezzi e di risultato – da lui contratte con la p.a. di appartenenza: la contestazione del comportamento è assistita da diritti partecipativi e contraddittorio con il diretto interessato⁷, pena la illegittimità della revoca. Che però non è costruita dal diritto giurisprudenziale in chiave pubblicistica – quale vizio del provvedimento di revoca dell'incarico – bensì come inadempimento contrattuale, dunque affidato allo scrutinio del giudice civile.

⁵ Cass. civ., sez. lav., 3 febbraio 2017, n. 2972: «In materia di enti locali, la revoca anticipata dell'incarico dirigenziale per ragioni organizzative, prevista dalla contrattazione collettiva, deve essere adottata con un atto formale e richiede una motivazione esplicita, fondata su ragioni attinenti il settore cui è preposto il dirigente».

⁶ Cass. civ., sez. lav., 4 aprile 2017, n. 8717: «Nell'ambito del pubblico impiego contrattualizzato, qualora la privazione delle mansioni maggiormente caratterizzanti un incarico dirigenziale sia avvenuta a seguito di un provvedimento di riorganizzazione aziendale, viene a determinarsi una revoca implicita dell'incarico dirigenziale, sicché costituiscono profili rilevanti, ai fini del diritto del lavoratore al risarcimento del danno non patrimoniale, le ragioni dell'illegittimità del provvedimento, le caratteristiche, la durata e la gravità dell'attuato demansionamento, la frustrazione di ragionevoli aspettative di progressione e le eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore di lavoro e comprovanti l'avvenuta lesione dell'interesse relazionale».

⁷ La letteratura sui diritti procedimentali è sconfinata; la loro sedimentazione nel nostro ordinamento è peraltro di provenienza sia francese che austriaca. V. in proposito, per tutti, B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987; v. anche, sempre sotto il profilo della rilevanza storica delle influenze d'oltreconfine nella elaborazione del contraddittorio e delle garanzie procedimentali, M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2010, 143 ss.; P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998.

Così, secondo l'orientamento consolidato della Cassazione, «nell'impiego pubblico contrattualizzato, per gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali, che rivestono la natura di determinazioni negoziali assunte dall'Amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro – in base agli artt. 1175 e 1375 c.c., applicabili alla stregua dei principi di cui all'art. 97 Cost. – la p.a. è tenuta ad adottare adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle proprie scelte, sicché, laddove tale regola non venga rispettata, è configurabile un inadempimento contrattuale suscettibile di produrre danno risarcibile dinanzi al giudice ordinario»⁸. La violazione dei diritti procedurali comporta, insomma, un inadempimento contrattuale⁹.

La natura ibrida di questi atti – più o meno forzatamente ricondotti da questa giurisprudenza e dalla dottrina giuslavoristica¹⁰ nell'ambito del diritto privato – rende tuttavia difficoltoso il loro inquadramento¹¹:

⁸ Cass. civ., sez. lav., 2 febbraio 2018, n. 2603, in fattispecie concernente domanda di reintegrazione nell'incarico di dirigente generale. Così prosegue la Cassazione: «ne consegue che se, illegittimamente, una p.a. dà esecuzione al contratto individuale di lavoro di un dirigente prima della registrazione del decreto di conferimento dell'incarico stesso da parte della Corte dei conti, si assume ogni responsabilità inerente e conseguente alla eventuale mancata registrazione e, qualora decida di procedere alla brusca revoca dell'incarico, anziché controdedurre ai rilievi formulati dalla Corte dei conti, in sede di controllo preventivo, deve farlo mettendo l'interessato in condizione di intervenire nel relativo procedimento decisionale e di conoscere adeguatamente le ragioni poste a base della scelta operata, in quanto essa, avendo effetti durevoli, è violativa del legittimo affidamento del destinatario dell'atto revocato alla prosecuzione del rapporto, ingenerato dalla stessa P.A., gravando esclusivamente su questa l'onere di non mettere in esecuzione i provvedimenti soggetti a controllo preventivo contabile fino alla conclusione del relativo procedimento».

⁹ Anche in Diritto amministrativo, peraltro, parte della dottrina qualifica la violazione dei diritti procedurali come inadempimento contrattuale generativo di responsabilità della p.a.. V. in proposito M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'Amministrazione*, in *Dir. amm.*, 3/2005, 557 ss.; ID., *Responsabilità della pubblica Amministrazione: a) profili sostanziali*, in *Enc. dir.*, 2018.

¹⁰ Cfr. l'ampia bibliografia citata da C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 262, nota 15.

¹¹ Esprime condivisibili perplessità C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 262-263, laddove rileva che la lettura giusprivatistica della revoca come atto di gestione del rapporto di lavoro pubblico (privatizzato) si fonda sull'art. 5, comma 2, d.lgs. n.

sarebbero atti giuridici *privatistici* di esercizio della *discrezionalità* del datore di lavoro (*pubblico*), ma *procedimentalizzati*. L'archetipo giuridico dell'ambiguità.

Seppur qualificata come atto di diritto privato, la revoca dell'incarico dirigenziale può essere vista come un atto di autotutela a carattere sanzionatorio¹²: dunque un atto provvedimento di natura pubblicistica.

Né varrebbe a qualificarlo come atto privato il mero riferimento alla disciplina processuale: l'art. 63, d.lgs. n. 165/2001, il quale devolve «*al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni* di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, *incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti*» (atti che possono – qualora illegittimi – essere disapplicati dal Giudice ordinario stesso, prosegue la disposizione); e lascia, peraltro, «*alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*»¹³.

165/2001, secondo il quale l'organo competente ad adottarla ha le capacità e i poteri del datore di lavoro privato. Al riguardo, l'A. osserva, tuttavia, che «*la predetta norma appare formulata in modo poco chiaro, in quanto afferma che "le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro [...] sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione"*, per cui non è dato comprendere se i provvedimenti di conferimento, mancato rinnovo e revoca dell'incarico dirigenziale, vadano considerati atti di gestione del rapporto di lavoro ricadenti nell'ambito applicativo della disposizione, considerato che tali atti sono assunti (anche) dagli organi di indirizzo politico, che non sono gli organi di solito preposti alla gestione» (263).

¹² Una revoca-sanzione, non ricadente nell'alveo dell'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990, e dunque non soggetta a indennizzo, come ricorda C. CELONE, *op. cit.*, 260; v. qui M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 111.

¹³ Orientamento espresso anche da una consistente giurisprudenza amministrativa, per il vero. Cfr., *ex plurimis*, Tar Campania, Napoli, sez. V, 3 settembre 2019, n. 4443: «*Ai sensi dell'art. 63, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, il provvedimento di conferimento o di revoca di un incarico dirigenziale si configura come atto di gestione del rapporto di*

Si tratta di un argomento che, come si vedrà, espone il fianco a una critica fondamentale: non si può dedurre la natura sostanziale di un istituto dalla norma processuale che radica la giurisdizione circa le controversie che lo concernono.

Ciò vale ancor più per la revoca dell'incarico dirigenziale. L'interpretazione dell'art. 63, d.lgs. n. 165/2001, non tiene infatti conto del percorso evolutivo tracciato dalla privatizzazione del pubblico impiego: la quale ha espropriato di garanzie il pubblico dipendente ponendolo dinanzi a un'autorità giurisdizionale male in arnese, se non altro per l'assenza – in capo a essa – dell'unico potere davvero dissuasivo di condotte della p.a. volte all'emanazione di revoche illegittime, vale a dire il potere costitutivo. Che connota, invece, il giudizio amministrativo.

2. Riflessi giurisdizionali della privatizzazione del pubblico impiego

S'incorre, qui, nell'equivoco che ha investito il riparto di giurisdizione sul pubblico impiego e che si riflette pertanto anche sugli atti di revoca degli incarichi dirigenziali, sulla tutela rispetto agli stessi, qualora illegittimi e lesivi, e sul discorso d'apice relativo alla loro natura giuridica, ancora lacerata dalla grande dicotomia del paradigma bipolare di *ius commune* e *ius publicum*.

Discorso, questo ora avviato, che non può prescindere, peraltro, dal suo presupposto: e cioè la giurisdizione esclusiva, della quale si parlerà solo a volo d'uccello.

lavoro, con la conseguenza che la relativa controversia rientra nella giurisdizione del G.O., e ciò a decorrere dall'entrata in vigore del d.lgs. 29 del 1993, il cui art. 68, come sostituito dall'art. 29, d.lgs. n. 80 del 1998, ed ora confermato dall'art. 63 citato, attribuisce alla giurisdizione ordinaria tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A., incluse quelle concernenti l'assunzione, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, con esclusione delle procedure concorsuali e con le eccezioni normativamente previste»; nello stesso senso, Cons. St., sez. V, 5 giugno 2018, n. 3387; Id., sez. V, 17 gennaio 2018, n. 280; Id., sez. IV, 25 ottobre 2017, n. 4910; anche la giurisprudenza della S.C.: v. per esempio Cass. civ., sez. un., 20 ottobre 2017, n. 24877; Id., ord., 8 giugno 2016, nn. 11711, 11712 e 11713; Id., ord. 31 maggio 2016, n. 11387; Id., 7 giugno 2012, n. 9185.

Sanno tutti che per giurisdizione esclusiva s'intende la competenza del giudice amministrativo a conoscere, «in particolari materie»¹⁴, anche dei diritti soggettivi: materie nelle quali diritti e interessi legittimi sono fra loro inestricabili, sicché la singola fattispecie non può essere sottoposta al vaglio di due giudici diversi.

L'assenza del sintagma «giurisdizione esclusiva» nella nostra Costituzione non ha costituito un rilevante problema per l'individuazione di questo tipo di cognizione: già le generali riforme del 1889¹⁵ e del 1890¹⁶ avevano individuato fattispecie nelle quali il Consiglio di Stato poteva giudicare dei diritti, facendole rifluire nella nozione «giurisdizione anche in merito»¹⁷. Fu poi specificamente il r.d. n. 2840 del 1923 a istituire, per alcune ipotesi, la «esclusiva giurisdizione».

Ora, il pubblico impiego costituì, in seguito alla riforma del '23, la materia più importante devoluta alla giurisdizione esclusiva: da qui deriva, peraltro, l'elaborazione della nozione di «atto paritetico», categoria definita dalla giurisprudenza amministrativa del biennio 1939-1940 (specie la nota sentenza «Fagiolari», dal nome del suo estensore, o «Ricciardi», dal nome del ricorrente)¹⁸. Quella giurisprudenza evidenziò insomma che nella materia del pubblico impiego la devoluzione al giudice

¹⁴ Questo il sintagma usato dalla nostra Carta costituzionale all'art. 103 Cost.

¹⁵ Nota come legge Crispi, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

¹⁶ Istitutiva delle Giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale.

¹⁷ L. MARUOTTI, *La giurisdizione esclusiva*, in *L'Amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, a cura di P.L. PORTALURI, Napoli, 2016, 122, afferma che Ludovico Mortara fece puntualmente notare che i casi di giurisdizione «anche in merito» altro non erano che casi di giurisdizione su diritti soggettivi (per esempio sulle spese di spedalità).

¹⁸ La nozione fu elaborata dalla sentenza del Cons. St., sez. V, 1 dicembre 1939, Pres. ed Est. Fagiolari, Rel. Miranda, Ricciardi c. Comune di Castel S. Nicolò, in *Foro it.*, vol. 65, 1940, 9/10-13/14. Secondo la pronuncia «Nelle materie devolute alla "giurisdizione esclusiva" del Consiglio di Stato e della Giunta prov. amm., ove la controversia si riferisca a diritti patrimoniali e l'atto amministrativo contro il quale il ricorso formalmente è prodotto non costituisca esercizio di una potestà di impero dell'Amministrazione ma semplice rifiuto opposto alla pretesa del ricorrente, non si applica il termine ordinario di decadenza ma deve aversi riguardo soltanto al termine di prescrizione del diritto vantato».

La giurisprudenza ha così colmato una lacuna del legislatore del 1923, che non aveva indicato – per le fattispecie nelle quali venivano in gioco i diritti – il termine di proposizione del ricorso.

amministrativo delle controversie sui diritti, prima devoluta alla giurisdizione del giudice civile, non poteva essere intesa nel senso che la tutela era diventata meno effettiva e meno agevole nel passaggio al g.a., così consentendo al ricorrente di agire entro il termine di prescrizione.

Diritto di agire entro il termine di prescrizione e tutela costitutiva dinanzi al Giudice amministrativo, dunque. Fino al 1998, anno in cui il d.lgs. n. 80 ha attribuito al giudice civile la giurisdizione sul c.d. pubblico impiego – a quel punto – «privatizzato». Norma poi confluita nel t.u. delle leggi sul pubblico impiego, d.lgs. n. 165/2001.

Con due effetti negativi.

Anzitutto, il ritorno alle inevitabili incertezze e alle oscillazioni giurisprudenziali in ordine al riparto.

Ma soprattutto, gli interessi legittimi dei dipendenti, finalmente tutelati dinanzi al g.a. dal 1889 con effettività della tutela, hanno perso la loro dignità: sono stati degradati a pseudo-diritti soggettivi¹⁹ o, come li chiama la giurisprudenza della Cassazione, «interessi legittimi di diritto privato»²⁰ (qualunque cosa questa espressione voglia significare), con conseguente disapplicazione delle garanzie procedurali di cui alla l. n. 241/1990 rispetto agli atti datoriali che li ledono²¹.

¹⁹ L. MARUOTTI, *La giurisdizione esclusiva*, cit., 128.

²⁰ Cass. civ., sez. lav., 26 novembre 2008, n. 28274: «In tema di lavoro dirigenziale alle dipendenze di p.a., gli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali sono esclusi dalla categoria degli atti amministrativi e vanno ascritti a quella degli atti negoziali; ne deriva che sono sottratti al regime e alle regole proprie degli atti amministrativi (come dettate in particolare dalla l. n. 241/1990), dovendosi fare applicazione delle norme del codice civile in tema di esercizio dei poteri del privato datore di lavoro, con la conseguenza che le situazioni soggettive del dipendente interessato possono definirsi in termini di interessi legittimi, ma di diritto privato e, quindi, pur sempre ascrivibili alla categoria dei diritti di cui all'art. 2907 c.c.» (art. 2907 c.c., Attività giurisdizionale, il co. 1 statuisce che «Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte [...]»). Nella fattispecie la Cassazione ha aderito al principio giurisprudenziale secondo il quale, «nell'ambito del rapporto di lavoro "privatizzato" alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, il Giudice (ordinario) sottopone a sindacato l'esercizio dei poteri, esercitati dall'amministrazione nella veste di datrice di lavoro, sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede, siccome regole applicabili anche all'attività di diritto privato alla stregua dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., (vedi Cass. civ., S.U., 26 giugno 2002, n. 9332)».

²¹ M. MAZZAMUTO, *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*,

Non è questa la sede per indugiare sul *mito* della *unicità*²²: v'è chi predica l'abolizione del giudice amministrativo, ora sostenendo che non vi siano concrete ragioni di "specialità" che ne sorreggano ancora l'esistenza²³, ora affermando con forza che la Costituzione non giustifica

in *Giustamm.it*, n. 1/2018, e in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. GRISI, Napoli, 2019, 283 ss.: «Dopo ormai diversi anni di esperienza, è constatazione quasi unanime, in dottrina come tra gli operatori, che tale mutamento abbia determinato un apprezzabile ridimensionamento della tutela. Un esito questo che non dovrebbe meravigliare, ove si abbia consapevolezza del maggior garantismo del sistema pubblicistico» (300).

²² Distingue condivisibilmente l'*unicità* della giurisdizione, consacrandola a "mito", dalla *unità* della medesima, unico principio costituzionale sancito dall'art. 103 Cost., A. POLICE, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Quest. giust.*, n. 3/2015, 136 ss.: «l'unità e l'unicità della giurisdizione non sono la stessa cosa e solo la prima è un principio costituzionale; l'aspirazione alla unicITÀ, invece, è soltanto un legittimo obiettivo politico, pur con nobili radici culturali ed ideologiche». L'assunto – da più parti sostenuto – che il pluralismo giurisdizionale non sia assistito da garanzie di costituzionalità è, per l'A., smentibile se sol si guarda all'art. 103 Cost., il quale ha assicurato adeguata copertura costituzionale al Consiglio di Stato e al criterio di riparto della funzione giurisdizionale fra i diversi giudici chiamati a esercitarla, «pur nella unicITÀ della funzione medesima, sancita – come è ben noto – dall'art. 101 Cost.». Invero, «è proprio il chiaro tenore dell'art. 103 Cost. a limitare grandemente la portata e la consistenza dei dubbi e delle dispute sulla legittimità costituzionale dell'intero sistema di giustizia amministrativa e sulla riserva di giurisdizione ad esso assicurata. Mentre infatti è ben possibile, in una prospettiva di politica del diritto, interrogarsi sull'opportunità e sui vantaggi di un mutamento del quadro costituzionale sul punto e sull'adozione di un diverso modello monista, deve sempre evitarsi che tali valutazioni di opportunità politica vengano a trarre alimento da una malintesa lettura del quadro costituzionale attuale» (137). Sicché l'A. perviene alla conclusione per cui il Giudice amministrativo non è "speciale", bensì è – per dettato costituzionale – il Giudice ordinario degli interessi legittimi: «il giudice amministrativo nell'ambito della sua giurisdizione non è affatto, se mai lo è stato, un giudice speciale; dovremmo più correttamente rilevare con la legge che nelle questioni in cui si controverta dell'esercizio o del mancato esercizio del pubblico potere il giudice amministrativo è l'unico giudice ordinario, il giudice naturale di cui si parla con infuocata passione anche in dottrina» (141).

²³ V. in proposito le osservazioni critiche di L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Quest. giust.*, n. 3/2015, 106 ss.; l'A. mette in luce la necessità di mantenere una giustizia amministrativa, manifestando le sue perplessità – piuttosto – circa il mantenimento di un apposito giudice speciale. Di qui un sistematico impianto critico costituito dalla confutazione delle ragioni che usualmente si adducono per il mantenimento del Giudice amministrativo.

il suo mantenimento in vita, né tantomeno il dualismo giurisdizionale²⁴, che invece dovrebbe lasciar spazio a un monismo “alla tedesca”²⁵. D'al-

Tra tutte, spicca l'attività di mediazione di interessi pubblici e privati, la quale costituirebbe terreno privilegiato di un'Autorità giurisdizionale “embricata” nel potere amministrativo: ragione superata dall'A. con l'affermazione del principio di legalità, per cui il Giudice non medierebbe interessi ma applicherebbe solo il dettato normativo; né tantomeno quel Giudice dovrebbe perseguire interessi pubblici. Seconda ragione analizzata che spicca tra tutte, l'asserita “sensibilità” del Giudice amministrativo rispetto alle ragioni dell'Amministrazione: che ora può esser vista come garanzia di conoscenza dei meccanismi del potere e, dunque, maggiore pervasività del potere giurisdizionale nei confronti di questo; ma ora può esser anche vista come mancanza di terzietà e indipendenza, eccessiva vicinanza ai ranghi del potere politico. Viene infine in rilievo una ragione sistematica: il Giudice amministrativo – si afferma – è speciale perché speciale è il Diritto amministrativo. A questa ragione l'A. oppone una critica secondo la quale le figure dogmatiche centrali sulle quali è costruito il diritto amministrativo (l'interesse legittimo che assume i contorni del diritto di credito; l'eccesso di potere sindacabile secondo le clausole generali di buona fede e correttezza, e così via; con un'attenzione peculiare al sempre crescente ruolo del “terzo”) non sarebbero più considerabili espressione di specialità.

²⁴ A. PROTO PISANI, *L'importanza dell'articolo 113, 3° comma, Costituzione, per una giustizia effettiva del cittadino contro atti della Pubblica amministrazione*, in *Quest. giust.*, n. 3/2015, 151 ss.: «di “annullamento degli atti della pubblica amministrazione” la nostra Costituzione si occupa (non nell'art. 103) bensì nell'art. 113 laddove al terzo comma dispone che “la legge determina quali organi di giurisdizione (quindi anche ordinari e non necessariamente speciali) possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”. Quindi la nostra Costituzione ben lungi dall'attribuire soltanto ai giudici speciali amministrativi il potere di annullamento degli atti della pubblica amministrazione, consente esplicitamente e molto chiaramente che tale potere possa essere attribuito (come talvolta accaduto: si pensi per tutti alla l. 689 del 1981) anche al giudice ordinario». Sicché esistono «sacrosante esigenze di concentrazione e di effettività della tutela» che «ben si sarebbero potute assicurare prevedendo l'attribuzione del potere di annullamento al giudice ordinario, senza alcun *vulnus* al controllo di legittimità della Corte di cassazione sulle sentenze relative a diritti. Il rispetto della nostra (in questa parte non certo obsoleta) Costituzione impone di non dimenticare l'esistenza dell'art. 113 ed in particolare del suo terzo comma» (151-152).

²⁵ *Ivi*, 150: «Non sarebbe molto più ragionevole, almeno per le controversie tra privati e pubblica amministrazione, introdurre anche in Italia un sistema di giurisdizione unica con accesso dei giudici tramite concorso unitario, articolato in sezioni civili, penali, amministrative, tributarie, del lavoro e previdenziale, con possibilità dei giudici di essere trasferiti dall'un settore all'altro previa verifica a seguito di aggiornamenti professionali; articolata secondo il sistema del doppio grado e con una unica Corte suprema divisa in sezioni civile, penale, amministrativa, tributaria, del lavoro e previdenziale; ca-

tra parte, lo sguardo all'ordinamento tedesco si fa più attento nei sostenitori del processo amministrativo quale espressione della c.d. giurisdizione soggettiva²⁶.

ratterizzata, in caso di errore dell'attore nella individuazione della sezione competente dalla piena trasmigrazione della causa da una sezione all'altra e da un'agevole soluzione dei possibili conflitti alla stessa stregua ad esempio del modello tedesco?». Nello stesso senso, l'A. ne parla in P.L. PORTALURI (a cura di), *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa. Il percorso delle riforme*, Napoli, 2016, 155, a proposito della eccessiva estensione delle materie di giurisdizione esclusiva sottoposte al sindacato del G.a.: «a me sembra che la strada che il legislatore e la Corte costituzionale potrebbero seguire è quella di utilizzare finalmente questo art. 113, comma 3, Cost. e attribuire all'autorità giudiziaria ordinaria – articolata attraverso sezioni specializzate in cui potrebbero rifluire un gran numero di magistrati oggi addetti ai Tar – la giurisdizione anche di annullamento per determinati blocchi di materie. [...] L'art. 103, comma 1, Cost. continuerebbe a essere la norma attributiva del controllo generale di legittimità di questo giudice speciale in materia di interessi legittimi, salvo quelle materie che dovrebbero essere devolute a queste sezioni specializzate del giudice ordinario».

²⁶ Interessanti le osservazioni comparatistiche di S. MIRATE, *Unità e pluralità delle giurisdizioni fra tutela oggettiva e tutela soggettiva: uno sguardo comparato*, in *Quest. giust.*, n. 3/2015, 121 ss., per la quale il diritto amministrativo nasce ovunque – sia nel Continente europeo che oltremarica e oltreoceano – come diritto speciale «connesso alle peculiarità imposte dall'azione amministrativa e dalla protezione del pubblico interesse»; specialità messa poi in crisi dall'emersione di una nuova finalità dei giudizi: la tutela del privato dinanzi al potere pubblico. «Sorge così in ogni sistema la necessità di una nuova individuazione del ruolo del giudice amministrativo, ove questo esista, ovvero di una qualche riforma degli strumenti di tutela in modo da renderli più efficaci nella protezione dei diritti individuali. Tale necessità, se da un lato costituisce uno stimolo alle riforme, dall'altro genera scontri con gli schemi tradizionali del sistema giurisdizionale nei singoli ordinamenti. Si evidenzia il problema di contemperare la tutela oggettiva (la protezione dell'interesse pubblico e della legalità dell'azione amministrativa) con la tutela soggettiva (la protezione dell'interesse del privato)» (122). Per cui, mentre il sistema francese resta ancorato fortemente alla giurisdizione oggettiva, solo limata da interventi legislativi progressivamente più attenti alla tutela dell'individuo, il sistema tedesco pone l'accento sulla soggettività del procedimento giurisdizionale: «Il punto di vista del giudice amministrativo tedesco è diverso da quello da cui parte il giudice francese. È il punto di vista della tutela soggettiva. Non è tanto l'interesse alla legalità dell'azione amministrativa, che viene perseguito, quanto piuttosto la protezione del diritto pubblico soggettivo. È questa figura, d'altra parte, che fonda l'azione giurisdizionale amministrativa. Con l'esito di una legittimazione a ricorrere più ristretta rispetto alla Francia, ma un'attenzione alla posizione processuale del privato maggiormente accentuata, nell'ottica di una parità fra le parti, che deriva da regole di rito simili al processo

Un dibattito indubbiamente fervido e ricco di spunti teorico-sistematici i quali, peraltro, mostrano subito rilievo pratico: nelle cui pieghe s'insinua la delicatissima questione del pubblico impiego privatizzato e nello specifico – per quel che qui rileva – della natura degli incarichi dirigenziali e della tutela giurisdizionale in relazione alla loro illegittimità.

3. *L'incarico dirigenziale tra ius commune e ius publicum*

Ora, volendo darne una elementare definizione, il dirigente pubblico è organo responsabile istituzionalmente dell'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, nonché della gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa e di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo; è altresì responsabile in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati²⁷.

Quanto ai dirigenti cc.dd. apicali, la procedura di conferimento dell'incarico prevede l'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri sulla base di una motivata proposta del Ministro competente che individua l'oggetto dell'incarico, gli obiettivi da conseguire e la durata. Al provvedimento di conferimento accede poi un contratto individuale di lavoro che definisce il trattamento economico²⁸.

Il provvedimento di conferimento e il relativo contratto sono soggetti al controllo di regolarità amministrativo-contabile del competente ufficio centrale di bilancio, nonché al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti.

La lettura del diritto positivo delinea un incarico *pubblico*, affidato a un soggetto che esercita una pubblica funzione e ne è responsabile²⁹, instaura un rapporto d'ufficio e di servizio con l'Amministrazione di

civile». Sulla «specialità» quale connotato del Diritto amministrativo ancor oggi, v. A. BARTOLINI - S. FANTINI, *Le ragioni della specialità. Principi e storia del diritto amministrativo*, Rimini, 2017.

²⁷ Fonte: *funzionepubblica.gov.it*.

²⁸ Cfr. art. 19, co. 2, d.lgs. n. 165/2001.

²⁹ V. in proposito G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017.

appartenenza; riceve incarico con d.P.R., atto che segue a una proposta ministeriale motivata e che è soggetto – assieme al contratto individuale di lavoro che ne consegue – al controllo pubblicistico di regolarità amministrativo-contabile e di legittimità.

L'atto di conferimento d'incarico è, insomma, pienamente assimilabile a un *provvedimento amministrativo*: preceduto da una diacronia di atti procedimentali, motivato, soggetto a controllo della Corte dei conti. Ne deriva che, per il principio del *contrarius actus*, anche la revoca deve essere soggetta alle medesime garanzie procedimentali.

Solo il contratto individuale di lavoro rientra nello *ius commune*: tutto ciò che lo precede rientra nel diritto pubblico.

Affermazioni, queste, che sono però dissonanti con quanto ho riportato più sopra: con il granitico orientamento cioè della Cassazione e del Consiglio di Stato che – salve sparute, ma preziose eccezioni – qualificano il conferimento e la revoca dell'incarico come atti di gestione del datore di lavoro, ovvero – come tali – atti aventi natura *privata*.

Una delle ragioni di questa lettura è fornita, come già anticipato, dal dato normativo: il quale non ha natura sostanziale, bensì processuale. Argomentazione che – seppur fatta propria dalla giurisprudenza di entrambi i plessi – è foriera quantomeno di perplessità³⁰.

La natura pubblica del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali deve peraltro ritenersi confermata dallo stesso tenore letterale dell'art. 19, d.lgs. n. 165/2001, che – come anche confermato dal Ministero della Funzione pubblica – stabilisce che l'incarico si conferisce e si revoca per *provvedimento*, al quale poi *accede il contratto individuale di lavoro*.

³⁰ Lo sottolinea chiaramente A. POLICE, *Gli incarichi dirigenziali, le dispute di Pomponazzi e le garanzie del diritto pubblico*, in *Dir. econ.*, n. 3-4/2009, 529 ss.: «dobbiamo considerare che le norme processuali non sono in grado di mutare la natura sostanziale delle situazioni giuridiche soggettive sottese, e quindi non è per il fatto che esista una “giurisdizione esclusiva” del giudice ordinario su questi tipo di atti e rapporti che si possa desumere da essi una qualificazione sostanziale delle situazioni giuridiche sottostanti, e quindi è ben possibile che situazioni di interesse legittimo possano essere ricondotte a giurisdizione del giudice ordinario quasi esclusiva, non è pertanto la norma che radica la giurisdizione a poter qualificare la sostanza della situazione giuridica soggettiva rispetto agli atti di conferimento degli incarichi di funzioni dirigenziali» (533).

È stato affermato che la mancata aggettivazione del lemma *provvedimento* con la parola *amministrativo* è di per sé sufficiente a qualificarlo come atto negoziale privato: tesi superabile, non solo perché – dove non è precisata l'aggettivazione – è di piana evidenza che si parla di provvedimento amministrativo (è l'eccezione a dover essere specificata, non certo la regola); ma anche perché – qualora mai il legislatore avesse inteso parlare di atto privato – avrebbe parlato di contratto (come poi ha fatto, quando ciò ha inteso fare)³¹.

Non solo. L'Amministrazione è datore di lavoro *pubblico*, non assimilabile, nella scelta del suo dipendente (specie se di livello dirigenziale), a un datore privato: per la semplice ragione che il soggetto incaricato svolge funzioni *pubbliche*, di gestione e responsabilità. È un amministratore pubblico: un decisore che gestisce e regola interessi pubblici. Non sembri un'osservazione vacua: le conseguenze di una errata gestione di quegli interessi non ricadranno sul datore di lavoro, o almeno non immediatamente. Chi *prima* ne subirebbe gli effetti negativi è la collettività. Ne deriva che la scelta del dirigente dev'esser soggetta a garanzie di scrutinio e sindacabilità *pubbliche*. Proprio come un provvedimento amministrativo³².

³¹ Così A. POLICE, *Gli incarichi dirigenziali ...*, cit., 533: «la mancata aggettivazione del termine, non è affatto significativa dal punto di vista dell'interpretazione letterale per escludere la natura autoritativa o unilaterale del provvedimento».

³² A. POLICE, *Gli incarichi dirigenziali ...*, cit., rileva peraltro, in aggiunta, che «delle due l'una, ci dice la cassazione, [gli incarichi dirigenziali, n.d.r.] o sono atti di macro organizzazione e quindi atti di natura pubblicistica, ovvero sono atti che rifluiscono nella gestione del rapporto di lavoro e come tali sono assunti da soggetti preposti alla gestione di questi rapporti, come datori di lavoro quindi in pieno diritto privato. Anche questa argomentazione appare poco convincente, soprattutto se riferita agli incarichi dirigenziali apicali. Come è a tutti noto, l'atto (il provvedimento, amministrativo o meno che sia), è un provvedimento che viene deliberato dal Presidente del Consiglio dei Ministri e viene adottato con un decreto del Presidente della Repubblica. Ora senza indulgere sul dato formale del processo di deliberazione di questo atto, è evidente che questi due organi, il Presidente del Consiglio dei Ministri e il Presidente della Repubblica non possono in nessun caso essere equiparati a organi preposti alla gestione con i poteri del privato datore di lavoro. È indubbio cioè che, al di là del fatto che lo si qualifichi come provvedimento, o che lo si chiami in altro modo, un atto riveniente dalla deliberazione del Presidente del Consiglio dei Ministri con la massima sanzione del decreto del Presidente della Repubblica non possa in nessun caso essere considerato un atto di gestione di rapporti di lavoro» (534). L'A. supera agilmente anche l'ultima argomentazione della Cassazione a sostegno della natura

4. *Sulla natura pubblica della revoca (e del conferimento) degli incarichi dirigenziali*

Di questi aspetti, nonostante tutto, è consapevole la stessa giurisprudenza che attribuisce natura di atto gestionale privato alla revoca dell'incarico dirigenziale: la quale – pur ritenendo che agli atti di (conferimento e) revoca degli incarichi non si applicano le garanzie della l. n. 241/1990 – assicura comunque garanzie procedurali. Garanzie di contraddittorio, di partecipazione e di difesa. E di motivazione, che non si ritiene sufficientemente perspicua se la revoca dell'incarico dirigenziale si fonda su ragioni di mera preferenza a favore di un altro soggetto.

Per evitare la contraddizione che non consente, questa giurisprudenza ha almeno l'accortezza di qualificare queste garanzie – in realtà tipiche e specifiche dell'azione *amministrativa ex art. 1*, l. n. 241/1990 – come mere specificazioni dei canoni *privatistici* di correttezza e buona fede.

Soluzione insoddisfacente perché queste sono garanzie poste sì a tutela del dirigente revocato, ma hanno ragion d'essere anche (o sopra tutto) a tutela dell'interesse *pubblico*: confinarle nel solo ambito privatistico degli obblighi di correttezza e buona fede non solo non spiega teoricamente i vincoli procedurali, ma mette anche in evidenza la debolezza della ricostruzione della Cassazione. Come detto, il provvedimento di conferimento o di revoca dell'incarico dirigenziale è soggetto a regole siffatte di proceduralizzazione e motivazione, *non solo* (o non soltanto) a beneficio dell'incaricato (come nel diritto comune); ma anche nell'interesse pubblico.

Mentre le clausole generali di correttezza e buona fede sono previste a garanzia della parte contrattuale, le norme relative all'attività amministrativa sono poste anche (ma non solo) nell'interesse del nominato.

D'altra parte, la scarsa coerenza sistemica che nasce dalla collocazione forzata di questi rapporti nell'alveo del diritto comune traspare anche in altre pronunce.

Si pensi alla giurisprudenza costituzionale sullo *spoils system* ricordata più sopra: ammette la revoca automatica dei dirigenti solo per gli

privata degli incarichi, ovvero l'impossibilità di derogare ai contratti collettivi: circostanza indifferente alla natura giuridica del conferimento e della revoca.

incarichi che hanno peculiare natura fiduciaria e che non sono caratterizzati da competenze gestionali, radicati cioè nell'adesione all'orientamento politico dell'organo nominante. Secondo quella stessa giurisprudenza³³, tuttavia, per gli altri incarichi dirigenziali i relativi atti di nomina e revoca devono essere assistiti da garanzie procedurali e motivazionali dei provvedimenti amministrativi, in assenza delle quali si lascerebbe all'arbitrio dell'organo politico la scelta della figura dirigenziale di preferenza e si lederebbe, di conseguenza, il principio di buon andamento dell'Amministrazione sancito dall'art. 97 Cost.³⁴.

Analoghe incertezze suscita la distinzione tra procedure concorsuali e procedure selettive³⁵: questo mercuriale criterio discretivo determi-

³³ V. anche Corte cost., 23 marzo 2007, nn. 103 e 104.

³⁴ Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 15, per la quale la disposizione statale che «prevede un meccanismo di decadenza automatica da incarico dirigenziale, con risoluzione del connesso contratto di lavoro a tempo determinato [...] incide negativamente sul buon andamento dell'amministrazione e lede al contempo, in modo irragionevole, la tutela dell'affidamento che i lavoratori interessati riponevano sulla naturale durata dell'incarico dirigenziale e quindi del rapporto di lavoro a tempo determinato ad esso connesso. Infatti, sono compatibili con l'art. 97 Cost. le disposizioni, statali e regionali, introducendo meccanismi di decadenza automatica di incarichi dirigenziali dovuti a cause estranee alle vicende del rapporto d'ufficio, sottratta a qualsiasi valutazione dei risultati conseguiti, solo qualora tali meccanismi siano riferiti a titolari di incarichi dirigenziali che comportino l'esercizio di funzioni amministrative attuative degli indirizzi politici. Per il rimanente personale dirigenziale, cui sono riconducibili gli incarichi dirigenziali in questione conferiti ai sensi dell'art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165 del 2001 per i quali si applicano le previsioni normative relative alla fissazione di obiettivi per l'incarico stesso, alla verifica dei risultati conseguiti, al regime della responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21 del medesimo d.lgs. n. 165 del 2001 i meccanismi di decadenza automatica, o meramente discrezionale, sono invece incompatibili con l'art. 97 Cost.».

³⁵ In linea di massima si dovrebbe ritenere che una procedura concorsuale implichi la selezione per titoli, esami e la formazione di una graduatoria; mentre la competizione selettiva per *curricula* comporti solo una scelta di tipo fiduciario tra più candidati sulla base non dei titoli, bensì dell'adeguatezza del profilo professionale. V., tra le altre, Cons. St., sez. V, 10 ottobre 2017, n. 4684: «È devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia originata dall'impugnazione di atti di una procedura selettiva finalizzata al conferimento di incarichi dirigenziali a carattere non concorsuale atteso che – mentre per concorso s'intende la procedura di valutazione comparativa sulla base dei criteri e delle prove fissate in un bando da parte di una commissione esaminatrice con poteri decisori e destinata alla formazione di una graduatoria finale di merito dei candidati – al di fuori di questo schema l'individuazione del soggetto, cui conferire

rebbe il riparto di giurisdizione circa il conferimento di incarichi dirigenziali³⁶. Addirittura si possono leggere pronunce che parlano di procedure «para-concorsuali»³⁷ per opporle alle nomine *intuitu personae*: procedure che non sono concorsi pubblici, ma somigliano.

Queste procedure selettive – non concorsuali, sia chiaro – radicherebbero la giurisdizione del Giudice ordinario, il quale tuttavia non può fare a meno di innervarle di garanzie che, in realtà, hanno natura e *ratio* (seppur travestite da buona fede e correttezza civilisticamente intese)

l'incarico, costituisce invece l'esito di una valutazione di carattere discrezionale, che rimette alla Pubblica amministrazione la scelta, del tutto fiduciaria, del candidato da collocare in posizione di vertice, ancorché ciò avvenga mediante un giudizio comparativo tra curricula diversi»; in senso analogo Tar Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 25 novembre 2019, n. 488: «Non rientrano nelle procedure concorsuali riservate alla giurisdizione esclusiva del G.A. le selezioni per il conferimento di incarichi dirigenziali, atteso che le assegnazioni di tali incarichi anche se precedute da una fase selettiva (ad esempio, tramite interpello, come accade nella specie), rivestono il carattere di determinazioni negoziali assunte dall'Amministrazione con i poteri e le capacità del datore di lavoro privato; il che comporta, come si desume dall'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001, il rispetto da parte della P.A. di criteri generali di correttezza e buona fede, applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.». Da ultimo e nello stesso senso, v. CGA Sicilia, sez. giurisdizionale, 16 marzo 2020, n. 171.

³⁶ Cons. St., sez. III, 29 aprile 2019, n. 2774: «Le controversie relative al conferimento degli incarichi dirigenziali, anche se implicante l'assunzione a termine di soggetti esterni, sono di pertinenza del giudice ordinario purché la selezione del destinatario dell'incarico non abbia carattere concorsuale».

Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 15 febbraio 2019, n. 173: «ai fini dell'attribuzione della giurisdizione, allorquando si tratti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (salve le eccezioni relative ai rapporti di lavoro di cui all'art. 1, n. 4, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che qui non si riscontrano) non rileva la tipologia contrattuale adottata, ovverosia se essa sia subordinata, parasubordinata o autonoma, venendo comunque in considerazione un accordo di natura privatistica. Ciò che rileva, differenzialmente, è solo il tratto della procedura concorsuale finalizzata all'assunzione, ovverosia l'unico segmento nel quale riemerge, per espressa volontà legislativa, l'ordinario criterio di riparto fondato sul binomio diritto soggettivo - interesse legittimo. [...] L'assenza di una procedura concorsuale esclude quindi in radice il ricorso del presupposto cardine per il radicamento della giurisdizione in capo al Giudice amministrativo».

³⁷ Tar Lombardia, Milano, sez. III, 03 giugno 2019, n. 1270: «Gli enti locali qualora intendano affidare incarichi di responsabilità dirigenziale con contratti a tempo determinato devono svolgere procedure con valenza para-concorsuale, non potendo effettuare le scelte *intuitu personae*».

pubblicistiche³⁸: predeterminazione da parte della p.A. di criteri selettivi, rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento *ex art. 97 Cost.*, previsione di forme di partecipazione ai processi decisionali³⁹, motivazione, adeguatezza della figura professionale all'incarico *pubblico*⁴⁰.

Ancor più evidenti sono le letture pubblicistiche nella scelta della figura dirigenziale in quella giurisprudenza (stavolta, amministrativa) relativa al conferimento d'incarichi a dirigenti esterni: la p.A. in quel caso deve contemperare ancor più attentamente gli interessi pubblici, in os-

³⁸ App. Roma, sez. lav., 7 febbraio 2019, n. 196: «In tema di impiego pubblico privatizzato, nell'ambito del quale anche gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali rivestono la natura di determinazioni negoziali assunte dall'amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, le norme contenute nell'art. 19, comma 1, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 obbligano l'Amministrazione datrice di lavoro al rispetto dei criteri di massima in esse indicati, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede (art. 1175 e 1375 cod. civ.), applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.. Tali norme obbligano la P.A. a valutazioni comparative, all'adozione di adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte; laddove, pertanto, l'Amministrazione non abbia fornito nessun elemento circa i criteri e le motivazioni seguiti nella selezione dei dirigenti ritenuti maggiormente idonei agli incarichi da conferire, è configurabile inadempimento contrattuale, suscettibile di produrre danno risarcibile».

³⁹ V. Cons. St., sez. V, 10 settembre 2010, n. 6539, il quale si spinge a sostenere – in modo tanto commendevole, quanto poco lineare – che il rispetto delle norme di diritto procedimentale (amministrativo) deve avvenire «a prescindere dalla natura giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato, dell'incarico dirigenziale», sì da consentirne comunque un controllo giurisdizionale: «ciò anche al fine di garantire – attraverso la esternazione delle ragioni che stanno alla base della determinazione assunta dall'organo politico – scelte trasparenti e verificabili, in grado di consentire la prosecuzione dell'attività gestoria in ossequio al precetto costituzionale della imparzialità dell'azione amministrativa».

⁴⁰ App. Catanzaro, sez. lav., 16 ottobre 2019, n. 1100: «In tema di lavoro pubblico (dipendenze di un ente locale), alla qualifica dirigenziale corrisponde soltanto l'attitudine professionale all'assunzione di incarichi dirigenziali di qualunque tipo e non consente, perciò, – anche in difetto della espressa previsione di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001, stabilita per le Amministrazioni statali – di ritenere applicabile l'art. 2103 c.c., risultando la regola del rispetto di determinate specifiche professionalità acquisite non compatibile con lo statuto del dirigente pubblico».

sequio – tra gli altri – al principio di economicità⁴¹. Il diritto giurisprudenziale in materia di autonomie territoriali è chiaro: «La procedura finalizzata alla copertura dei posti di responsabili dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, mediante contratto a tempo determinato, ai sensi dell'art. 110, comma 1, del TUEL, non può derogare dal rispetto delle prescrizioni dell'articolo 19, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001, il quale fornisce due fondamentali e correlate indicazioni: 1) l'incarico può essere conferito a soggetti esterni a condizione che la correlata professionalità sia "non rinvenibile nei ruoli dell'Amministrazione"; occorre, quindi, preliminarmente dimostrare, l'assenza totale nei ruoli dell'amministrazione di persone aventi la professionalità necessaria; 2) gli "incarichi sono conferiti, fornendone esplicita motivazione", la quale è funzionale alla verifica della particolare e comprovata qualificazione professionale, richiesta ai funzionari da sottoporre a selezione, e della insussistenza di professionalità equivalenti all'interno dell'ente, anche ai fini del controllo della Corte dei conti sugli atti di conferimento dei predetti incarichi. Difatti, atteso che ogni ente pubblico ha una sua organizzazione e un suo personale, è con questa organizzazione e con questo personale che l'ente deve attendere alle sue funzioni: la possibilità di ricorrere a personale esterno è quindi ammessa solo nei limiti ed alle condizioni in cui la legge la preveda»⁴².

⁴¹ Tar Lazio, Roma, sez. I, 21 settembre 2011, n. 7481: «In sede di conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni l'amministrazione deve operare una adeguata comparazione tra l'interesse pubblico all'assegnazione dell'incarico all'esterno e gli altri interessi e posizioni giuridiche confliggenti, tra i quali assume preminenza l'aspetto economico, visti i tempi di crisi che investono la spesa pubblica e le particolari esigenze di "risparmio" oggi sussistenti (nella fattispecie, il Tribunale ha dichiarato illegittima la deliberazione di conferire all'esterno l'incarico per difetto di motivazione)».

⁴² Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 17 luglio 2019, n. 456. La giurisdizione amministrativa, per alcuni Tribunali, si radica con forza. V. per esempio Tar Toscana, Firenze, sez. I, 30 gennaio 2019, n. 141: «La decisione dell'amministrazione di ricercare all'esterno, piuttosto che nella sua dotazione organica, professionalità idonee a ricoprire incarichi dirigenziali è frutto di una potestà discrezionale dell'ente di auto organizzazione mediante atti che non sono finalizzati direttamente alla gestione del singolo rapporto, ma che su di esso incidono dall'esterno e solo in via riflessa: si tratta di atti che per loro natura sono sottratti al sindacato del giudice ordinario, perché riguardano una fase prodromica alla costituzione di un rapporto di lavoro, e più precisamente alla scelta a monte che attiene alla stessa organizzazione e alle modalità di soddisfare il fabbisogno di

Ancora, la dirigenza è soggetta agli obblighi di trasparenza *ex d.lgs. n. 33/2013*: lo ha ribadito la Consulta in una pronuncia del 2019⁴³, secondo cui «è costituzionalmente legittimo l'obbligo per i titolari di incarichi dirigenziali di pubblicare i dati di cui all'art. 14, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 33/2013, ovvero i compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica, nonché gli importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici, essendo la piena conoscibilità di tali dati proporzionata alle finalità perseguite dalla normativa sulla trasparenza amministrativa, per consentire, in forma diffusa, il controllo sull'impiego delle risorse pubbliche, nonché la valutazione di congruità – rispetto ai risultati raggiunti e ai servizi offerti – di quelle utilizzate per la remunerazione dei soggetti responsabili, a ogni livello, del buon andamento della p.a.»⁴⁴.

risorse umane, analogamente a quanto avviene nei casi in cui l'amministrazione decida di coprire il posto vacante non già attraverso lo scorrimento delle graduatorie, ma con l'indizione di un nuovo concorso».

Peraltro non v'è uniformità di vedute sul riparto. La Cassazione la trattiene anche in relazione a queste fattispecie sulla scorta del già citato criterio distintivo tra concorso e selezione. V. per esempio Cass. civ., sez. un., 28 febbraio 2019, n. 6040: «In tema di riparto di giurisdizione nelle controversie relative ai rapporti di lavoro pubblico privatizzato, va devoluta alla cognizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, la cognizione sull'impugnazione di una procedura d'interpello per il conferimento nazionale di incarichi dirigenziali che, sebbene aperta a soggetti esterni e caratterizzata da una pluralità articolata di fasi, abbia natura sostanzialmente non concorsuale; il principio di concentrazione delle tutele non consente, tuttavia, di sottrarre alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo l'impugnazione dell'atto di macro organizzazione, presupposto della procedura selettiva, con cui, contestando una scelta organizzativa conseguente all'esercizio del potere autoritativo da parte dell'amministrazione, si lamenti la lesione di una posizione di interesse legittimo. (Nella specie, la S.C. ha dichiarato la giurisdizione del g.a. in ordine all'impugnazione del d.m. istitutivo del Parco archeologico del Colosseo, e quella del g.o. sulla parte di domanda relativa agli atti della procedura selettiva di nomina del direttore del Parco suddetto)».

⁴³ Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20.

⁴⁴ La pronuncia peraltro dichiara costituzionalmente illegittima l'estensione di quest'obbligo a tutta la categoria dei dirigenti, quando sembrerebbe più opportuno limitare un obbligo tanto pervasivo (pubblicazione di dati concernenti i diritti reali su beni immobili e su beni mobili iscritti in pubblici registri, le azioni di società, le quote di partecipazione a società e l'esercizio di funzioni di amministratore o di sindaco di società, nonché la copia dell'ultima dichiarazione dei redditi soggetti all'imposta sui redditi delle persone fisiche, con obblighi estesi al coniuge non separato e ai parenti entro il secondo

5. *L'interesse pubblico quale elemento decisivo per la natura giuridica degli incarichi e per le forme di tutela*

Il sistema ordinamentale incontra insomma molte difficoltà a inquadrare l'istituto della dirigenza pubblica nell'ambito del diritto privato.

L'inadeguatezza del trarre da una norma processuale conseguenze sulla natura degli incarichi dirigenziali si disvela repentinamente se solo si guarda all'unico vero elemento dirimente della *quaestio*: gli interessi della collettività, cioè la sostanza del *munus* affidato alla competenza del dirigente.

Non mi pare questione di *soggettività*, bensì di *oggettività* pubblica degli interessi: il datore di lavoro pubblico non può esser assimilato a quello privato.

Già Federico Cammeo ci ricordava che il potere pubblico ha molti più limiti rispetto al "potere privato": il Maestro parlava giustamente di un'Amministrazione *infinitamente meno libera*⁴⁵. Né occorre indugiar

grado, ove gli stessi vi abbiano consentito e salva la necessità di dare evidenza al mancato consenso) solo ai dirigenti apicali (previsti dall'art. 19, commi 3 e 4, d.lgs. n. 165/2001, ovvero rispettivamente il Segretario generale di ministeri e di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali; e i dirigenti di livello generale) in ragione della peculiare funzione da loro svolta: «le competenze loro attribuite rendono manifesto lo svolgimento, da parte loro, di attività di collegamento con gli organi di decisione politica, con i quali il legislatore presuppone l'esistenza di un rapporto fiduciario, tanto da disporre che i suddetti incarichi siano conferiti su proposta del ministro competente, e quindi di compiti di elevatissimo rilievo, il che rende non irragionevole, allo stato, il mantenimento in capo ad essi proprio degli obblighi di trasparenza di cui si discute».

⁴⁵ La naturale disparità fra interesse pubblico e interesse privato costituisce il motivo fondante del garantismo liberale che, all'idea della libertà degli apparati, sostituisce l'idea opposta di un'Amministrazione «infinitamente meno libera dei privati»: «sono *i maggiori doveri*, ed *i maggiori vincoli*, della amministrazione a rendere difficile il contratto, e non *i suoi maggiori poteri*, il suo essere costituzionalmente espressione di sovranità politica» (M. FIORAVANTI, *I presupposti costituzionali dell'opera giuridica di Federico Cammeo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXII, 1993, 165 ss., e in *La scienza del diritto pubblico*, Milano, 2001, 519 ss.). B.G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2006, 909 ss., individua nel momento fortemente autoritario l'origine del diritto amministrativo, come «diritto di privilegio», strumentale alla soddisfazione degli interessi dello Stato: «il diritto amministrativo era concepito come un sistema di rapporti

troppo sul pensiero di Giannini per rammentare che discrezionalità amministrativa non è libertà né autonomia privata⁴⁶.

Cristiano Celone dice bene: «il potere di conferimento e revoca dell'incarico è soggetto, pertanto, a limiti e regole che hanno specifici contenuti e finalità di carattere pubblicistico, in quanto non sono semplicemente diretti alla esclusiva protezione dei soggetti sottoposti al potere datoriale dell'amministrazione, come avviene a fronte dell'esercizio di poteri da parte del datore di lavoro privato, ma sono anche e principalmente diretti a garantire, sul piano organizzativo e funzionale, il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento della stessa amministrazione»⁴⁷.

Tutto ciò ha inevitabili ricadute sulla tutela processuale, che – sebbene (e purtroppo) attribuita *ex lege* al Giudice ordinario⁴⁸ – guarda al

bilaterali diseguali. Diseguali perché, nelle famose parole di Vittorio Emanuele Orlando, “lo Stato, anzitutto, nell'agire, comanda”». È solo in un secondo momento, che il polo libertario reagisce: «questa concezione del diritto amministrativo, sbilanciata sul versante dell'autorità, era determinata anche dal contesto storico e dall'esigenza, esplicitamente indicata ai giuspubblicisti da Orlando, di contribuire alla costruzione dello Stato unitario. Ma l'aggressività e l'invasione del potere statale non potevano non determinare una reazione, che doveva far emergere con più forza la dimensione garantistica del diritto amministrativo, la quale peraltro era stata presente fin dalla sua nascita». Il «momento della libertà», come lo chiama l'A., emergerà con tutta la sua forza nella seconda metà del ventesimo secolo.

⁴⁶ Così il Maestro le distingue nel suo notissimo lavoro monografico dal titolo *Il potere discrezionale della pubblica Amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 13-14: «essendo il potere discrezionale un potere libero per definizione, ossia un potere la cui caratteristica fondamentale è di essere ordinato in una sfera di libera disposizione dell'agente, inavvertitamente si tende a qualificare anche l'attività discrezionale allo stesso modo, come attività essenzialmente libera, dimenticando che essa, in quanto attività, ossia insieme organico di azioni, deve ricevere qualche altra qualifica per poter essere definita. [...] la discrezionalità non va assimilata all'autonomia privata. Qui ci limitiamo solo a rilevare come, dicendo che ambedue i poteri, quello del privato e quello dell'autorità in sede di discrezionalità, sono poteri liberi, bisogna ben guardarsi dal qualificare come libere allo stesso modo le due attività corrispondenti, perché non attraverso il potere si può escludere una qualifica a un'attività, ma al contrario; solo l'attività privata ha veramente come qualifica essenziale una “libertà”».

⁴⁷ C. CELONE, *op. cit.*, 268.

⁴⁸ M. MAZZAMUTO, *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, n. 1/2018, e in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, cit., 283

bisogno di protezione del dirigente nominato o revocato (e dunque dei suoi interessi lavorativi privati), *ma guarda anche, di necessità, agli interessi pubblici*.

L'interesse della collettività e i principi di cui all'art. 97 Cost. sviluppano una forza traente così intensa da indirizzare l'orientamento di un giudice pur privo di adeguati attrezzi per sindacare il potere pubblico: la stessa tutela reale e quella risarcitoria assicurate al dirigente sono infatti da lui *funzionalizzate* all'interesse collettivo. Si leggono invero pronunce del g.o. in base alle quali la differenza di tutela fra lavoro privato e pubblico si fonda sull'interesse all'imparzialità e al buon andamento dell'Amministrazione: nel risolvere il rapporto di lavoro col dirigente, la p.A. deve comunque garantire il rispetto degli interessi pubblici, i quali sarebbero invece pregiudicati da un sistema normativo che prevedesse la cessazione automatica dagli incarichi dirigenziali (al di fuori delle ristrette ipotesi di *spoils system*). Vige insomma il principio della continuità soggettiva (almeno tendenziale) del *munus*. Si spiega allora il motivo per cui la Consulta⁴⁹ ritiene insufficiente, per il dirigente illegittimamente rimosso dall'incarico, la sola tutela risarcitoria: la quale può soddisfare l'interesse privato, ma non ristora in alcun modo la lesione degli interessi pubblici.

ss., sostiene che il giudice del lavoro manifesta comunque una ritrosia nell'esercizio dei suoi poteri nella materia del lavoro pubblico, seppur privatizzato. In proposito l'A. cita P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 752-758: «l'ampiezza del potere sostitutivo riconosciuto al giudice in questo settore non si è tramutata ipso facto nella sostituzione dell'amministrazione nelle decisioni organizzative e gestionali, se non quando queste ultime si presentano integralmente vincolate dalla legge»; «nel caso del rapporto di lavoro privatizzato, l'infungibilità può assumere una capacità di "resistenza" addirittura superiore rispetto a settori nei quali l'amministrazione opera nell'esercizio di una funzione in senso formale, perché non è la conseguenza soltanto di una scelta del legislatore ma, prima ancora, del sostrato costituzionale dell'autonomia riconosciuta nel settore privato al soggetto che assume la posizione di datore di lavoro»; «l'attribuzione al giudice di pur ampi poteri sostitutivi non consente di per sé una sostituzione piena dell'amministrazione».

⁴⁹ Corte cost., 24 ottobre 2008, n. 351, con commenti di F. CORTESE, *Spoils system e illegittima rimozione di dirigenti pubblici: la Corte costituzionale afferma l'inderogabilità della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Le Regioni*, n. 1/2009, 114 ss.; M. MAGRI, *L'incostituzionalità dello spoils system e la reintegrazione del dirigente*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2009, 511 ss.

Vero è, peraltro, che vi sono ipotesi (lo ha ben rilevato Celone) nelle quali la tutela risarcitoria contro la revoca illegittima potrebbe essere addirittura preferibile rispetto a quella reale, perché «più consona alla salvaguardia delle esigenze di interesse pubblico»: è il caso del dirigente reintegrato che non garantisce «la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico in ambito amministrativo»⁵⁰.

Sostengo in definitiva il radicamento della giurisdizione in materia di incarichi dirigenziali dinanzi al Giudice amministrativo: l'unico in grado di tutelare *sia* il privato, *sia* l'interesse pubblico.

Non è questione di un pluralismo giurisdizionale che nasconderebbe particolarismi subdoli⁵¹. Che il giudice amministrativo sia *naturalmente* vocato a conoscere degli incarichi dirigenziali nelle Amministrazioni pubbliche, è opinione già sostenuta⁵², e convince.

L'attività del dirigente è quella più a contatto diretto con la gestione "alta" degli interessi *pubblici*: un rilievo tanto ovvio, quanto troppo spesso ignorato.

La discussione sulla possibilità e sui limiti (anche democratici) di un consequenzialismo giurisprudenziale è iniziata da poco⁵³: il giudice am-

⁵⁰ C. CELONE, *op. cit.*, 286.

⁵¹ A. GUARDIANO, *Appunti sull'unità delle giurisdizioni*, in *Quest. giust.*, n. 3/2015, 118 ss., afferma che dietro l'elegante espressione del pluralismo delle giurisdizioni «si nasconde quella storicamente assai più verace e concreta di particolarismo. Pluralismo significa – in termini nobili – apertura al relativo, legittimazione d'una varietà di voci, spazio alla libertà di perseguire scopi diversi da parte di ciascuno, purché compatibili con quelli altrui; e così via. Ma questi nobili spazi della politicità umana non sono certo facilitati dalla pluralità delle giurisdizioni, perché della giurisdizione è creare sicurezze, indicando a ciascun consociato quel che può fare e cosa deve aspettarsi dalle sue azioni, poste in essere nell'ambito plurale delle possibilità che il patto sociale gli consente. Non è moltiplicando le giurisdizioni che s'accresce l'auspicato pluralismo; slargando gli organi competenti a dichiarare il diritto, si accresce la confusione ed il rischio che quegli ambienti che sono riusciti a strappare una giurisdizione propria, quanto meno riescano a condizionarla culturalmente (per non dire altro) e dunque intervengano sul processo di formazione dell'*habitus* del giudice, inculcando, più o meno avvertitamente (per lo più in una condizione intermedia), gerarchie di valori che sono la negazione della terzietà».

⁵² A. POLICE, *Gli incarichi dirigenziali*, cit., spec. 539.

⁵³ Si v. in argomento il recentissimo volume di V. CAPASSO, *Giudici consequenzialisti. La modulazione temporale degli effetti delle pronunce tra efficacia ultra partes ed effettività della tutela*, Napoli, 2020.

ministrativo è nettamente avvantaggiato anche da quest'angolo visuale. Poiché le sue decisioni si confrontano con interessi sostanzialmente disomogenei⁵⁴, egli è da sempre aduso – fuor d'ipocrisia – a valutare l'impatto d'un esercizio improprio dello *ius dicere*.

Ma al di là di queste mie posizioni di parte, resta il dato oggettivo: nel conferimento e nella revoca degli incarichi dirigenziali l'interesse pubblico vigoreggia come fattore genetico di un'insopprimibile specialità.

Tanto da torcere in quella direzione persino i poteri di un pur restio Giudice ordinario.

⁵⁴ A. TRAVI, *Giudizio civile e giudizio amministrativo: le ragioni e le espressioni della diversità*, in *L'Amministrazione pubblica*, cit., 67 ss.

SUSANNA E I VECCHIONI.
OVVERO DISCORRENDO SULLA NATURA
DEGLI INCARICHI DIRIGENZIALI
CON PIER LUIGI PORTALURI

di Aristide Police

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli incarichi dirigenziali e la funzione. – 3. Il *deficit* di tutela per i vizi della funzione.

1. *Premessa*

Queste poche pagine sono il frutto di un vivace e piacevole confronto con il mio colto Amico Pier Luigi Portaluri, e sono occasionate dal generoso invito di Cristiano Celone ad un Convegno sul tema della Responsabilità dirigenziale¹ nelle suggestive sale del Palazzo Steri di Palermo.

Le appassionate parole del Professor Portaluri con riguardo al tema assegnatoci hanno riportato alla mia memoria l'immagine biblica di Susanna oggetto delle morbide attenzioni dei vecchioni, una immagine peraltro mirabilmente rappresentata anche nei trecenteschi lacunari lignei della Sala dei Baroni del Palazzo che ha ospitato il nostro incontro. Come il Profeta Daniele con riguardo alla ingiusta sentenza pronunciata nei confronti di Susanna, così Portaluri nei confronti delle pronunce sul tema dei Giudici di oggi.

«Siete così stolti, Israeliti? Avete condannato a morte una figlia d'Israele senza indagare la verità! Tornate al tribunale, perché costoro hanno depresso il falso contro di lei»» (Daniele, 13, 48-49).

¹ In occasione della pubblicazione dell'interessante studio monografico, C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018.

2. *Gli incarichi dirigenziali e la funzione*

Il riferimento è alla giusta critica all'orientamento consolidato della Cassazione, secondo cui «nell'impiego pubblico contrattualizzato, per gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali, che rivestono la natura di determinazioni negoziali assunte dall'Amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro – in base agli artt. 1175 e 1375 c.c., applicabili alla stregua dei principi di cui all'art. 97 Cost. – la p.a. è tenuta ad adottare adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle proprie scelte, sicché, laddove tale regola non venga rispettata, è configurabile un inadempimento contrattuale suscettibile di produrre danno risarcibile dinanzi al giudice ordinario».

Non si può non condividere la critica rivolta a questa giurisprudenza ed alla dottrina giuslavoristica² per la sua riconduzione di tali atti nell'ambito del diritto privato.

Ma come mette in luce Portaluri, queste affermazioni sono però dissonanti con il granitico orientamento della Cassazione e del Consiglio di Stato che qualificano il conferimento e la revoca dell'incarico come atti di gestione del datore di lavoro, ovvero atti aventi natura *privata*.

Le ragioni del mio convincimento sono risalenti³, ma ad anni di distanza mi confortano le riflessioni di chi con esse conviene per ragioni non dissimili.

Si continua ad indagare il tema ancorati in una prospettiva oramai da tempo abbandonata, quella della natura dell'atto ed ignorando invece l'evoluzione che la dottrina da decenni ha compiuto affrancandoci da queste inutili (e vetuste) indagini e spostando l'attenzione sulla funzione, sul vincolo nel perseguimento di uno o più interessi pubblici. A cosa sono valse le riflessioni di Feliciano Benvenuti verrebbe da chiedersi?

In questo la riflessione di Cristiano Celone, sia pure con la prudenza e l'equilibrio che gli sono propri, ci offre importanti stimoli e significative conclusioni. Celone infatti ricorda molto acutamente come «il pote-

² Cfr. l'ampia bibliografia citata da C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 262, nota 15 ss.

³ Sia consentito rinviare ad A. POLICE, *Gli incarichi dirigenziali, le dispute di Pomponazzi e le garanzie del diritto pubblico*, in *Dir. econ.*, n. 3-4/2009, 529 ss.

re di conferimento e revoca dell'incarico (sia) soggetto a limiti e regole che hanno specifici contenuti e finalità di carattere pubblicistico, in quanto non sono semplicemente diretti alla esclusiva protezione dei soggetti sottoposti al potere datoriale dell'amministrazione, come avviene a fronte dell'esercizio di poteri da parte del datore di lavoro privato, ma sono anche e principalmente diretti a garantire, sul piano organizzativo e funzionale, il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento della stessa amministrazione»⁴.

3. Il deficit di tutela per i vizi della funzione

E se si passa dal piano del potere a quello delle tutele nei confronti del potere funzionalizzato, non possono che condividersi le posizioni di Pier Luigi Portaluri laddove conclusivamente rileva come “nel conferimento e nella revoca degli incarichi dirigenziali l'interesse pubblico viaggia come fattore genetico di un'insopprimibile specialità. Tanto da torcere in quella direzione persino i poteri di un pur restio Giudice ordinario”.

Ma tale “torsione” non è certo sufficiente ad assicurare una adeguata garanzia contro l'eccesso di potere “per vizio della funzione”.

Nonostante gli encomiabili sforzi dei giudici del lavoro per maturare rapidamente una cultura di sindacato del “potere” analogo a quello distillato in più di un secolo dai giudici amministrativi, evidenti sono i limiti di quel processo per sanzionare i vizi della scelta discrezionale.

C'è quindi da augurarsi che sul punto la riflessione dei giuristi e dei giudici ritorni con occhi nuovi e non con quelli dei concupiscenti vecchi, lasciando Susanna nell'acqua limpida del suo bagno, quella del potere discrezionale fermamente ancorato alla funzione.

⁴ C. CELONE, *op. cit.*, 268.

LA RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE TRASFIGURATA E LA DISCIPLINA DELLE REGIONI SPECIALI

di Gaetano Armao

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: l'amministrazione e "il treno va". – 2. La responsabilità dirigenziale e la sua crisi. – 3. La responsabilità dirigenziale nell'ordinamento delle Regioni speciali con particolare riferimento a quello siciliano.

1. *Considerazioni introduttive: l'amministrazione e "il treno va"*

L'ancoraggio ai principi costituzionali della responsabilità dirigenziale, se non può sfuggire, secondo consolidata dottrina¹, agli artt. 97 e 113 della Cost., trova un riferimento indefettibile nel diritto alla buona amministrazione², declinazione ampliata dal diritto europeo del principio di buon andamento cui è tenuta l'amministrazione pubblica.

Quest'ultima, perduta l'originaria configurazione di blocco a guida politica e sistema servente, ha assunto, non senza contraddizioni, quella di un sistema poliedrico ed articolato nel quale opera la c.d. distinzione di funzioni³ nella prospettiva del "*dovere di buona ammi-*

¹ Per una ricostruzione dell'istituto in materia si veda, da ultimo, al quale si rinvia altresì per i riferimenti in dottrina C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018.

² In dottrina v. D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione*, in http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Sora/Sorace_buona_amministrazione_14_03_08.pdf. S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in <https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2019/04/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona-27-marzo.pdf> e M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *www.ius-publicum.com*, 2011, 14.

³ Cfr. S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2012, 39 e ss.; L. CASINI, *La (mancata) separazione tra politica e amministrazione in Italia*, in ID. (a cura di), *Venti anni di politica e amministrazione in Italia*, Roma, 2014, 13, per il quale l'esercizio delle competenze dirigenziali è ancora li-

nistrazione” il cui riferimento è la qualità e l’efficienza del servizio al cittadino⁴.

Ed in tale contesto la responsabilità dirigenziale costituisce l’imprescindibile *pendant* dell’autonomia del dirigente nella gestione delle risorse umane, finanziarie e strumentali funzionale ad un sistema amministrativo che perde la propria connotazione piramidale per divenire reticolare e policentrico.

Come nell’evoluzione dell’ingegneria ferroviaria, ove con l’alta velocità si è passati dai treni a motrice separata a quelli a motrice ripartita, nei quali non vi è più una locomotiva di testa, con un sistema trainato e servente di carrozze, ma è l’intero treno dotato di motori sincronici che spinge la corsa e contemporaneamente, gestisce la frenata. Il treno diviene, così, un sistema complesso e sinergico, caratterizzato da una trazione strutturata e modulare, risultante della spinta di ogni carrozza, collegata alle altre da assorbitori idraulici dell’energia d’urto, ferma restando l’allocazione della cabina di guida in testa.

mitato: permangono infatti i “*condizionamenti dell’ancien régime burocratico (commissioni interne; cogestione sindacale; rigidità dei procedimenti di organizzazione e di spesa)*” e “*la distinzione tra funzioni di politici e dirigenti si sia assestata su un crinale diverso da quello voluto dalla legge: non tra indirizzo e gestione, ma in base al rilievo politico e amministrativo delle singole decisioni da adottare*”, il che trova conferma “*nella totale assenza di capacità di policy-formulation*” degli ultimi esecutivi”.

⁴ Il riferimento è allo studio, ormai risalente, ma preconizzante scenari futuri, dello studioso dell’Università di Palermo G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953. Secondo l’A. il dovere di buona amministrazione, che costituisce la sintesi di imparzialità e buon andamento, è imposto dalla Costituzione (129); tale dovere, infatti, “*nell’esercizio di una funzione in genere, non si pone tanto come dovere etico o come mera aspirazione deontologica, quanto come dovere attuale e squisitamente giuridico*” (87) e questo nel prisma del precetto sancito dall’art. 97, Cost., cioè in quanto “*quando si sostiene la necessità di una buona amministrazione non si vuole far riferimento ad un criterio medio, né precisare che, nello svolgimento di una funzione di qualsiasi natura essa sia, il relativo titolare deve uniformarsi ad un prototipo di buon amministratore ad agire come questo si comporterebbe normalmente, ma si vuole sostenere che quello deve, attraverso la sua attività perseguire i fini che della funzione formano oggetto ed ancora che ciò deve realizzare in maniera quanto più e quanto è meglio possibile in quanto soltanto mediante una buona amministrazione si può ottenere il soddisfacimento del fine insito nella funzione, la tutela cioè di un particolare interesse*” (62).

L'apparato amministrativo e la sua evoluzione hanno in tal guisa molti elementi di similitudine con il nuovo treno.

Nell'amministrazione pubblica, ad un sistema verticistico a guida politica e struttura servente burocratica si è progressivamente sostituito il sistema complesso, nel quale convivono integrazione e distinzione, ma la cui continuità è garantita dalla ripartizione della trazione a motori sincroni e dal buon funzionamento degli assorbitori idraulici dell'energia d'urto che compensano le spinte di trazione ed inerziali.

L'avvento della responsabilità dirigenziale concreta la prospettiva del riconoscimento della rilevanza del buon andamento in termini di organizzazione e coordinamento fra poteri, che si aggiunge, ma al contempo si differenzia profondamente dalle altre forme di responsabilità (disciplinare, penale, civile, amministrativo-contabile), e si riconnette ai fondamenti del rapporto distintivo tra politica ed amministrazione⁵ ed a quelli relativi ai temi dell'efficienza amministrativa e dell'amministrazione per risultati⁶.

La responsabilità dirigenziale, in tal guisa, proprio perché attiene alla fascia più alta dell'impiego presso le pubbliche amministrazioni, e quindi a quella più prossima alla politica sia per le forme di preposizione che per l'attività svolta, concretizza in termini più tangibili le tensioni ed in taluni casi anche le contraddizioni cui è sottoposto il rapporto tra vertici politici ed apicali burocratici. E se la legalità costituisce il parametro dell'azione, l'efficienza ne struttura il risultato, nel senso che la risalente prospettiva garantista dell'amministrazione è integrata dall'imprescindibile esigenza di congruità ed efficacia dell'azione⁷.

Continuità amministrativa e distinzione gestionale fungono, quindi, come i vettori, in taluni casi contrapposti, che innervano il tessuto con-

⁵ La questione della distinzione tra politica ed amministrazione (sulla quale v. B. CIMINO, *Profili funzionali: l'indirizzo e la gestione*, in *Venti anni di politica e amministrazione in Italia*, cit., 27 e ss.) si collega, anche per i rilevanti apporti della giurisprudenza costituzionale, a quella del c.d. *spoils system*. V. C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione: Contributo allo studio dei rapporti tra politica ed amministrazione*, Torino, 2017.

⁶ In merito per tutti M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004 e, più recentemente, M. DI NUNZIATA, *Azione amministrativa e danno da disservizio*, Torino, 2018.

⁷ Cfr. M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, cit., 14.

nettivo dell'alta amministrazione e, più in generale, del governo (di quel che resta) dell'amministrazione pubblica⁸.

2. *La responsabilità dirigenziale e la sua crisi*

Le disfunzioni dell'amministrazione pubblica italiana sono molteplici, analizzate da anni, alcune hanno limitato la loro incidenza negativa, altre l'hanno accresciuta in un divenire, spesso contraddittorio, che accompagna l'amministrazione pubblica italiana, opportunamente definita "*fattore fondante dell'Italia moderna*"⁹, sin dall'avvio dello Stato unitario ed ancor più nello Stato repubblicano¹⁰.

Le riforme, più o meno ampie, che si sono succedute nell'ultimo trentennio solo in parte hanno risolto i problemi e, sovente, ne hanno generato altri, conferendo la nitida percezione che ambiziosi progetti di riordino dell'amministrazione centrale e periferica dello Stato, come di quella regionale e locale, consentano di verificare quanto ampia possa essere la distanza tra aspettative e risultati conseguiti¹¹.

Il costo della p.a. e l'includibile riassetto organizzativo e funzionale sono un elemento essenziale per la crescita e la p.a. stessa diviene elemento di vantaggio competitivo di un sistema economico e strumento per la crescita¹².

⁸ Il riferimento è al quesito che pone S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in www.irpa.eu/articolo/che-cosa-resta-dellamministrazione-pubblica/, 2019, per il quale la marginalizzazione dell'amministrazione non sarebbe rilevante se non fosse parte di una più generale tendenza di più lungo periodo e di portata più ampia a considerare il diritto amministrativo come un campo dominato solo da due tensioni, quella tra legge e amministrazione e quella tra giudice e amministrazione, per cui il diritto amministrativo è considerato solo in funzione di limite dell'azione amministrativa.

⁹ Così G. MELIS, *Fare lo Stato per fare gli italiani*, Bologna, 2014, 133 e ss.

¹⁰ Per una completa ricostruzione si v. S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, 2014, 129 e ss.

¹¹ Per tutti si v. R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 109 e ss.; B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme*, Bologna, 2017, 115 e ss.

¹² Di rilievo la recente ricerca condotta da THE EUROPEAN HOUSE - AMBROSETTI, *La*

L'amministrazione pubblica nella tendenza ad importare modelli organizzativi esterni, prevalentemente dal sistema delle imprese, se ha rafforzato l'autonomia dirigenziale, affrancandola dal diretto condizionamento politico, al contempo ha dato corpo alla responsabilità dirigenziale nel contesto di quelli che sono definiti i percorsi di ascesa e declino del modello privatistico della disciplina del lavoro pubblico¹³.

Un dato appare certamente incontrovertito: l'accrescersi dell'autonomia dei dirigenti ne ha ampliato le responsabilità. Responsabilità disciplinari, penali, civili, amministrativo-contabili, dirigenziali per coloro che rivestono tale funzione, con una continua moltiplicazione ed intersezione dei profili di responsabilità, i quali, lungi dall'incrementare l'efficienza, si risolvono in diffusi effetti paralizzanti¹⁴.

Giusta il vigente art. 21 del d.lgs. n. 165 del 2001 e s.m.i., la responsabilità dirigenziale si configura per il «*mancato raggiungimento degli obiettivi*», nonché per «*l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente*», con indicazione delle misure conseguenti adottabili, che lasciano ferma «*l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo*».

Il comma 1 *bis*, com'è noto introdotto dal d.lgs. n. 150 del 2009, stabilisce, individuando il dirigente come organizzatore del lavoro al-

P.A. (Pubblica Amministrazione) da peso aggiunto a potenziale aiuto alla crescita del Paese, in www.ambrosetti.eu/wp-content/uploads/ricerca-PA-2.pdf, 5, dalla quale emerge che la gestione dei rapporti con la pubblica amministrazione determina un costo per le imprese pari annuo a 57,2 miliardi (32,6 per sole piccole), equivalente allo stipendio annuale medio di 1,9 milioni di lavoratori al 3,3% del Pil. Ma se si allineasse l'efficienza della burocrazia italiana a quella media di Francia, Spagna, Germania e Gran Bretagna, in 5 anni si genererebbero 146 miliardi di Pil in più.

¹³ S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, relazione tenuta al 62° Convegno di Studi amministrativi, *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione* - Varenna, 22, 23 e 24 settembre 2016, in www.astrid-online.it/static/upload/batt/battini_varenna_2016.pdf.

¹⁴ Nei confronti del dirigente è configurabile, sussistendone i presupposti, la responsabilità civile e penale. A siffatte forme di responsabilità esterne e generali si aggiungono poi quelle interne che, per tutti i dipendenti pubblici, sono costituite dalla responsabilità contabile e dalla responsabilità disciplinare, mentre soltanto per i dirigenti è disciplinata la responsabilità dirigenziale.

trui, che: «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»...«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».

Se la responsabilità dirigenziale evidenzia, in tal guisa, i caratteri di “responsabilità aggiuntiva”, connessa alle funzioni organizzativo-gestionali attribuite alla dirigenza, tale configurazione avrebbe imposto una previsione generale che ne definisse, in modo chiaro, i connotati identificativi, soprattutto al fine di tracciare le linee di distinzione rispetto alla responsabilità disciplinare ed evitare molteplici rischi di sovrapposizione; criticità che, peraltro, sono amplificate dalla mancata attuazione del sistema di valutazione dei dirigenti che inevitabilmente refluisce sulla costruzione di misure di responsabilità dirigenziale ancorate a parametri oggettivi¹⁵.

Come opportunamente affermato, la responsabilità dirigenziale è collegata non solo al possesso della qualifica, ma all'incarico dirigenziale, al suo svolgimento ed, in particolare, al conseguimento del “risultato” (esiti negativi di gestione, mancato raggiungimento degli obiettivi, inosservanza delle direttive dell'organo di indirizzo politico), risultando così non solo autonoma ed aggiuntiva rispetto alle altre forme di responsabilità (disciplinare, erariale, penale, civile), ma anche profondamente diversa sul piano sostanziale¹⁶.

Se è abbastanza recente la genesi dell'istituto è pur vero che esso, proprio per le iniziali *défaillance*, non solo giuridiche, ma soprattutto organizzative e culturali¹⁷, ha subito molteplici interventi

¹⁵ Cfr. Cons. St., Commissione spec.le, 14 settembre 2016, n. 02113 su tali temi cfr. V. TENORE, *Profili ricostruttivi della responsabilità dirigenziale nel pubblico impiego*, in *Giustizia civile*, 2/2013, 338 ss.

¹⁶ Per una compiuta analisi dell'istituto si veda ancor l'ampia monografia di C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 225 e ss.

¹⁷ Sulle quali si veda per tutti S. RAIMONDI, *Dirigenza*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1988 e più recentemente M. D'ALBERTI, *L'alta burocrazia in Italia*, in ID. (a cura di), *L'*

di modifica e perfezionamento¹⁸ che approdano sino all'attuale disciplina.

La previsione dell'art. 21 individua le fattispecie che, attraverso il complesso procedimento di accertamento – che in questa sede ci si limita a richiamare – danno luogo alla responsabilità disciplinare.

Nel vigente quadro normativo, quindi, per configurare la responsabilità occorre accertare: a) il mancato raggiungimento degli obiettivi declinati dalla disciplina sull'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni; b) l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente (art. 21, primo comma, TUIPI); c) 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 (art. 21, comma 1 *bis*, TUIPI).

A tali inadempimenti consegue, con riguardo alle condotte *sub a)* e *b)*: l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale, o, in casi di maggior gravità, la revoca dell'incarico con la conseguente collocazione del dirigente a disposizione ovvero il recesso dal rapporto di lavoro “*secondo le disposizioni del contratto collettivo*” (art. 21, primo comma, TUIPI). Mentre con riferimento alla condotta *sub c)*: la decurtazione di una quota fino all'ottanta per cento della retribuzione di risultato in relazione alla gravità della violazione.

Al riguardo la più recente giurisprudenza ha apportato ulteriori chiarimenti rispetto alla peculiarità della responsabilità dirigenziale *ex* art. 21 del d.lgs. n. 165 del 2001, nel testo applicabile “*ratione temporis*” a seguito della modifica di cui all'art. 3, comma 2, della l. n. 145 del 2002.

Un particolare profilo ha riguardato la nitida distinzione rispetto alla più prossima delle altre fattispecie di responsabilità: quella disciplina-

alta burocrazia. Studi su Gran Bretagna, Stati Uniti d'America, Spagna, Francia, Italia, Bologna, 1994, 151 e ss.

¹⁸ Per una ricostruzione dei quali si v. L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000; P. CHIRULLI, *Dirigenza pubblica (nuova riforma della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 2002 nonché, per le ultime integrazioni, A. MARRA, *La responsabilità dirigenziale tra esigenze di democraticità e di imparzialità dell'amministrazione*, https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/249190/361709/Paper_20191103231654.pdf.

re, la quale presuppone un inadempimento colpevole di obblighi gravanti sul dirigente, mentre, giusta gli artt. 4 e 21 del d.lgs. n. 165 del 2001, quella dirigenziale va invece ricollegata ad una valutazione negativa dei risultati complessivi raggiunti dall'ufficio al quale il dirigente è preposto e finalizzata alla sua rimozione per inidoneità rispetto alla funzione¹⁹.

In tal guisa la violazione dei doveri di diligenza, perizia, correttezza e buona fede discendenti dal rapporto di lavoro può ledere il vincolo fiduciario che deve legare il dirigente all'amministrazione, ma non rileva ai fini della responsabilità dirigenziale, se tale inosservanza non determina il mancato raggiungimento dei risultati gestionali attesi²⁰.

Siffatta forma di responsabilità presuppone, infatti, una valutazione negativa dei risultati raggiunti dall'ufficio al quale il dirigente è preposto ed è finalizzata alla sua rimozione per inidoneità rispetto alla funzione, distinguendosi, pertanto, dalla responsabilità disciplinare, la quale postula un inadempimento colpevole di obblighi gravanti sul dirigente, con la conseguenza che l'*inosservanza delle direttive imputabili al dirigente*²¹ – un comportamento riconducibile ad entrambe le forme di responsabilità – assume valenza esclusivamente disciplinare ove la P.A. ritenga di sanzionare la violazione in sé, "*mentre va ricondotta alla responsabilità dirigenziale qualora la violazione, riguardando una direttiva strumentale al perseguimento dell'obiettivo assegnato al dirigente, finisca per incidere sulle prestazioni richieste a quest'ultimo ed alla struttura da lui diretta*"²².

Ne discende che se la responsabilità disciplinare presuppone il colpevole inadempimento di obblighi che gravano sul prestatore di lavoro, rilevante in sé a prescindere dalla incidenza sui risultati dell'attività

¹⁹ Cass. civ., sez. lav., 24 gennaio 2017, n. 1752.

²⁰ Cass. civ., sez. lav., 20 ottobre 2017, n. 24905.

²¹ Nell'ambito del rapporto pubblico, 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, così Cass. civ., sez. lav., 9 maggio 2018, n. 11161.

²² Così, ancora, Cass. civ., n. 24905/2017, cit.

amministrativa e della gestione, la responsabilità dirigenziale è sempre strettamente correlata al raggiungimento degli obiettivi e persegue la finalità di consentire la rimozione tempestiva del dirigente rivelatosi inidoneo alla funzione²³.

La circostanza che la responsabilità dirigenziale attenga ai profili del rapporto di lavoro²⁴ e non a quelli dell'organizzazione è poi confortata dal fatto che la giurisdizione ordinaria, giusta l'art. 63, comma 1, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e s.m.i., in materia di pubblico impiego c.d. privatizzato, deve ritenersi estesa a tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ivi compresa, oltre al conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, quella concernente la responsabilità dirigenziale²⁵.

In termini generali di inquadramento dell'istituto è stata opportu-

²³ Cfr. al riguardo D. BOLOGNINO - G. D'ALESSIO, *Il dirigente come soggetto "attivo" e "passivo" della valutazione. La responsabilità dirigenziale legata al sistema di valutazione e la responsabilità per omessa vigilanza su produttività ed efficienza*, in F. PIZZETTI - A. RUGHETTI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Roma, 2010, 166 ss.

²⁴ V. per tutti A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, 1, 87 e ss. e più recentemente A. GARILLI, *Dirigenza pubblica e poteri datoriali*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2017, 19 (1-2), 15 e ss.

²⁵ Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2016, n. 782, ciò in quanto la devoluzione al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, attiene a tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti; ciò in ragione della circostanza che l'ipotesi residuale del successivo comma 4 – secondo il quale «*Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*» – è limitata a quelle procedure che iniziano con l'emanazione di un bando e proseguono con la valutazione comparativa dei candidati e la redazione finale di una graduatoria, la cui approvazione, individuando i «*vincitori*», rappresenta l'atto terminale del procedimento, mentre restano estranee le fattispecie caratterizzate dall'inserimento in graduatoria, senza margine di discrezionalità, di quanti sono in possesso di determinati requisiti, anche sulla base della pregressa partecipazione a concorsi, in vista del conferimento di posti di lavoro che si rendano via via disponibili, cfr. Tar, Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 5 aprile 2016, n. 376.

namente rilevata la crescente tendenza alla “*perdita di senso*” della responsabilità dirigenziale, avuto riguardo alla profonda trasformazione determinata dal progressivo ampliamento della fattispecie determinato da parte del legislatore rispetto all’originaria formulazione (il mancato raggiungimento dei risultati e l’inosservanza delle direttive).

Conclusione, questa, confortata dal fatto che nel tempo sono state introdotte – in guisa da determinare una vera e propria “*trasfigurazione della responsabilità dirigenziale*” divenuta da responsabilità per violazione di obblighi di risultato “*responsabilità per violazione di obblighi di processo*” – forme tipizzate di responsabilità dirigenziale: l’omesso avvio del procedimento a seguito di istanze e dichiarazioni presentate in via telematica, la mancata emanazione del provvedimento entro i termini prescritti dal legislatore, il mancato raggiungimento degli obiettivi di trasparenza sanciti negli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali, l’inadempimento degli obblighi di pubblicazione stabiliti dalla disciplina in materia, il rifiuto, il differimento e la limitazione dell’accesso civico oltre le ipotesi previste, la violazione di disposizioni imperative in materia di assunzione o impiego di dipendenti a tempo determinato o con forme di lavoro flessibile, la violazione delle norme sui controlli relativi alle assenze del personale, l’omessa o inadeguata vigilanza della prevenzione della corruzione in caso di commissione, all’interno dell’amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, da parte del dirigente, le reiterate violazioni delle misure di prevenzione previste dal piano anticorruzione, la mancata attuazione delle disposizioni sul codice dell’amministrazione digitale, il mancato utilizzo della posta elettronica ed in particolare di quella certificata, l’omesso aggiornamento degli indirizzi di posta elettronica, i ritardi nella amministrazione digitale, la mancata utilizzazione delle convenzioni Consip e/o del Mepa²⁶.

A conferma della segnalata tendenza espansiva e snaturante della re-

²⁶ Come opportunamente sottolineato da S. BATTINI, *op. ult. cit.*, 6-7, al quale si rinvia per una puntuale ricostruzione delle fattispecie introdotte. Al riguardo D. DAVID, *Le nuove fattispecie di responsabilità dirigenziale, ovvero come il legislatore abbia rivoluzionato (o forse trasformato) l’istituto ex art. 21 d.lgs. 165/2001*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2013, circoscrive tuttavia la mutata morfologia dell’istituto ad una mera “*parcellizzazione*”, pur evidenziandone la distorsione.

sponsabilità dirigenziale, con particolare riguardo all'osservanza della trasparenza ed efficienza dell'amministrazione, va sottolineato che, ai sensi dell'art. 1, co. 7, della legge 19 giugno 2019, n. 56 (c.d. "*legge concretezza*"), si introduce un'ulteriore forma di responsabilità dirigenziale che scaturisce dall'omesso rispetto del termine per l'attuazione delle misure correttive che le amministrazioni sono obbligate ad invertere per realizzare le azioni concrete per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni stabilite nell'apposito piano triennale emanato dal ministro della funzione pubblica²⁷.

Mentre, ancor più recentemente, l'art. 1, co. 163, della l. 27 dicembre 2019, n. 160, estende la responsabilità dirigenziale ed aggrava il regime delle sanzioni per gli inadempimenti relativi agli obblighi di pubblicazione di cui al d.lgs. n. 33 del 2013 (e s.m.i.) sul diritto di accesso e gli obblighi di pubblicità, assegnando all'ANAC la competenza in materia di irrogazione delle sanzioni per gli inadempimenti sanciti dall'art. 47 dello stesso decreto n. 33 del 2013 e s.m.i.²⁸.

Appare di tutta evidenza che si tratta di ipotesi tipiche di violazione delle prescrizioni sulla gestione della funzione dirigenziale, violazione di obbligazioni "*di mezzi*" piuttosto che del mancato raggiungimento del "*risultato*", in guisa da configurare la sostanziale mutazione della morfologia della responsabilità dirigenziale.

Non solo l'estensione delle tipologie di omissioni, ma soprattutto la natura delle stesse, fa straripare tale forma di responsabilità dalla fun-

²⁷ Che A. MARRA, *op. ult. cit.*, 9, definisce un ottimo esempio per rendersi conto della distorsione subita anche del principio di efficienza, la cui realizzazione è affidata – in base a una singolare accezione del termine concretezza – all'(ennesima) attività pianificatoria da parte del ministro per la p.a.

²⁸ Alla stregua del quadro sinteticamente delineato l'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa in materia come la mancata predisposizione del "*Programma triennale per la trasparenza*" costituiscono elementi di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione e sono altresì valutati ai fini della retribuzione di risultato e del trattamento economico accessorio collegato alle performance dei dirigenti. La normativa in esame stabilisce poi alcune sanzioni amministrative pecuniarie soltanto nelle ipotesi di violazione degli obblighi di pubblicazione relativi agli organi di indirizzo politico, nonché a quelli relativi ad enti vigilati o controllati e società partecipate (articoli 46 e 47).

zione assegnata dal corretto riparto tra compiti del vertice politico e dirigenza²⁹ e dal relativo controllo di risultato, trasformando quest'ultimo in un controllo (concomitante) sul rispetto degli adempimenti legislativi (imputabilità ai dirigenti della responsabilità “*dell'attività gestionale*”) e, quindi, sulle forme di esercizio del potere organizzativo-gestionale e non sul risultato con il conseguente rilievo “*se non sul piano della revoca e anticipata degli incarichi, su quello, più sottile, del rinnovo degli stessi*”³⁰.

3. La responsabilità dirigenziale nell'ordinamento delle Regioni speciali con particolare riferimento a quello siciliano

3.1. La responsabilità dirigenziale nell'ordinamento del pubblico impiego delle Regioni speciali ricalca sostanzialmente la disciplina statale, in linea con la tendenza c.d. centralista³¹ che ha progressivamente attratto a livello statale la disciplina del pubblico impiego di tali Regioni nel presupposto dell'esclusiva competenza del legislatore statale del trattamento giuridico ed economico dei dipendenti regionali³². Ciò in quan-

²⁹ Come noto la Corte costituzionale ha precisato il rilievo sul piano strutturale di definizione delle regole di disciplina del lavoro dirigenziale per assicurare il piano funzionale che postula una chiara distinzione «*tra i compiti di indirizzo politico-amministrativo e quelli di gestione*» (Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103 e 20 maggio 2008, n. 161).

³⁰ In questo senso si vedano le osservazioni di A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018, 99 e ss. al quale si rinvia per una puntuale indicazioni del fenomeno di dilatazione normativa dell'istituto e ad ampi riferimenti in dottrina.

³¹ Si conferma così la consolidata conclusione secondo la quale si è avuta in materia una “*evoluzione (o involuzione) centralista quanto al riparto di competenze legislative tra Stato e regioni in materia di pubblico impiego regionale*”, in tal senso C. PADULA, *Il riparto delle competenze legislative fra Stato e regioni in materia di pubblico impiego*, in www.federalismi.it, 21/2017, 26.

³² Vedasi al riguardo, tra i principali contributi, S. BATTINI, *Autonomia regionale e autonomia negoziale nella disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici*, in *le Regioni*, 1996, 683 ss.; S. CASSESE, *Intervento in Il nuovo Titolo V della Costituzione Stato/Regioni e diritto del lavoro*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, 677 e ss.; G. LOY, *Le competenze delle Regioni a Statuto speciale in materia di lavoro alla luce della modifica del Titolo V della Costituzione italiana*, in A. DI STASI (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Milano, 2004, 36 ss.; E.M. MASTINU, *Il lavoro alle dipendenze delle ammi-*

to per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano i principi desumibili dal t.u. sul pubblico impiego costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica, sicché *“come tali, questi si impongono al rispetto del legislatore della Regione autonoma a prescindere dalle ragioni che hanno spinto quest’ultimo a violare il principio di riserva alla contrattazione collettiva della definizione del trattamento economico del proprio personale e del conseguente re-inquadramento”* (così Corte cost., 18 aprile 2019, n. 93)³³.

nistrazioni regionali nel Titolo V della Costituzione, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2/2007, I, 371 ss.; A. TROJSI, *Il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia di impiego pubblico regionale*, in *Le Regioni*, n. 6/2009, 1213 e ss.; R. NUNIN, *Stato e Regioni nella disciplina del lavoro pubblico: i principi legislativi*, in AA.VV., *Il rapporto di lavoro nell’impiego pubblico locale tra legge e contratto collettivo: il caso del Friuli Venezia Giulia*, Udine, 2012, 7 e ss., più recentemente C. PADULA, *Il riparto delle competenze legislative fra Stato e regioni in materia di pubblico impiego*, cit., 12 e ss.

³³ Cfr. anche Corte cost., 13 febbraio 2020, n. 16; 13 luglio 2017, n. 175; 11 luglio 2017, n. 160; 5 dicembre 2016, n. 257. Va peraltro ricordato che alla stregua dell’intervenuta privatizzazione del pubblico impiego, «i principi fissati dalla legge statale in materia *“costituiscono tipici limiti di diritto privato, fondati sull’esigenza, connessa al precetto costituzionale di eguaglianza, di garantire l’uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati e, come tali, si impongono anche alle Regioni a statuto speciale [...]”*» (Corte cost., 21 giugno 2019, n. 154; 13 novembre 2019, n. 232; 11 aprile 2019, n. 81; 10 novembre 2017, n. 234; 19 luglio 2013, n. 225; 24 aprile 2013, n. 77). Di guisa che la disciplina del rapporto di impiego alle dipendenze delle Regione ed i profili relativi al trattamento economico del personale pubblico privatizzato vengono ricondotti alla materia dell’«ordinamento civile», di competenza esclusiva del legislatore nazionale, che in tale materia fissa principi che *“costituiscono tipici limiti di diritto privato, fondati sull’esigenza, connessa al precetto costituzionale di eguaglianza, di garantire l’uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti tra privati e, come tali si impongono anche alle Regioni a statuto speciale”* (Corte cost., 14 giugno 2007, n. 189).

Per una ricostruzione della giurisprudenza in materia M. PIERONI - M. BELLOCCI (a cura di), *Il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni nella giurisprudenza costituzionale in materia di lavoro pubblico, reclutamento e scelta delle relative modalità*, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_220_Rip_comp_legisl_Stato_Regioni.pdf e ARAN, *Lavoro pubblico e titolo V della Costituzione. L’orientamento della Corte Costituzionale*, in *Aran-Occasional paper 5/2014*, www.aranagenzia.it/index.php/statistiche-e-pubblicazioni/ e recentemente C. PADULA, *Il riparto delle competenze legislative fra Stato e regioni in materia di pubblico impiego*, cit.

La qualificazione della riserva di contrattazione collettiva³⁴ posta dal legislatore statale, quale norma fondamentale di riforma economico-sociale, comporta che essa operi come limite all'autonomia della Regione speciale in base alle previsioni dello stesso statuto, che impone che l'esercizio delle attribuzioni regionali avvenga nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme fondamentali di riforma economico-sociale³⁵.

Peraltro, se gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali rivestono la natura di determinazioni negoziali e non quella di atti di alta amministrazione, i primi, evidenziano l'esercizio di poteri analoghi a quelli del datore di lavoro privato, in settori nei quali il rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione è stato equiparato dalla legge al lavoro privato; i secondi, invece, possono essere adottati anche sotto forma di nomina dei vertici delle amministrazioni, in settori nei quali l'ordinamento stima opportuno mantenere una disciplina giuridica sottratta al fenomeno della privatizzazione. Quest'ultimi sono, conseguentemente, espressione di un'am-

³⁴ In merito si v. M. RAGUSA, *Contrattazione collettiva e responsabilità dirigenziale*, in *Il diritto dell'economia*, 3-2019, 213 e ss.

³⁵ Va peraltro ricordato che alla stregua dell'intervenuta privatizzazione del pubblico impiego, «i principi fissati dalla legge statale in materia "costituiscono tipici limiti di diritto privato, fondati sull'esigenza, connessa al precetto costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati e, come tali, si impongono anche alle Regioni a statuto speciale [...]» (Corte cost. n. 154 del 2019, n. 232 e n. 81 del 2019, n. 234 del 2017, n. 225 e n. 77 del 2013).

Di guisa che la disciplina del rapporto di impiego alle dipendenze della Regione ed i profili relativi al trattamento economico del personale pubblico privatizzato vengono ricondotti alla materia dell'«ordinamento civile», di competenza esclusiva del legislatore nazionale, che in tale materia fissa principi che «costituiscono tipici limiti di diritto privato, fondati sull'esigenza, connessa al precetto costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti tra privati e, come tali si impongono anche alle Regioni a statuto speciale» (Corte cost., n. 189/2007, cit.). La qualificazione della riserva di contrattazione collettiva posta dal legislatore statale quale norma fondamentale di riforma economico-sociale comporta che essa operi come limite all'autonomia della Regione speciale in base alle previsioni dello stesso statuto, che impone che l'esercizio delle attribuzioni regionali avvenga nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme fondamentali di riforma economico-sociale.

pia discrezionalità amministrativa, il che ne impone l'assoggettamento al sindacato del giudice amministrativo secondo l'ordinario criterio di riparto³⁶.

Nelle Regioni speciali, senza un grande sforzo di innovazione, pur negli ambiti declinati dalla competenza legislativa³⁷, si rinvengono, sebbene come si vedrà con qualche minima spinta nella Regione Siciliana³⁸, discipline omogenee della responsabilità dirigenziale³⁹.

La responsabilità dirigenziale viene così declinata all'art. 29 della l.r. 23 luglio 2010, n. 22 della Valle D'Aosta, all'art. 22 della l.r. 13 novembre 1998, n. 31 della Regione Sardegna, all'art. 14 della l.r. 9 dicembre 2016, n. 18 e s.m.i. del Friuli-Venezia Giulia, all'art. 20 della l. prov. Bolzano 23 aprile 1992, n. 10 e s.m.i. ed all'art. 18, l. prov. Trento 3 aprile 1997, n. 7 e s.m.i.

Si tratta di disposizioni normative, in taluni casi risalenti, che si allineano alla disciplina statale, pur non scovre da questioni di coordinamento con l'evoluzione normativa dell'istituto e con la delineata evoluzione che lo caratterizza, e non prive degli elementi di contraddittorietà richiamati⁴⁰.

³⁶ Ne discende che alla stregua della disciplina dell'art. 63, d.lgs. n. 165/2001, la giurisdizione amministrativa sussiste soltanto in relazione all'impugnazione degli atti di macro-organizzazione presupposti a quelli di conferimento degli incarichi dirigenziali, secondo un meccanismo di riparto che non può essere alterato neanche per ragioni di connessione, Cfr. Cass. civ., sez. lav., 24 settembre 2015, n. 18972; Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2016, n. 784, e giurisprudenza ivi richiamata. In dottrina si veda L. SALTARI, *I profili strutturali: la nomina dei dirigenti*, in L. CASINI (a cura di), *Venti anni di politica e amministrazione in Italia*, cit., 75 e ss.

³⁷ Cfr. M. MARINELLI, *Federalismo e diritto del lavoro: il caso della Sicilia*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2004, 412 ss.

³⁸ Si rinvia a R. URSI, *La dirigenza regionale: il caso della Regione siciliana*, in http://www.unipa.it/polotp/progr_giur_10_11/La%20dirigenza%20della%20regione%20siciliana.pdf, 16-17.

³⁹ A. BELLAVISTA, *Federalismo e lavoro pubblico regionale*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Padova, 2005, I, 8 ss.; G. D'AURIA, *La nuova riforma del lavoro pubblico e le autonomie regionali e locali*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2009, 484 e ss.; A. TROJSI, *L'impiego regionale: fonti e spazi di competenza legislativa delle Regioni*, in *Le istituzioni del federalismo*, 5-6, 2009, 819 e ss., ma già ID., *Vincoli costituzionali e sistema della fonti regionali in materia di lavoro*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *La legislazione regionale in materia di lavoro. Studi preparatori*, Napoli, 2007, 27 ss.

⁴⁰ Se ne veda un'analisi, sebbene ormai risalente, in P. MONDA, *Valutazione e re-*

3.2. La recentissima sentenza del Giudice delle leggi, n 16 del 2020, pronunciata proprio con riguardo alla Regione siciliana, offre una sicura conferma, nel solco di una consolidata giurisprudenza⁴¹, al controverso inquadramento dell'ordinamento dell'impiego pubblico nelle Regioni a Statuto speciale.

Alla stregua di quanto sancito dall'art. 117, comma 2, lett. l), Cost., la Corte ha confermato che, a seguito della privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, che deve ritenersi disciplinato dalle disposizioni del codice civile e dalla contrattazione collettiva nazionale di comparto (art. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001), cui è riservata la definizione del trattamento economico "*fondamentale ed accessorio*" dei dipendenti pubblici, anche regionali (art. 45, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001), i profili che definiscono la disciplina del rapporto, compresi quelli inerenti al trattamento economico dei dipendenti pubblici, anche di livello dirigenziale, sono ricompresi nella materia "*ordinamento civile*", di competenza esclusiva dello Stato⁴².

Ed è quindi esclusivamente all'interno di tale alveo che la potestà legislativa esclusiva vantata dalla Regione in materia di "*stato giuridico ed economico*" del proprio personale (art. 14, lett. q) dello Statuto speciale siciliano), può legittimamente esplicarsi nel rispetto dei limiti derivanti dalle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica tra i quali rientrano i principi desumibili dal d.lgs. n. 165 del 2001, i quali si impongono al rispetto della Regione ad autonomia

sponsabilità della dirigenza pubblica nel d.lgs. n. 150/2009: l'applicazione a Regioni ed Enti locali, in *Istituzioni del federalismo*, 5-6, 2009, 1103 e ss.

⁴¹ Ma già in precedenza Corte cost., 25 gennaio 2019, n. 10; 6 giugno 2019, n. 138; 19 giugno 2019, n. 146; 160 e 175 del 2017; 257 del 2016; in merito si veda ancora C. PADULA, *Il riparto delle competenze legislative fra Stato e regioni in materia di pubblico impiego*, cit., 26 e ss.

⁴² In questo scenario, le norme recate dal d.lgs. n. 165 del 2001 costituiscono tipici limiti di diritto privato, fondati sull'esigenza connessa al precetto costituzionale di uguaglianza «di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati». Come tali, le disposizioni contenute nel T.U. sul pubblico impiego si applicano anche alle Regioni a statuto speciale, compresa la Regione Siciliana, che non vanta alcun titolo competenziale per modificare il trattamento economico dei dipendenti regionali (Corte cost., n. 154 del 2019; nello stesso senso, sentt. nn. 232 e 81 del 2019; 234 del 2017; 225 e 77 del 2013).

speciale quale che sia la ragione contingente che l'abbia indotta a legiferare sul trattamento economico dei dipendenti pubblici regionali, in violazione della riserva che lo Stato affida in materia alla contrattazione collettiva giusta l'art. 2, comma 3, t.u. sul pubblico impiego, infatti, “[l]’attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi” e l’art. 45, comma 1, dello stesso testo unico ribadisce che “[i]l trattamento economico fondamentale ed accessorio [...] è definito dai contratti collettivi”⁴³.

Come efficacemente ricordato, la nascita della Regione Siciliana rappresenta certamente un “colpo di cannone nella cultura istituzionale dell’epoca”⁴⁴. L’attività dei primi governi, lungo la prima e la parte iniziale della seconda legislatura del Parlamento siciliano, danno la cifra di quanto l’esercizio dell’autonomia abbia potuto pesare nei primi passi dell’Italia repubblicana.

In seguito si aprirà la strada alle molte contraddizioni della controversa esperienza della Regione Siciliana. Avviata la costruzione dell’apparato burocratico dal nulla, come ha ricordato lo stesso Presidente Alessi⁴⁵, fu proprio la convulsa esigenza di approntare una struttura

⁴³ Ma già in questo senso sono molteplici le pronunce in tal senso: “ai sensi dell’art. 14, lettera q), dello statuto regionale, ad essa spettò la competenza legislativa esclusiva in materia di stato giuridico ed economico del proprio personale, va letta nel senso che la potestà di regolazione in materia incontra, ai sensi di quanto previsto dallo stesso statuto i limiti derivanti dalle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica” (Corte cost., n. 81 del 2019, 23 luglio 2018, n. 172, ma già n. 189 del 2007), che si rinviene all’art. 1, comma 3, t.u. pubblico impiego (che richiama i principi desumibili dall’art. 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, e dall’art. 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni e integrazioni) – che “per le Regioni a statuto speciale e per le Province autonome di Trento e di Bolzano i principi desumibili dal t.u. pubblico impiego costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica. Come tali, questi si impongono al rispetto del legislatore della Regione autonoma a prescindere dalle ragioni che hanno spinto quest’ultimo a violare il principio di riserva alla contrattazione collettiva della definizione del trattamento economico del proprio personale e del conseguente re-inquadramento” (così ancora Corte cost., n. 93 del 2019, 15 novembre 2018, n. 201 e 26 luglio 2018, n. 178).

⁴⁴ In tal senso, G. SILVESTRI, *Lo Statuto siciliano e la Costituzione*, in G. ARMAO - M. SAJA (a cura di), *Settant’anni di autonomia siciliana 1946-2016*, Soveria Mannelli, 2016, 31.

⁴⁵ “Cominciai dal nulla assoluto. Non una sola lira in cassa, nemmeno un prestito dal

amministrativa nella particolare fase dell'immediato dopoguerra che determinò la causa di alcuni dei vizi che dispiegheranno in seguito i propri effetti nocivi sull'amministrazione⁴⁶.

Un'amministrazione, quindi, che sorge con gravi problemi genetici di tipo strutturale e funzionale, ma soprattutto culturale, non poteva che generare le disfunzioni e le patologie che hanno condotto a individuare nella burocrazia regionale una delle pesanti "zavorre" delle istituzioni siciliane⁴⁷.

Il decorso del tempo ha accentuato pesantemente i limiti iniziali ingrossando gli apparati attraverso reclutamenti solo in minima parte rispettosi della regola del pubblico concorso, con immissioni spesso deri-

Governo nazionale perché il ministro Einaudi si rifiutò di concederlo. Non un impiegato, o funzionario, o semplice commesso. Non i locali per gli uffici dei dieci Assessori. Non i mezzi di trasporto. Nessuna norma attuativa!", così G. ALESSI, *Il pensiero politico cattolico e le origini dell'Autonomia siciliana*, Palermo, 2011, 56. Tali notazioni si ritrovano anche nel discorso tenuto all'A.R.S. il 12 giugno 1947 (*ivi*, 201).

⁴⁶ Così, ancora, G. ALESSI, *op. ult. cit.*, 156-157, che ricorda che la Regione, a causa dell'ostilità "corrieva dell'Amministrazione centrale... fu costretta ad un reclutamento affrettato, tumultuoso, arbitrario del personale", e così avvenne che "invece di proporsi in antitesi dei metodi e della mentalità mafiosa... [essa] creò nuovi e più cospicui spazi ed occasioni alla pratica della illegalità, al protezionismo, all'intrigo e cioè a quello che ordinariamente costituisce ottimo humus del costume mafioso". Si tratta di considerazioni contenute nella "Relazione sul fenomeno della mafia in Sicilia alla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia in Sicilia", IV Legislatura. Per Alessi, l'ampio e prolungato ricorso alla "chiamata diretta" assunse connotati patologici e insieme al clima di contestazione giuridico-costituzionale unita a una diffusa pratica di "fuorilegismo costituirono un motivo di debolezza organizzativa della Regione; l'abuso amministrativo in rapporto al reclutamento del personale ne verificò la debolezza deontologica, togliendo all'istituto molta autorità e prestigio", mentre "l'atteggiamento legislativo ed amministrativo dell'Assemblea regionale siciliana e del Governo regionale per gran tempo indugiò nella prassi impostata sul "favore personale" e sull'amicizia, e cioè in un costume che la Regione si era proposta di combattere ed eliminare".

⁴⁷ Paradigmatica la vicenda dell'equiparazione tra il trattamento economico dei dipendenti dell'appena istituita Assemblea regionale siciliana e il Senato, avvenuta in assenza di alcun presupposto normativo, ma sulla base di una semplice deliberazione del Consiglio di presidenza della prima del 26 novembre del 1948, con effetti negli anni a venire soprattutto sul piano finanziario difficilmente compatibili con la grave crisi economica. La vicenda è ricostruita, anche con riguardo ai benefici economici che ne sono scaturiti, nel libro di S. TOSCANO, *La camera grassa. Una dieta per i consigli regionali degli sprechi*, Soveria Mannelli, 2014.

vanti dalla stabilizzazione di rapporto di precariato, mentre il confuso passaggio al regime di rapporto privatizzato ha moltiplicato le figure dirigenziali, peggiorato la distribuzione sul territorio regionale⁴⁸, introdotto regimi di favore sul piano previdenziale, dei permessi retribuiti e dei distacchi sindacali⁴⁹.

La riforma burocratica regionale⁵⁰, che ha declinato la figura del dirigente regionale e le modalità organizzative di lavoro (legge regionale 23 marzo 1971, n. 7 e s.m.i., poi parzialmente modificata dalla legge regionale 29 dicembre 1980, n. 145) e si deve prioritariamente all'impegno di Piersanti Mattarella⁵¹, ha inoltre disciplinato l'organizzazione

⁴⁸ Sulla dislocazione del personale occorre ricordare che all'art. 11, terzo comma, della l.r. 9 maggio 2012, n. 26, su proposta del Governo, è stata inserita una norma – e ben due anni prima di quella poi introdotte a livello statale – che avrebbe consentito al Governo regionale di razionalizzare la distribuzione del personale sul territorio, e senza limitazioni chilometriche, nella possibilità di trasferimento tra uffici regionali.

⁴⁹ Si veda ancora sulla questione R. URSI, *Un'«amministrazione fantastica»: l'organizzazione della Regione siciliana nello spettro della riforma dell'autonomia*, cit., 236 e ss. nonché, con specifico riguardo al regime dei permessi ex l. 5 febbraio 1992, n. 104 e s.m.i., si rinvia al mio lavoro *Autonomia finanziaria e risanamento economico della Regione siciliana*, cit., 778. A seguito dell'approvazione della l.r. 7 maggio 2015, n. 9 (art. 51-52), che consente il collocamento in quiescenza anticipato per i dipendenti che maturano i requisiti c.d. pre-Fornero entro il 2020 (con trattamento pari al 90% dello stipendio per coloro che maturano i requisiti entro il 2016, e all'85% per coloro che li maturano tra il 2016 e il 2020), a regime si prevede la fuoriuscita complessiva di circa 4000 dipendenti.

⁵⁰ Per una ricostruzione delle vicende storiche che ne hanno connotato la problematica evoluzione e una disamina delle criticità dell'organizzazione amministrativa e burocratica regionale v. S. RAIMONDI, *L'Amministrazione*, e F. SALVIA, *La burocrazia della Regione siciliana: profilo storico e problemi attuali*, in F. TERESI (a cura di), *Cinquant'anni dello Statuto siciliano*, Palermo, 1997, 139 ss.; F. SALVIA, *L'amministrazione della Regione siciliana: profilo storico*, in *Nuove Autonomie*, 1993, 53, ss.; ma già F. TERESI, *Amministrazione e burocrazia in Sicilia: profili generali*, in F. TERESI - S. COSTANTINO - I. PORTELLI, *La difficile riforma*, Palermo, 1986; M. IMMORDINO, *Regione Sicilia*, Milano, 1980, 66 e ss.; R. D'AMICO, *Burocrazia e ente regione. L'apparato amministrativo della Regione siciliana*, Bologna, 1978; G. FAZIO - G. GIALLOMBARDO - F. POLLICINO, *Strutture e modi di organizzazione dell'amministrazione centrale nella Regione siciliana*, in AA.VV., *L'amministrazione centrale nelle regioni a statuto speciale*, Milano, 1973, 185 ss.

⁵¹ Sia consentito rinviare in merito al mio contributo Piersanti Mattarella, *le riforme amministrative ed il meridionalismo*, in *Nuove Autonomie*, 1/2020, 123 e ss.

dell'impiego regionale (successivamente con la legge regionale 29 ottobre 1985, n. 41), ma non ha introdotto uno specifico regime della responsabilità dirigenziale, limitandosi a rinviare a quanto sancito dalla legislazione statale⁵².

Per una disciplina regionale della responsabilità dirigenziale occorre attendere la legge regionale n. 10 del 2000⁵³ con la quale sono state introdotte, tra l'altro, norme sulla dirigenza e sui rapporti di impiego e di lavoro alle dipendenze della Regione Siciliana⁵⁴.

Per quanto concerne l'ordinamento della dirigenza nella Regione Siciliana giova ricordare che, alla stregua di quanto previsto dall'art. 14, lettere p) e q), dello Statuto di autonomia della Regione Siciliana, il legislatore regionale ha potestà legislativa esclusiva, rispettivamente, in tema di "ordinamento degli uffici e degli enti regionali" e "stato giuridico ed economico degli impiegati e funzionari della Regione"⁵⁵.

⁵² L'Art. 52, quarto comma, della legge del 1971 (rubricato *Responsabilità verso l'amministrazione*), a compendio di alcune scarse disposizioni di principio, si limitava a rinviare "ad ogni altra disposizione in materia di responsabilità amministrativa e contabile concernente gli impiegati civili dello Stato, in quanto compatibile con la presente legge". Giova ricordare che accanto alla responsabilità penale, civile ed amministrativa, previste dall'art. 28 Cost., nelle ipotesi di violazione di diritti dei privati o della pubblica amministrazione, venne configurata una specifica responsabilità legata alla posizione dirigenziale dall'art. 19 del D.P.R. 30 giugno 1972, n. 748. Tale disposizione, dopo aver introdotto in generale la nozione di responsabilità dirigenziale per il buon andamento, l'imparzialità e la legittimità dell'operato degli uffici a capo dei quali i dirigenti sono preposti – istituì la responsabilità di tali dirigenti in funzione "dell'osservanza degli indirizzi dell'azione amministrativa emanati dal Consiglio dei Ministri e dal Ministro per il Dicastero di competenza, sia della rigorosa osservanza dei termini e delle altre norme di procedimento previsti dalle disposizioni di legge o di regolamento, sia del conseguimento dei risultati dell'azione degli uffici cui sono preposti".

⁵³ Legge regionale n. 10 del 15 maggio 2000, recante "Norme sulla dirigenza e sui rapporti di impiego e di lavoro alle dipendenze della Regione Siciliana. Conferimento di funzioni e compiti agli enti locali. Istituzione dello Sportello unico per le attività produttive. Disposizioni in materia di protezione civile. Norme in materia di pensionamento" pubblicata nella GURS n. 23 del 17 maggio 2000.

⁵⁴ Mentre per un'ampia riorganizzazione dell'amministrazione regionale – con notevole riduzione di dipartimenti e servizi – è intervenuta soltanto dopo quasi quarant'anni dalla con la l.r. 16 dicembre 2008, n. 19 (e succ. mod. int.) e il successivo decreto del Presidente della Regione siciliana, 5 dicembre 2009, n. 12.

⁵⁵ Sulla disciplina della dirigenza nell'ordinamento della Regione Siciliana tra i con-

Con la richiamata legge regionale n. 10 del 2000, giusta l'art. 1, comma 2, è stato peraltro operato il rinvio dinamico⁵⁶ al d.lgs. n. 29 del 1993 e s.m.i. Da ciò discende che ogni successiva modifica introdotta dal legislatore statale determina la tempestiva applicazione nel sistema normativo siciliano⁵⁷.

L'assetto organizzativo della dirigenza si connette a tali ambiti, pur presentando alcuni aspetti interferenti con l'ordinamento civilistico del

tributi più recenti R. URSI, *Un'«amministrazione fantastica»: l'organizzazione della Regione siciliana nello spettro della riforma dell'autonomia*, in G. ARMAO - M. SAIJA (a cura di), *Settant'anni di autonomia siciliana 1946-2016*, cit., 236 e ss.; A. BELLAVISTA, *Politica e amministrazione in Sicilia*, in S. COSTANTINO - C. GIURINTANO - F.M. LO VERDE, (a cura di), *Letture e riletture sulla Sicilia, e sul meridione*, Milano, 2015, 173 e ss.; N. GULLO, *La riforma della dirigenza della Regione siciliana alla luce della legge regionale 15 maggio 2000, n. 10*, in *Nuove Autonomie*, 2000, 2/3, 393 e ss.; F. SALVIA, *Profilo storico della burocrazia della Regione siciliana. Riflessioni sulle «riforme» e sulla «non biodegradabilità» degli apparati pubblici. Elogio della stabilità*, in *Studi in onore di U. Pototschnig*, Milano, 2002, II, 1313 ss.; R. URSI, *La dirigenza regionale: il caso della Regione siciliana*, cit.

⁵⁶ L'art. 1, comma 2, della predetta legge regionale, peraltro, contiene un rinvio dinamico e di chiusura al d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e s.m.i., con la conseguenza che ogni successiva modifica apportata a detta fonte legislativa trova immediata applicazione nel sistema normativo siciliano: *“Per quanto non previsto dalla presente legge si applicano le disposizioni del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modifiche ed integrazioni, sostituendo al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Consiglio dei Ministri rispettivamente il Presidente della Regione e la Giunta regionale”*.

In dottrina su tali forme di rinvio si veda, da ultimo, M. ATRIPALDI, *Il rinvio “intraistituzionale”. Una tecnica per la produzione di norme giuridiche nella forma di Stato a tendenza sociocentrica*, in *Nomos*, 2-2008, 24 e ss. Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale è assodato – pur *“dovendosi raccomandare al legislatore regionale di ponderare sempre al meglio l'opportunità (e l'effettiva rispondenza ai propri intenti) di inserire, o meno, la formula “e successive modifiche ed integrazioni” nel testo delle norme regionali con cui opera il rinvio alla legislazione statale – che la prevalente interpretazione ravvisa, nell'uso di detta formula, un indice della volontà legislativa di operare un rinvio “mobile” alla legge richiamata; ossia un rinvio che si estende, automaticamente, a tutte le modificazioni e integrazioni future della norma richiamata (anche a quelle sopravvenute dopo l'effettuazione del rinvio “dinamico”), onde consentire un continuo adeguamento all'evoluzione normativa attraverso una disciplina elastica e costantemente raccordata con il contesto giuridico di riferimento”* (C.G.A., parere 31 gennaio 2012, n. 291/10).

⁵⁷ Sul punto sia consentito rinviare al mio contributo *Norme fondamentali di riforma economico-sociale e disciplina del pubblico impiego delle Regioni ad autonomia differenziata*, in *Nuove Autonomie*, 1996, 2, 295 ss.

rapporto di lavoro privato, sicché, nell'esercizio della propria autonomia normativa, il legislatore regionale può definire l'assetto della organizzazione del lavoro e gli altri profili riguardanti la disciplina professionale dei dipendenti, senza alcun rigido condizionamento derivante dalle opzioni compiute dalla legge statale, anche in relazione ad aspetti essenziali dell'ordinamento giuridico ed economico⁵⁸.

Alla luce del quadro sommariamente descritto, in base all'assetto costituzionale dei rapporti tra fonti statali e regionali, spetta quindi al legislatore regionale anche la scelta relativa alla configurazione dell'ordinamento professionale del personale dipendente. All'interno di tale potestà normativa si collocano poi le opzioni riguardante l'eventuale compiuta disciplina della responsabilità dirigenziale.

Il rinvio in questione è testualmente e sicuramente operato dal legislatore regionale del tempo nei confronti di una disposizione statale, poi successivamente abrogata, anche se richiamata nell'analogo testo del d.lgs. n. 165 del 2001 e s.m.i. ed ha, pertanto, anche in questa fattispecie, natura di rinvio dinamico alla normativa statale, correlato, peraltro, al necessario presupposto dell'accertata mancanza di una espressa disciplina contenuta nella specifica legislazione regionale, rinvio che deve ritenersi connotato da carattere "mobile", con la conseguenza che va adesso esteso al testo unico del pubblico impiego n. 165 del 2001 (nonché alle relative successive modifiche ed integrazioni), che ha recepito

⁵⁸ Anche se va precisato in merito, nel solco della più recente giurisprudenza costituzionale, che (Corte cost., sentt. nn. 10, 138 e 146 del 2019; 160 e 175 del 2017; 257 del 2016), il rapporto di impiego pubblico sia regolato dalla legge statale e da questa rimesso ai contratti collettivi nazionali di comparto, cui è riservata la definizione del trattamento economico "fondamentale ed accessorio" dei dipendenti pubblici, anche regionali (art. 45, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001). In tale prospettiva, le norme sancite dal d.lgs. n. 165 del 2001 costituiscono tipici limiti di diritto privato, fondati sull'esigenza connessa al precetto costituzionale di uguaglianza "di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati". Come tali, le disposizioni contenute nel T.U. sul pubblico impiego si applicano anche alle Regioni a statuto speciale, compresa la Regione Sicilia, che non vanta alcun titolo competenziale per modificare il trattamento economico dei dipendenti regionali (Corte cost., sent. n. 154 del 2019; nello stesso senso, sentt. nn. 232 e 81 del 2019; 234 del 2017; 225 e 77 del 2013).

nel proprio ambito, e parzialmente modificato⁵⁹, le disposizioni del decreto legislativo n. 29 del 1993 e s.m.i.⁶⁰.

Per quanto concerne la dirigenza l'art. 19 del d.lgs. n. 29 del 1993 e s.m.i., come successivamente modificato dalla legge n. 80 del 1998, dal d.lgs. n. 165 del 2001 (che ha abrogato il decreto n. 29/ 1993) e dalla c.d. riforma Brunetta (d.lgs. n. 150 del 2009)⁶¹, che introduce modifiche al d.lgs. n. 165 del 2001, prevede tre tipologie di livelli dirigenziali, collocate in ordine decrescente di rilevanza e di maggiore correlazione con l'organo politico⁶².

⁵⁹ Sulla responsabilità dirigenziale, l'art. 2, comma 1, lett. g) della legge n. 241/1990 e l'art. 20 del d.lgs. n. 29 del 1993 resero obbligatoria l'istituzione, presso ogni amministrazione, di "nuclei di valutazione" o "servizi di controllo interno", composti da dirigenti generali e da esperti in tecniche di valutazione e nel controllo di gestione, il cui compito era essenzialmente quello di verificare la corrispondenza dei risultati dell'azione amministrativa rispetto ai programmi prefissati.

⁶⁰ La normativa regionale, come precisato dalla giurisprudenza, proprio in quanto prevede che "la relatio all'ordinamento statale non richiede altre particolari condizioni per il recepimento della normativa statale riguardante la materia del lavoro pubblico", poiché l'unico presupposto richiesto dalla menzionata normativa regionale consiste nella riscontrata esistenza di una lacuna nel tessuto legislativo regionale (CGA, 25 maggio 2009, n. 488).

⁶¹ Sulla quale, anche alla luce dell'ulteriore evoluzione normativa, si v. G. NICOSIA, *I dirigenti pubblici nella riforma Brunetta: più controllori o più controllati?*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2/2010, 323 ss.; ID., *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della "misurazione" e "valutazione" individuale*, in F. CARINCI - S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico. Commentario al D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "Collegato Lavoro"*, Milano, 2011, 255 ss.; ID., "Sapere sapienziale" e gestione responsabile del capitale umano nella riforma "continua" del lavoro pubblico, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2/2014, 351 ss.; G.A. RECCHIA, *L'attuazione della riforma Brunetta nel Comparto Regioni e autonomie locali*, *FormezPA*, 2012, 3 e ss.; R. RUFFINI, *Il sistema di misurazione e valutazione delle performance. Le modifiche al d.lgs. n. 150/2009*, in A. BIANCO - A. BOSCATI - R. RUFFINI, *La riforma del pubblico impiego e della valutazione*, Rimini, 2017, 145 ss.

⁶² Alla stregua della normativa richiamata in ordine alla preposizione a posizioni apicali di soggetti esterni si possono distinguere due ipotesi:

- la prima, ammette il conferimento di incarichi "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 pub-

Avuto riguardo alla disciplina sancita dall'art. 10 della l.r. n. 10 del 2000 (modificato dall'art. 4, comma 4, della l.r. 20 del 2001), sembra opportuno sottolineare che, con riguardo alla responsabilità dirigenziale, il legislatore regionale ha anticipato l'evoluzione normativa statale e così, oltre alle figure sancite dall'art. 21 d.lgs. n. 165 del 2001 (mancato raggiungimento degli obiettivi e violazione di direttive), ha inserito quale ulteriore fonte di responsabilità dirigenziale:

- le decisioni organizzative e la gestione del personale assegnato ai dirigenti;
- l'osservanza dei termini e delle norme sui procedimenti amministrativi.

Ne discende che in tali ipotesi la responsabilità non scaturisce dalla mera violazione di norme e discipline di comportamento, ma si spinge oltre la condotta del dirigente, estendendosi sino ai risultati complessivi conseguiti dalla struttura alla quale è preposto⁶³.

bliche o private con esperienza acquisita per almeno un quinquennio in funzioni dirigenziali",

- la seconda lo ammette per quei soggetti 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"*.

Nell'ordinamento siciliano la norma di riferimento va rinvenuta all'art. 9 della legge regionale 15 maggio 2000, n. 10 e s.m.i. (*Norme sulla dirigenza e sui rapporti di impiego e di lavoro alle dipendenze della Regione siciliana. Conferimento di funzioni e compiti agli enti locali. Istituzione dello Sportello unico per le attività produttive. Disposizioni in materia di protezione civile. Norme in materia di pensionamento*) che, come ricordato nell'invito a dedurre notificato, al comma 8 prescrive che: *"al fine del conferimento degli incarichi di cui al comma 4 ed entro il limite del 20 per cento della dotazione organica si applicano le previsioni di cui al comma 6 dell'articolo 19 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modifiche ed integrazioni"*.

⁶³ In questo senso, ancora, R. URSI, *La dirigenza regionale: il caso della Regione siciliana*, cit., 17, secondo il quale le ipotesi previste nelle lett. c) e d) introdotte dal legislatore regionale, vanno considerate semplici esplicitazioni di obblighi in realtà altrimenti desumibili da quanto disposto negli art. 7 e 8, infatti *"il riferimento di cui alla lett. b) costituisce il nucleo dell'obbligazione di risultato connessa all'incarico. In altri termini, sembra corretto*

Al fine di meglio monitorare l'attività dei dirigenti si prevede, altresì, che all'inizio di ogni anno i dirigenti presentino ai dirigenti delle strutture di massima dimensione una relazione sull'attività svolta nell'anno precedente.

Le modalità di contestazione della forma di responsabilità in commento trovano, in parte, una diversa disciplina.

Ed infatti, è la Giunta regionale, trattandosi di *contrarius actus* rispetto a quello di preposizione (procedimento composito che postula l'intervento dell'assessore proponente, della Giunta e del Presidente della Regione), che, allorché accerti i risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione od il mancato raggiungimento degli obiettivi, valutati con i sistemi e le garanzie che sono determinati dal sistema complessivo dei controlli interni, "*dispone la revoca dell'incarico, con conseguente perdita del trattamento economico accessorio connesso alle funzioni ed ai risultati e la destinazione nei successivi sessanta giorni a diverso incarico*".

Ove si riscontri la più "*grave e/o reiterata inosservanza delle direttive generali ovvero in caso di specifica responsabilità per i risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione*", previa contestazione e contraddittorio con il responsabile di livello dirigenziale interessato, la Giunta regionale può disporre:

- l'esclusione dal conferimento di ulteriori incarichi di livello dirigenziale corrispondente a quello revocato per un periodo non inferiore a due anni;
- il recesso secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi.

Sul piano della disciplina della responsabilità dirigenziale vanno poi ricordate le previsioni della recente legge regionale 21 maggio 2019, n. 7, recante "*Disposizioni per i procedimenti amministrativi e la funzionalità dell'azione amministrativa*", la quale, in linea con la richiamata "*tra-*

ritenere che se l'esercizio di funzioni, intese come potere di fare, importa conseguentemente delle responsabilità in ordine ai risultati dell'attività svolta (lett. a)), sia in relazione alle scelte organizzative (lett. c) sia in relazione alle modalità operative (lett. d)); la realizzazione di programmi e di progetti affidati ai dirigenti in relazione agli obiettivi stabiliti dall'organo politico rappresenta l'elemento qualificante e, dunque, il parametro di valutazione del rapporto connesso alla preposizione del dirigente allo svolgimento dell'incarico".

sfigurazione” della responsabilità dirigenziale, estende le fattispecie nelle quali essa può configurarsi.

L’art. 2, comma ottavo, della recente ed innovativa normativa regionale prevede, infatti, che l’omessa o la ritardata emanazione del provvedimento amministrativo entro i termini prescritti sono valutate al fine “*della responsabilità amministrativo-contabile, dirigenziale e disciplinare nonché al fine dell’attribuzione della retribuzione di risultato*”, mentre l’art. 8, terzo comma dispone che: “*il mancato rispetto dei termini connessi all’emanazione di un atto previsto da legge regionale, se non sussistono giustificati motivi connessi all’impossibilità oggettiva della sua emanazione, costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale*” oltre che eventuale causa di responsabilità per danno all’immagine dell’amministrazione della retribuzione di risultato collegato alla *performance* individuale dei dirigenti.

Anche per quanto concerne gli apporti consultivi rileva la responsabilità in esame, ed infatti a norma dell’art. 23, comma ottavo, l’omessa comunicazione, entro i termini prescritti del parere richiesto da parte dell’organo consultivo “*costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale*”.

In linea con la declinata tendenza ad estendere la responsabilità – alla quale anche il legislatore siciliano ha dimostrato di non voler o poter resistere – la nuova disciplina del procedimento amministrativo nella Regione siciliana detta specifiche disposizioni inerenti le condotte che, con riguardo alla “*osservanza dei termini e delle norme sui procedimenti amministrativi*”, possono dar luogo a specifiche ipotesi di responsabilità dirigenziale.

Si tratta di una novità significativa non solo perché correla la disciplina dell’attività dell’amministrazione in termini più stringenti e puntuali alla responsabilità del dirigente, ma soprattutto perché rimarca ancor di più l’obiettivo della funzione del dirigente che è proprio quello di assicurare, in concreto, la “*buona amministrazione*”.

In conclusione, anche alla stregua della legislazione regionale, si rafforza la configurazione di un modello “*perplesso*” di responsabilità dirigenziale, in quanto perplesso è il modello del pubblico impiego di cui è evidente la strisciante tendenza alla ri-pubblicizzazione. Ma proprio in

quanto essa rappresenta la “*continguità strutturale*” tra politica ed amministrazione⁶⁴ e diviene epifenomeno dell’irrisolto dilemma dell’assetto della burocrazia italiana, che permane ancora troppo precaria e fidelizzata alla politica⁶⁵.

⁶⁴ A. ZOPPOLI, *Dirigente (privato e pubblico)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2012, V, 549.

⁶⁵ Debbono quindi condividersi le conclusioni in merito dell’ampio lavoro di C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 364 e ss.

DIRIGENZA, RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE
E ORDINAMENTO LOCALE:
UNA SOSTENIBILE DIFFERENZA DELL'ESSERE?

di Francesco Fabrizio Tuccari

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dirigenza e responsabilità dirigenziale nel prisma di un rapporto in cerca d'identità. – 3. La realtà locale. – 4. Un possibile punto di ripartenza.

1. *Premessa*

Costituisce fatto notorio che l'ordinamento degli enti locali spesso riveste un ruolo pionieristico e trainante rispetto al resto del sistema amministrativo italiano, in quanto terreno di coltura e sperimentazione di innovazioni normative che da qui vengono generalmente mutate per gli altri apparati pubblici.

Ed è risaputo che il fenomeno ha riguardato, tra l'altro, i principi informativi degli assetti della dirigenza e della responsabilità dirigenziale, laddove si consideri la funzione paradigmatica convenzionalmente attribuita alla l. n. 142/1990 rispetto ai successivi interventi statali in materia che, a partire dall'asse formato dalla l. n. 421/1992 e dal d.lgs. n. 29/1993, vi hanno tratto ispirazione e linfa vitale per poi seguire il proprio corso¹.

¹ L'affermazione è costante nella letteratura scientifica sull'argomento: cfr., per tutti, almeno V. OTTAVIANO, *Rilievi in tema di «dirigenza» di comuni e province ex art. 51 l. 8 giugno 1990, n. 142*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Virga*, Milano, 1994, II, 1228 ss.; G. PITRUZZELLA, *La dirigenza degli enti locali*, *ivi*, 1418 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Il problema della dirigenza locale*, in *www.giustamm.it*, 1995; L.A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale tra «rapporto di fiducia» e «principio di separazione» delle funzioni politico-amministrative e gestionali*, in *Le Reg.*, 2002, 1, 51 ss.; M. RUSCIANO, *La dirigenza pubblica locale: tra vecchie impostazioni e nuove tendenze*, in *Lav. p.a.*, 2002, 5, 893 ss.; G. NICOSIA, *L'alta dirigenza locale: il rapporto di lavoro del segretario comunale e provinciale*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro*, Torino, 2004, V, 1, 1029 ss.; M. IMMORDINO, M. RAGUSA, *La dirigenza negli enti locali*, in M.P. CHITI, R. URSI (a cura di), *La dirigenza*

Non altrettanto sembra potersi dire, in proposito, del vigente ordinamento degli enti locali, che sull'argomento presenta una serie di particolarità finora rimaste sue proprie esclusive², sulle quali non sono intervenute neanche le due recenti iniziative di riforma della dirigenza pubblica, né quella interrotta del 2015³ né quella quiescente del 2019⁴; e ciò nonostante che la prima fosse dichiaratamente rivolta fin dal titolo a uniformarne⁵ i vari modelli⁶, e che peraltro nella fase di delega avesse preso come riferimento proprio quello della dirigenza locale,

pubblica: analisi e prospettive, Torino, 2007, 230 ss.; E. GRAGNOLI, *Lo spoils system e l'imparzialità del dipendente degli enti locali*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2007, 1, 38 ss.; A. FILIPPINI, *L'impatto del d.lgs. n. 150/2009 sulla dirigenza dell'ente locale, tra diretta applicabilità e necessità di coordinamento normativo*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2010, 2, 421 ss.; A. CONTIERI, M. IMMORDINO (a cura di), *La dirigenza locale*, Napoli, 2012; G. GARDINI, *La dirigenza locale in bilico tra uniformità e specialità. Una riflessione alla luce della proposta di riforma Madia*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2016, 1-2, 157 ss.

² Cfr., per tutti, C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, cit., *passim* e, spec., 295 ss.

³ Avviata mediante la l. n. 124/2015, proseguita con la redazione dello schema di decreto legislativo «Disciplina della dirigenza della Repubblica» (Atto del Governo n. 388), interrotta dapprima per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016 e poi a causa della fine della legislatura.

⁴ Avviata mediante il d.d.l. «Deleghe al Governo per il miglioramento della pubblica amministrazione» (A.S. n. 1122), all'esame dell'11^a Commissione permanente (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) in sede referente, fermo dal 30 luglio 2019 (data dell'ultima seduta sull'argomento).

⁵ Come nel caso della c.d. riforma Madia, su cui cfr., senza pretesa di esaustività, in relazione allo specifico argomento, S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, in G. DELLA TORRE (coord.), *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Atti del LXII Convegno di Studi amministrativi (Varenna, 22-24 settembre 2016), Milano, 2017, 641 ss.; A. BOSCATI, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2017, num. un., 46 ss.; M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2018.

⁶ Sui vari modelli di dirigenza pubblica e sui relativi regimi giuridici, cfr., per tutti, A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica. Contributo ad uno studio del rapporto di "autonomia strumentale" tra politica e amministrazione*, Napoli, 2002; A. DI CASOLA, *Le dirigenze pubbliche nei recenti interventi normativi: funzioni e rapporto con la politica*, in *Ist. fed.*, 2009, 5-6, 1031 ss.; S. BATTINI, *Al servizio della Nazione?...*, cit.; A. D'ANDREA, *Il modello legislativo della dirigenza pubblica*, Roma, 2013.

salvo cambiare impostazione nella fase delegata rimasta in embrione, probabilmente anche per la constatata difficoltà di conseguire l'obiettivo proposto nel segno di un modello per più aspetti a sé stante⁷.

Infatti, mentre alcune delle particolarità in discorso si presentano come più apparenti che non reali, risolvendosi in lievi e inessenziali divergenze di disciplina di dettaglio o consistendo in lacune normative agevolmente colmabili in via interpretativa⁸, altre invece si profilano già all'approccio come emblematiche di una sorta di microcosmo, riflesso della differenza ontologica e ontica tra gli apparati centrali dello Stato e gli apparati locali: gli uni, prettamente burocratici e dalle dimensioni generalmente medio-grandi, in cui l'indirizzo ha un'unica matrice⁹ ed è distinto dall'amministrazione; gli altri, prevalentemente di servizio e dalle dimensioni tendenzialmente più contenute, in cui l'indirizzo ha più matrici¹⁰ e, non governandosi per politiche pubbliche, di norma viene incorporato nell'amministrazione¹¹, che di tali apparati è il tratto somatico maggiormente identitario e caratterizzante¹².

Differenza, questa, che le riforme in tema di enti locali succedutesi dalla l. n. 81/1993 in poi hanno contribuito a scolpire ulteriormente, in particolare sui versanti dell'organizzazione e della responsabilità di risultato¹³, facendo di tale tipologia di enti un'amministrazione per molti aspetti "altra" da quella statale.

⁷ L. CASINI, *Politica e Amministrazione: «The Italian Style»*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 13 ss., spec. 32, rileva che la l. n. 124/2015 risultava «plasmata eccessivamente sul modello della dirigenza locale, poco adatto a quello statale [...]. Il decreto attuativo è stato perciò, sin dall'inizio del suo iter, scritto con l'intento di correggere le rigidità – e le storture, quando non addirittura le vere e proprie «trappole» [...] – stabilite dalla delega».

⁸ Per un'analitica disamina di queste differenze si rinvia a C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 324 ss.

⁹ Ossia il ministro.

¹⁰ Ovvero consiglio, sindaco o presidente della provincia, giunta e assessori.

¹¹ Cfr., per tutti, G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969, 46 ss.; G. PALMA, *Indirizzo politico statale e autonomia comunale. I tratti di una parabola concettuale*, Napoli, 1982; P. FORTE, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell'amministrazione tra autonomia politica, territorialità e governance*, Milano, 2011, spec. 67 ss.

¹² L.A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale...*, cit., 22; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, in *Dir. pub.*, 2009, 1, 101 ss., spec. 106.

¹³ P. BARBERA, *Intervento. La dirigenza di vertice tra politica e amministrazione*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2005, spec. 1056, evidenzia «le forti differenze che si registrano – nella

2. *Dirigenza e responsabilità dirigenziale nel prisma di un rapporto in cerca d'identità*

La prima e più importante delle suaccennate particolarità “di scenario”, che costituisce l'ideale filo rosso delle altre e su cui pertanto si concentrerà l'attenzione, consiste nel rapporto tra politica e amministrazione¹⁴.

riflessione sulla dirigenza pubblica – tra le amministrazioni locali e le amministrazioni centrali dello Stato», rivenienti sia dalla possibilità che «gli enti locali hanno avuto [...], almeno dal 1993, di innovare di più, prima e più radicalmente, nei propri modelli organizzativi», sia dal fatto che «la stessa nozione di amministrazione è diversa nelle istituzioni locali piuttosto che nello Stato. Il nuovo articolo 118 della Costituzione e le leggi di trasferimento delle funzioni della seconda metà degli anni Novanta hanno infatti prodotto e legittimato una consapevolezza della “responsabilità di risultato” che grava sull'amministratore locale – sul Sindaco o sul Presidente della Provincia – assai più forte e “stringente” di quanto accada per il Ministro».

¹⁴ La bibliografia sull'argomento è vastissima: cfr. per tutti, oltre agli Autori citati nelle note precedenti, in particolare alle note 1), 4) e 5), M.S. GIANNINI, *Parlamento e Amministrazione*, in *Amm. civ.*, 1961, 1, 145 ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1966, 3, 752 ss.; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1975; S. CASSESE, *Grandezza e miserie dell'alta burocrazia in Italia*, in *Pol. dir.*, 1981, 2-3, 219 ss.; M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 1, 162 ss.; F. MERUSI, *I rapporti tra governo e amministrazione*, in S. CASSESE, A.G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente*, Bologna, 1993, 25 ss.; M. D'ALBERTI (a cura di), *L'alta burocrazia*, Bologna, 1994; G. AZZARITI, *Modelli di amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Pol. dir.*, 1996, 4, 529 ss.; M. CLARICH, *Riflessioni sui rapporti tra politici e amministrazione (a proposito del T.A.R. Lazio come giudice della dirigenza statale)*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, 361 ss.; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, 2003; S. CASSESE, *La dirigenza di vertice tra politica e amministrazione: un contributo alla riflessione*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2005, 6, 1039 ss.; F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna, 2006; J.B. VERA, *Imparzialità vs indirizzo politico: le variabili del rapporto tra politica e amministrazione nella dinamica delle istituzioni*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, 15 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione ...*, cit.; V. GASPARINI CASARI, *La dirigenza pubblica nel rapporto fra politica e amministrazione*, in *Dir. ec.*, 2009, 3-4, 543 ss.; A. CONTIERI, F. FRANCIANO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010 (2 voll.); G.M. SALERNO, *I rapporti tra Governo e Amministra-*

Esso, che rappresenta la cartina di tornasole dell'essere, dello strutturarsi e dell'agire amministrativo¹⁵ e che si riflette a cascata sulle relazioni interne alle diverse componenti della burocrazia¹⁶, è infatti il vero e proprio cardine degli assetti della dirigenza e, conseguentemente, della responsabilità dirigenziale.

La formale impostazione e il concreto svolgimento di questo rapporto, considerati in sé e messi in chiave tra loro, fanno registrare, per un verso, non secondarie differenze tra ordinamento statale e ordinamento locale e all'interno di ciascuno di essi; e, per altro verso, l'emergere di possibili varianti rispetto agli oramai consolidati modelli dico-

zione: spunti ricostruttivi, in *Il Filangieri*, Quaderno 2010, *Governare le democrazie. Esecutivi, leader e sfide*, 135 ss.; B.G. MATTARELLA, *Politica e amministrazione negli enti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 2, 207 ss.; M.R. SPASIANO, *Linee evolutive del rapporto politica-amministrazione tra esigenze di continuità e tentazioni di contiguità*, in *Nuove Autonomie*, 2010, 1, 86 ss.; D. MONE, *La dirigenza pubblica nell'ordinamento italiano attraverso il difficile rapporto tra politica e amministrazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 5, 527 ss.; V. FANTI, *Politica e amministrazione tra storia e attualità: a proposito della figura del dirigente pubblico*, *ivi*, 817 ss.; M.C. CAVALLARO, *Il rapporto tra politica e amministrazione*, in *La dirigenza locale*, cit., 1 ss.; L. ORNAGHI, *Sui confini dell'amministrazione e della politica odierna*, in *Amministrare*, 2016, 2, 299 ss.; V. CERULLI IRELLI, D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico (ordinamenti a confronto)*, Torino, 2018; L. CASINI, *Politica e amministrazione ...*, cit.; F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, in *Pers. e amm.*, 2019, 1, 109 ss.

¹⁵ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991, 348, evidenzia come nel rapporto tra politica e amministrazione sia «riflesso [...] nell'ordinamento giuridico uno dei maggiori problemi sociali del nostro tempo. Quello di contemperare tre diverse e contrastanti esigenze. Da una parte, la necessità di assicurare una guida dell'amministrazione. Dall'altra quella di isolare l'amministrazione dall'abuso della politica. Dall'altra, ancora, quella di assicurare che l'amministrazione soddisfi le richieste della società»; L. CASINI, *Politica e amministrazione*, cit., 1, lo qualifica come «profilo cruciale per comprendere i vizi e le virtù della pubblica amministrazione».

¹⁶ Ossia politico-fiduciaria, amministrativo-professionale e di raccordo-snodò: in argomento cfr., per tutti, S. CASSESE, *La carriera del burocrate: dirigenza politica e dirigenza amministrativa*, in L. VISENTINI (a cura di), *Lavoro, professionalità e carriera nella pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 105 ss.; F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. pub.*, 2009, 1, 57 ss.; M. MACCHIA, *La (mancata) separazione: gli uffici di raccordo politico-amministrativo*, in L. CASINI (a cura di), *Venti anni di politica e amministrazione in Italia*, Bologna, 2017, 125 ss.

tomici¹⁷ della separazione-subordinazione, dell'interconnessione-distinzione e dell'osmosi-sovrapposizione, osservati sia a livello teorico, dunque puristicamente, sia a livello normativo, quindi al lordo delle contaminazioni imposte dalla struttura dei contesti ordinamentali di riferimento¹⁸.

Ora, come la responsabilità dirigenziale, per potersi dire effettiva, presupporrebbe se non l'indipendenza quantomeno la (reale) auto-

¹⁷ Sul passaggio dal modello originario, che concepiva la politica e l'amministrazione come una sorta di monolite, a quello dicotomico, nonché sulle varie accezioni assunte da quest'ultimo in seno alla letteratura scientifica, cfr., per tutti, M. RIDOLFI, *La distinzione tra politica e amministrazione nella struttura e nell'organizzazione della P.A.*, in *Riv. it. pub. manag.*, 2019, 1, 97 ss., spec. 97-99.

¹⁸ Com'è noto, a livello teorico, il modello della separazione-subordinazione, il cui archetipo è rappresentato dal sistema inglese fondato sulla concezione della politica come servizio neutrale al cittadino e sul principio della responsabilità ministeriale, comporta una rigida divisione tra la stessa politica, titolare delle funzioni di governo, e l'amministrazione, il cui compito è di darvi esecuzione, da posizione sottoposta e senza margine alcuno di discrezionalità, essendo quest'ultima configurabile semmai, sempre previo interfacciamento con la politica, rispetto all'adozione dei singoli atti gestionali. Il modello dell'interconnessione-distinzione, il cui archetipo è rappresentato dal sistema francese imperniato sulla fiduciarità e sulla conseguente continuità tra politica e amministrazione, ne implica la più semplice distinzione, sicché *i*) non esiste una vera e propria differenziazione tra attività d'indirizzo e attività di gestione, giacché l'una ben può recare elementi che a rigore sarebbero propri dell'altra e viceversa, *ii*) l'amministrazione, organizzata gerarchicamente e responsabile verso la politica, non ha compiti meramente esecutivi, essendole consentita l'assunzione di scelte discrezionali anche riguardo agli indirizzi da attuare. Il modello dell'osmosi-sovrapposizione, il cui archetipo è rappresentato dal sistema statunitense fondato su di un'ancor più forte e intensa fiduciarità rispetto a quella che caratterizza il modello dell'interconnessione-distinzione e sulla conseguente (pressoché) inscindibile continuità tra politica e amministrazione, al punto che quest'ultima si profila come una sorta di filiazione di quell'altra, con cui nella sostanza finisce per coincidere. Il passaggio dai modelli teorici a quelli normativi comporta quasi sempre la necessità di apportare adattamenti e correttivi in funzione di variabili legate alla forma di Stato, di governo, *etc.*, come sta ad attestare per tutte l'esperienza italiana, in cui si registra il passaggio dal modello cavouriano dell'osmosi-sovrapposizione a quello dell'interconnessione-distinzione delle riforme avviate nel 1992-1993. In argomento, per un'utile prospettiva d'insieme, cfr., per tutti, C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione?*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1994, 1, 151 ss.; L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000, 13 ss.; C. COLAPIETRO, *Politica e amministrazione: riflessioni a margine di un rapporto controverso*, in *St. parl. e di pol. cost.*, 2011, 1-2, 147 ss.

mia dell'amministrazione dalla politica¹⁹, così la sola idea di una totale separazione tra di esse, perorata in passato con pluralità di accenti a tutela della prima dalla seconda²⁰ ma talvolta anche nella prospettiva inversa²¹, oggi viene convenzionalmente ritenuta impraticabile quando non perfino utopistica²².

Ciò a causa di evidenti necessità di contemperamento (più che di vero e proprio bilanciamento)²³ tra esigenze diverse: da un lato, quella

¹⁹ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale...*, cit., 51.

²⁰ In Italia, tra i più noti fautori di una rigida separazione tra politica e amministrazione, M. MINGHETTI, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, 1881; S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949; A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, cit.; con riferimento ad altre esperienze, come ad esempio quella statunitense, cfr. W. WILSON, *Congressional Government A Study in American Politics*, New York, 1885; ID., *The Study of Administration*, in *Pol. sc. quart.*, 1887, 2, 197 ss., per il quale una netta separazione tra politica e amministrazione era necessaria per incrementare la professionalità e la responsabilità dell'apparato burocratico, nonché F.J. GOODNOW, *Politics and Administration. A Study in Government*, London, 1914, che limitava la separazione alla burocrazia "professionale", evidenziando la necessità che la burocrazia "politica" fosse subordinata alla politica e da questa controllata, pena altrimenti il rischio di inefficienza legato all'acquisita consapevolezza, da parte dei funzionari, di essere soltanto una catena di trasmissione degli ordini della politica.

²¹ M. WEBER (bearb. v.), *Grundriss der Sozialökonomik. III. Abteilung. Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, il quale, preso e dato atto dell'estrema debolezza della classe politica, riteneva che la separazione potesse costituire la più efficace garanzia dal rischio di un governo a totale trazione burocratica (*Beamtenherrschaft*).

²² R. LEONARDI, *Il principio della separazione della politica dall'amministrazione: alla ricerca del confine tra realtà e utopia* (commento a Tar Friuli-Venezia Giulia, 25 marzo 2002, n. 141), in *Foro amm. TAR*, 2002, spec. 1226.

²³ Si ritiene preferibile esprimersi in termini di "contemperamento" anziché di "bilanciamento", vocabolo invero molto più utilizzato, in considerazione della ravvisata «persistente ambiguità» di quest'ultimo, che evoca l'«attribuire un *peso*, un valore, ad un principio rispetto ad un altro, il che implica che il principio cui viene attribuito *minor valore* viene sacrificato, accantonato, mentre l'altro prevale, ma anche nel senso» appunto di contemperamento, che invece richiama l'individuare «una soluzione *mediana* che tenga conto di entrambi i principi in conflitto e che [...] li applichi o li sacrifichi entrambi» (corsi originali): così G. MANIACI, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in *Rag. prat.*, 2005, 2, 335 ss., spec. 335, che intende il bilanciamento esclusivamente nel primo significato; sulla differenza tra "contemperamento" e "bilanciamento", R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 230.

di dare attuazione ai principi di imparzialità, buon andamento ed esclusività che innervano la concezione della burocrazia come freno a un indirizzo ministeriale difforme da quello parlamentare²⁴ e, con voci critiche, quale garante degli «interessi rimasti esclusi al livello politico»²⁵; dall'altro, le esigenze, rivenienti dai principi democratico e di sovranità popolare e potenziate dal principio di autonomia, di consentire la realizzazione del programma di governo, ancorando la legittimazione del potere amministrativo, a tal fine occorrente, alle «forme» e ai «limiti» del dettato costituzionale, ossia al necessario suo passaggio attraverso il circuito politico²⁶.

Tutte queste esigenze, frutto della ravvisata compresenza nella Carta costituzionale di più modelli di amministrazione o di un unico modello diversamente articolato in più parti²⁷⁻²⁸, hanno inevitabilmente inciso sulle dinamiche evolutive del rapporto in parola; ragion per cui negli apparati centrali dello Stato la burocrazia, per lungo tempo rimasta confinata nella dimensione della mera esistenza rispetto alla politica, ha poi acquisito un certo grado sì di autonomia, senza però divenire né del tutto autonoma né indipendente dalla stessa²⁹.

In tale prospettiva, il «passaggio [...] dal modello [...] “a responsabilità ministeriale”», in cui la relazione gerarchica tra politica e ammini-

²⁴ G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, 1967, ne evidenzia il ruolo di «fattore di riequilibrio costituzionale» e di «controlimita verso il potere politico».

²⁵ Così M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, 238, il quale evidenzia come questa concezione dell'amministrazione sia illusoria, rilevando che, «se per imparzialità si intende l'esigenza di farsi carico di tutti gli interessi, la politica democratica degli stati pluriclasse ha costituito l'esempio di maggiore imparzialità di cui si abbia conoscenza nella storia delle nostre istituzioni. Sarebbe semmai l'amministrazione, chiusa in una concreta autonomia in luogo di una supposta ideale apertura, a mostrarsi nella veste di una preclusiva parzialità»; e, in questa prospettiva, sostenendo la necessità «di una diffusione della sfera politica, come del resto si era fatto nei decenni passati» (240).

²⁶ *Ivi*, 232-234.

²⁷ Seguendo l'impostazione di M. NIGRO, espressa negli scritti citati alla nota n. 14.

²⁸ Ossia i modelli (o il modello), in ordine cronologico di affermazione e sviluppo, di amministrazione «servente» ex art. 95, «autocefala» ex art. 97 e «autonoma» ex art. 5 della carta fondamentale.

²⁹ V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione ...*, cit., 106 e 131, il quale evidenzia l'assenza, in Costituzione, di un'indicazione in tal senso.

strazione era controbilanciata dalla totale stabilità della burocrazia³⁰, «al modello “a competenze differenziate”»³¹, attuativo anche del principio di responsabilità del funzionario³² e in cui pesi e contrappesi cambiano in maniera non sempre coerente, appare come un affiancamento di un modello a un altro piuttosto che come un «definitivo superamento» di un modello in favore dell'altro³³; affiancamento che, per giunta, assomiglia a una combinazione di semplici insiemi, anziché a una vera e propria messa a sistema del quadro articolato e complesso che ne è così scaturito.

La conferma dell'assunto sembra potersi ritrarre, da un lato, dalla timidezza delle aperture iniziali nei confronti della dirigenza recate dal D.P.R. n. 748/1972³⁴ e, dall'altro, dalla discrepanza tra l'affermazione, tanto lapidaria quanto apparentemente assoluta, della separazione tra politica e amministrazione contenuta nelle l. n. 421/1992 e 59/1997³⁵ e la declinazione sul piano esclusivamente funzionale invece offertane dal d.lgs. n. 29/1993³⁶, nonché, sia pure con maggior forza e intensità, dagli interventi legislativi successivi³⁷; i quali tutti, raccogliendo all'evidenza

³⁰ Imperniata sulla legge e sull'applicazione, a livello organizzativo, dei principi e delle regole di diritto pubblico: in argomento, per tutti, A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018; E.N. FRAGALE, *La distinzione tra politica e amministrazione: un modello da perfezionare?*, in *Dir. pub.*, 2018, 3, 827 ss., spec. 833.

³¹ In argomento, S. RAIMONDI, *Dirigenza* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XI, 1 ss.; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 29.

³² Per una lettura a sistema degli artt. 97, comma 2 e 28 Cost., G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 177 ss., nonché M.C. CAVALLARO, *Il rapporto ...*, cit., 3, «[...] non è tanto o non è solo l'esigenza di un'amministrazione imparziale che impone l'attribuzione in capo ai dirigenti dell'attività di gestione; ma è soprattutto la previsione di una responsabilità [...] di ciascun funzionario [...] che presuppone che lo stesso eserciti concretamente l'attività amministrativa» (corsivo originale).

³³ E.N. FRAGALE, *La distinzione tra politica e amministrazione ...*, cit., 833.

³⁴ Fondate sui criteri di riparto del valore e del carattere discrezionale o meno dell'atto, per cui i dirigenti erano competenti ad adottare atti di minor valore e a carattere vincolato o a basso livello di discrezionalità.

³⁵ Art. 2, co. 1, lett. g), n. 1), l. n. 421/1992 e art. 11, co. 4, l. n. 59/1997.

³⁶ Art. 3.

³⁷ Sul rafforzamento del principio di separazione ad opera del d.lgs. n. 165/2001, Cons. St., sez. IV, 15 maggio 2009, n. 3010, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per una prospettiva di sintesi, P. CHIRULLI, *Dirigenza pubblica (riforma della)* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 2001, XI, 1 ss.

le indicazioni del diritto vivente, l'hanno qualificata come «distinzione»³⁸, formula che ne rispecchia più e meglio l'effettiva maggior elasticità e consonanza al corrispondente modello teorico che non a quello della vera e propria separazione³⁹.

Separazione funzionale o distinzione che dir si voglia, essa ha suscitato l'idea di un sostanziale tradimento legislativo del principio di separazione tra politica e burocrazia⁴⁰, per non esserne stati percorsi gli altri possibili più elevati gradi, in particolare quello immediatamente successivo della separazione «strutturale» o della «distinzione presa sul serio»⁴¹, inteso come irrinunciabile *standard* di effettività del principio stesso⁴²; e ciò anche perché la separazione funzionale-distinzione ha

³⁸ Art. 4, co. 4, d.lgs. n. 165/2001 e art. 37, co. 1, d.lgs. n. 150/2009.

³⁹ Per la differenza tra la separazione e la distinzione cfr. nota 18. In argomento v. per tutti, in giurisprudenza, Corte cost., 15 ottobre 1990, n. 453, in *Giur. cost.*, 1990, 6, 2723 ss. con commento di C. PINELLI, *Politica e amministrazione: una distinzione per l'ordine convenzionale*; Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 808, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, C. ROEHRSEN DI CAMMARATA, *Della distinzione tra governo e amministrazione*, in *Riv. amm.*, 1991, 204; F. MERLONI, *Amministrazione «neutrale» e amministrazione imparziale (A proposito dei rapporti tra «politica» e «amministrazione»)*, in *Dir. pub.*, 1997, 1, spec. 322; B. DENTE, *In un diverso Stato*, Bologna, 1999, 21 ss.; P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005; F. BASSANINI, *I principi costituzionali e il quadro istituzionale: distinzione fra politica e amministrazione, autonomia e responsabilità della dirigenza*, in G. D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, Bologna, 2008, 31 ss.; M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una "storia difficile"*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2018, 1, 26; E.N. FRAGALE, *La distinzione tra politica e amministrazione ...*, cit.; ID., *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione. La riserva di indirizzo come nuovo punto logico di partenza*, Rimini, 2020.

⁴⁰ Tanto più considerandone la dichiarata natura di principio fondamentale ai sensi dell'art. 117 Cost. e di norma di riforma economico-sociale, così come previsto dall'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 165/2001.

⁴¹ F. MERLONI, *Distinzione tra politica e amministrazione e spoils system*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA, R. SEGATORI (a cura di), *L'Amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Milano, 2007, 47 ss.; B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, 2012.

⁴² S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2012, 1, 39 ss., spec. 45. L'A. (41-43), nell'illustrare il documento *Le norme costituzionali sulla pubblica amministrazione. Presentazione della proposta per la Commissione bicamerale per le riforme istituzionali* – che può leggersi in

spesso finito per trasformarsi di fatto in una non altrimenti precisata «commistione»⁴³, tendente all'osmosi-sovrapposizione e – come si vedrà a breve a proposito dell'ordinamento locale – in grado di spingersi ancora oltre.

Le ragioni di questa situazione vengono convenzionalmente ascritte, anzitutto, alla scelta di un modello organizzativo ibrido come quello ministeriale⁴⁴, che, in uno alla formulazione non ottimale delle disposizioni contenute nelle riforme degli anni Novanta del secolo scorso⁴⁵, ha finito per impedire l'effettivo discernimento di una componente dall'altra⁴⁶; nella stessa prospettiva, altra causa efficiente viene individuata nel parallelo scarso séguito riscosso dall'amministrazione per dipartimenti e per agenzie⁴⁷, la cui auspicata maggior diffusione avrebbe dovuto e potuto sortire l'effetto opposto.

A tanto si aggiunga l'incidenza di fenomeni sempre più diffusi, come l'«amministrare per legge»⁴⁸, peraltro prevalentemente per decreto

S. CASSESE, A.G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione ...*, cit., 1 ss. – individua quattro gradi di separazione: il primo (c.d. «funzionale»), tra funzioni di indirizzo, appannaggio della politica, e funzioni di gestione, riservate all'amministrazione; il secondo (c.d. «strutturale»), tra funzionari e uffici «politici», che affiancano e supportano l'organo politico di vertice nella formazione degli indirizzi, e funzionari e uffici «amministrativi», che vi danno attuazione; il terzo, che rileva sullo specifico versante del rapporto di lavoro pubblico, ancora una volta tra funzioni di indirizzo, proprie della politica, e funzioni di gestione, proprie dell'amministrazione; il quarto, tra le responsabilità di risultato che fanno capo, rispettivamente, alla politica e all'amministrazione.

⁴³ Cons. St., sez. IV, 22 dicembre 2009, n. 8581, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Campania, Napoli, sez. V, 22 ottobre 2003, n. 13054, *ivi*; S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 1, 1 ss., spec. 6.

⁴⁴ V. *supra*, nota n. 18; L. SALTARI, *Dirigenza pubblica e modelli di amministrazione*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, 2008, 170 ss.; L. CASINI, *Politica e amministrazione ...*, cit., 14 ss. e 24.

⁴⁵ G. FALCON, *Riforma della Pubblica Amministrazione e responsabilità della dirigenza*, in *Le Reg.*, 1998, 5, 1203 ss., spec. 1209 ss., le cui considerazioni, espresse nei confronti del d.lgs. n. 29/1993, possono essere mutate tal quali anche nei riguardi del successivo d.lgs. n. 165/2001.

⁴⁶ Come rilevava già alla fine del XIX secolo E. PRESUTTI, *Lo Stato parlamentare e i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, 1899, spec. 19 ss.

⁴⁷ L. CASINI, *Politica e amministrazione ...*, cit., 14 ss. e 24.

⁴⁸ S. CASSESE, *Che cosa resta ...*, cit., 6.

legge o per legge provvedimento⁴⁹, con conseguente crisi dell'attività d'indirizzo, di fatto oramai appiattita sulle presupposte disposizioni normative e concentrata (meglio: sviata) su questioni di natura prevalentemente gestionale, e con ogni intuibile ricaduta sulla qualità della programmazione⁵⁰; il che ha inevitabilmente contribuito a rafforzare la politica e a dequotare l'amministrazione, deresponsabilizzandola quasi del tutto.

Non meno determinanti si sono rivelate le criticità relative alla formulazione e alla gestione dei meccanismi di nomina e di carriera della dirigenza⁵¹, la quale, pur a séguito della riforma del 1992-1993, fondata sul binomio "imparzialità – buon andamento", conservava ugualmente la propria totale stabilità; per poi invece perderla sul versante del rapporto d'ufficio⁵² per effetto della riforma del 1997, maggiormente tarata sul buon andamento *sub specie* di efficienza⁵³ e perciò improntata a logiche aziendalistico-manageriali e fiduciario-personalistiche⁵⁴ di stampo eminentemente privatistico.

Ora, è vero che la riforma del 2009 e la normativa anticorruzione hanno introdotto, quale "contromisura", un complesso di garanzie procedurali e di valutazione su base meritoria e oggettiva⁵⁵ che hanno trovato séguito e sviluppo nella parte compiuta della riforma del 2015⁵⁶,

⁴⁹ L. CASINI, *Politica e amministrazione ...*, cit., 16 ss.

⁵⁰ *Ivi*, 24-25.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Stante la temporaneità dell'incarico.

⁵³ R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della pubblica amministrazione*, Rimini, 2016, spec. 231 ss.

⁵⁴ A loro volta impennate sulla "devoluzione" al contratto collettivo di aspetti delicati, come ad esempio quello sanzionatorio.

⁵⁵ Il complesso costituito dalla l. n. 15/2009 e dal d.lgs. n. 150/2009 proceduralizza il sistema delle nomine e delle revoche (in pendenza d'incarico), introduce e disciplina il ciclo della *performance* e "contingenta" l'utilizzo di figure dirigenziali esterne. La normativa anticorruzione prevede una serie di fattispecie d'inconferibilità e d'incompatibilità degli incarichi (d.lgs. n. 39/2013), nonché il principio di rotazione degli stessi, apponendo limiti stringenti al relativo potere di rinnovo (delibera ANAC n. 831/2016, spec. 38 ss., che subordina il rinnovo ai principi di rotazione e di concorsualità, rispetto ai quali la conferma dell'incarico, oltre a essere meramente residuale, va motivata in relazione all'alta specializzazione dei compiti dell'ufficio, alla peculiare competenza acquisita dall'interessato e ai positivi risultati raggiunti per come attestati dal sistema di valutazione della *performance*).

⁵⁶ La declaratoria di parziale incostituzionalità della l. n. 124/2015 (cfr. nota n. 3)

così preparando il terreno per quella separazione strutturale e sul piano delle responsabilità affermata nella parte rimasta incompiuta di tale riforma⁵⁷; ma è altrettanto vero che, non essendo stato ancora percorso l'ultimo miglio in questa direzione né essendo stato ricostituito il regime di totale stabilità della burocrazia, quest'ultima, soprattutto se di vertice, continua di fatto a rimanere legata a doppio filo alla politica.

In quest'ordine di idee, non può sottacersi il ruolo condizionante giocato, in ultimo ma non per importanza, da meccanismi come lo *spoils system* diretto e indiretto⁵⁸, con la giurisprudenza (in particolare costituzionale) impegnata in una delicata, difficile e non sempre condivisa azione di apposizione di termini, se non proprio di regolamento di confini, tra *spoils system* legittimo e *spoils system* illegittimo⁵⁹, volta a circoscrivere

non ha inciso sull'attuazione di altri importanti tasselli della riforma, come quello della disciplina del ciclo della *performance* (d.lgs. n. 74/2017) e delle modifiche al testo unico sul pubblico impiego (d.lgs. n. 75/2017).

⁵⁷ Art. 8 e 11, l. n. 124/2015.

⁵⁸ F. MERLONI, *Distinzione ...*, cit., 48, sottolinea le «interferenze evidenti» del meccanismo dello *spoils system* sul principio di distinzione (48); L. CASINI, *Politica e amministrazione ...*, cit., 29 ss.; per un'utile prospettiva d'insieme, C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione. Contributo allo studio dei rapporti tra politica e amministrazione*, Torino, 2017; S. NERI, *Lo spoils system: una analisi empirica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 3, 313 ss.

⁵⁹ Tra le tante, Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 8, 911 ss., con commento di S. BATTINI, *In morte del principio di distinzione tra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system*, nonché in *Giur. cost.*, 2006, 3, 2357 ss., con commento di C. PINELLI, *L'avallo del sistema delle spoglie, ovvero la vanificazione dell'art. 97 Cost.*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2006, 1, 38 ss., con commento di E. GRAGNOLI, *Lo spoils system e l'imparzialità del dipendente degli enti locali* e in *Le Reg.*, 2007, 1, 137 ss., con commento di F. MERLONI, *Primi incerti tentativi di arginare lo spoils system nelle Regioni*; Corte cost., 23 marzo 2007, nn. 103 e 104, in *Giur. cost.*, 2007, 2, 984 ss., con commento di F.G. SCOCCA, *Politica e amministrazione nelle sentenze sullo spoils system*, nonché in *Le Reg.*, 2007, 5, 836 ss., con commento di F. MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione*; in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 12, 1307 ss., con commento di A. MASSERA, *Il difficile rapporto tra politica e amministrazione: la Corte costituzionale alla ricerca di un punto d'equilibrio*; in *Foro it.*, 2007, I, 6, 1633 ss., con commento di D. DALFINO, *Dirigenza regionale e dirigenza locale di vertice: il metodo delle relazioni tra politica e amministrazione e il giusto procedimento*; Corte cost., 24 ottobre 2008, n. 351, in *Le Reg.*, 2009, 114 ss., con commento di F. CORTESE, *Spoils system e illegittima rimozione di dirigenti pubblici: la Corte costituzionale afferma l'inderogabilità della reintegrazione nel posto di lavoro*, nonché in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1, 34 ss., con commento di C. SILVESTRO, F. SILERI, *Dirigenti esterni e spoils system*; Corte cost., 28 novembre 2008, n. 390, in *Le Reg.*, 2009, 2, 406 ss., con commento di S. DE GÖTZEN, *Lo status di neutrali-*

quanto più possibile la portata del primo, limitandola alle ipotesi di decadenza automatica, per cambio di guida politica, della dirigenza apicale di nomina fiduciaria coinvolta nel processo di formazione dell'indirizzo; azione, quale che sia, il cui esito può dare (o restituire) il giusto spazio al sistema della valutazione della *performance* e della responsabilità dirigenziale, attivando (o ripristinando) l'equilibrio e il rapporto di reciproca complementarità tra le stesse e lo *spoils system* consentito.

tà dei componenti dei collegi sindacali delle aziende sanitarie locali li pone al di fuori dello spoils system; Corte cost., 27 gennaio 2010, n. 34, in *Le Reg.*, 2010, 1136 ss., con commento di F. MERLONI, *Spoils system: il timore dell'overruling impedisce alla Corte di fare chiarezza*; Corte cost., 5 marzo 2010, n. 81, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2693 ss., con commento di L. FIORILLO, *Incarichi di funzione dirigenziale e spoils system: la Corte costituzionale definisce il quadro di operatività dell'istituto*; Corte cost., 24 giugno 2010, n. 224, in *Foro it.*, 2010, I, 9, 2279 ss., con commento di G. D'AURIA, *Ancora su nomine fiduciarie dei dirigenti pubblici e garanzie contro lo «spoils system»*; 24 gennaio 2017, n. 15, in *Lav. e prev. oggi*, 2017, 9-10, 624 ss., con commento di C. LAVALLE, *Ancora una sentenza della Corte costituzionale sull'illegittimità dei meccanismi di «spoils system»*; Corte cost., 22 febbraio 2019, n. 23, in *Giur. cost.*, 2019, 1, 267 ss., con commento di M. GORLANI, *I segretari comunali e lo «spoils system»: un compromesso non semplice (e non convincente) per una figura dai profili multiformi*, *ivi*, 2019, 3, 1735 ss. con commento di G.P. DOLSO, *Corte costituzionale, spoils system e sindacato di ragionevolezza*, in *Le Reg.*, 2019, 2, 487 ss., con commenti di S. DE GÖTZEN, *L'affermazione del carattere fiduciario è compatibile con le funzioni del segretario comunale?* (487 ss.) e di C. NAPOLI, *La Corte costituzionale interviene sul rapporto tra vertice politico e vertice amministrativo dell'ente locale. Una nuova forma di «bicefalismo» per i segretari comunali e provinciali?* (501 ss.). Per utili prospettive di sintesi, relative anche ad altre pronunzie della Consulta in materia (ad es. n. 161/2008, 304/2010, 228/2011, 152/2013, 27/2014, 20/2019), S. DE GÖTZEN, *Il bilanciamento tra spoils system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale*, in *Le Reg.*, 2007, 5, 848 ss.; M. MIDIRI, *La Corte, i politici e lo spoils system*, in *Dir. pub.*, 2008, 3, 927 ss.; A. DI CASOLA, *Le dirigenze pubbliche*, cit.; G. AMOROSO, *Dirigenza pubblica e «spoils system» nella giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2009, I, 7, 1332 ss.; W. CORTESE, *Nel ginepraio dello «spoils system». Qualche notazione critica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 2, 431 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del Giudice delle leggi*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2009, 1, 273 ss.; L. GRIMALDI, *La controversa disciplina della dirigenza pubblica regionale nella più recente giurisprudenza costituzionale sullo spoils system*, in *www.amministrazioneincammino.it* (2010); S. BATTINI, *Il principio di separazione ...*, cit.; L. PANZERI, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale in tema di spoils system alla definizione del rapporto tra politica e amministrazione*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 251 ss.; G. SCACCIA, *Spoils system e giurisprudenza costituzionale*, in N. MACCABIANI (a cura di), *Corte costituzionale e spoils system. Il caso dei segretari comunali arriva alla Consulta*, Milano, 2018, 73 ss.; S. BATTINI, *L'invasione degli apicali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 3, 269 ss.

Nondimeno, pur a fronte di una situazione pressoché generalizzata, vi sono branche dell'amministrazione dello Stato in cui la separazione-distinzione tra politica e burocrazia non si arresta al livello funzionale ma va ben oltre, risultando improntata a tale rigidità e nettezza⁶⁰ da rappresentare la vera e propria «frattura»⁶¹; resa ancor più evidente dall'espressa attribuzione alla componente amministrativa di un'autonomia dichiaratamente «speciale», che sembra emanciparla da quella «necessaria [...] subordinazione al potere politico», spesso addotta quale argomento decisivo finalizzato a negare l'astratta configurabilità del modello stesso della separazione e, in ogni caso, a farne *condicio sine qua non* per la concreta sua praticabilità⁶².

3. La realtà locale

Questo stato di cose, che attesta l'esistenza di più modelli non omogenei tra loro di rapporti tra politica e amministrazione, è riscontrabile anche in ambito locale dove, con caratteristiche diverse quando non di segno opposto⁶³, la linea di confine tra politica e amministrazione è sem-

⁶⁰ Cfr. D.P.C.M. 2 dicembre 2019, n. 169 «Regolamento di organizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo, degli uffici di diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione della *performance*» (in G.U. 21 gennaio 2020, n. 16), nonché i relativi D.M. attuativi (28 gennaio 2020, n. 21 e, soprattutto, n. 22).

⁶¹ Così, riguardo alla bozza di regolamento, C. BARBATI, a introduzione della quarta sessione del convegno internazionale di studi su *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia* (Palermo, 6-7 giugno 2019), intitolata *Le sanzioni e le garanzie procedurali e processuali*.

⁶² Così S. GALEOTTI, *Brevi considerazioni sulle norme costituzionali proposte in tema di p.a.*, in S. CASSESE, G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione ...*, cit., 65 ss.

⁶³ Sul rapporto tra politica e amministrazione nel settore degli enti locali cfr., oltre agli Autori citati in precedenza, P. BARBERA, *L'incerto confine tra funzioni d'indirizzo e attività di gestione: appunti per una riflessione sui poteri locali*, in *Pol. dir.*, 1991, 4, 547 ss.; G. PASTORI, *Governo e amministrazione negli enti locali fra la l. 142/90 e la l. 81/93*, in *Dir. amm.*, 1995, 1, 57 ss.; M. CLARICH, *Politica e amministrazione negli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 8, 781 ss.; M. ANDREIS, *I rapporti tra gli organi negli enti locali*, Torino, 1996; R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 270 ss.; V. ITALIA, *I rapporti tra politica e amministra-*

pre stata decisamente più sfumata e incerta, tanto da far dubitare perfino della sua stessa effettiva esistenza⁶⁴, anche perché – come si vedrà a breve – in ipotesi particolari ne è pure formalmente prevista addirittura la cancellazione.

In questo differente contesto ordinamentale, la dirigenza, dalla sua nascita ufficiale⁶⁵ fino alla svolta del 1990, ha costituito una sorta di fatto interno, con eventuale rilevanza esterna soltanto se e in quanto delegata dalla politica all'adozione di atti amministrativi dotati di tale efficacia.

La l. n. 142/1990, che non qualificava il rapporto tra politica e amministrazione, ma lo declinava direttamente in termini di separazione funzionale-distinzione così anticipando a mo' di prova generale (*rectius*: settoriale) l'impostazione del d.lgs. n. 29/1993, in realtà ha offerto per lungo tempo l'appiglio testuale affinché il principio in discorso finisse per rimanere nella sostanza inattuato o, comunque, per trovare attuazione dopo un lungo e laborioso *iter* procedimentale, dagli esiti per nulla scontati.

Questa legge, infatti, non attribuiva direttamente alla dirigenza le competenze gestionali, rinviandone la definizione e la disciplina agli statuti e ai regolamenti locali⁶⁶, tanto da essere considerata da una parte della giurisprudenza come testo recante norme, sul punto, di natura programmatica, sicché l'attribuzione di tali competenze, lungi da automatismi di sorta, doveva passare attraverso l'approvazione delle modifiche statutarie e regolamentari a ciò occorrenti⁶⁷.

zione nelle amministrazioni locali, in *Dir. ec.*, 2009, 3-4, 509 ss.; C. BARBATI, *Politica e amministrazione nelle autonomie locali*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., 123 ss.; S. SEPE, E. CROBE, *Politica, governo locale, amministrazione: profili storici e prospettive*, in *Riv. st. pol.*, 2016, 3, 11 ss.

⁶⁴ Agli Autori citati in precedenza adde S. PARISI, *La natura del principio di distinzione tra politica e amministrazione e il suo complicato inveroamento nella forma di governo locale*, in *Le Reg.*, 2010, 6, 1205 ss.

⁶⁵ Ci si riferisce all'accordo sindacale recepito con D.P.R. n. 347/1983.

⁶⁶ Art. 51, l. n. 142/1990.

⁶⁷ Cons. St., sez. I, 28 aprile 1999, n. 535, in *www.giustizia-amministrativa.it* e sez. III, 23 giugno 2003, n. 3717, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 6, 1908 e ss., con nota di E. MAGGIORA, *Non è automatico negli enti locali lo spostamento di competenze dagli organi di governo ai dirigenti*; *ivi*, 2003, 7-8, 2264 ss., con nota di M. LONGO, *Statuti e regolamenti comunali e principio di separazione tra attività di indirizzo politico e attività di gestione*; di diverso avviso, tra le tante, Cons. St., sez. V, 5 maggio 1999, n. 515; *Id.*, 27

E a tale orientamento si affiancavano quelle pronunzie giurisprudenziali che, alla stregua del principio di autonomia e nonostante la doppia clausola di adeguamento⁶⁸, ritenevano inapplicabile agli enti locali il d.lgs. n. 29/1993, che a tal fine non richiedeva intermediazioni di sorta⁶⁹ e di cui, anzi, era espressamente sancita dalla legge la prevalenza su eventuali disposizioni previgenti di segno contrario⁷⁰.

Il sistema successivamente delineato dalla l. n. 127/1997⁷¹, dal d.lgs. n. 267/2000⁷² e dal d.lgs. n. 165/2001, che si sottolinea aver «ribadito, rafforzandolo, il principio di separazione fra attività di governo e attività di gestione»⁷³, permette di considerare superata la questione particolare nel senso della diretta attribuzione alla dirigenza delle competenze gestionali⁷⁴; e tuttavia questo diverso stato di cose non sembra aver mutato la sostanza del rapporto tra politica e amministrazione, che il d.lgs. n. 267/2000 – pur se in norme aventi finalità e portata specifiche⁷⁵ – qualifica in termini di «distinzione», ma che il diritto vivente precisa a mo' di chiosa essere in realtà di «commistione»⁷⁶ o «frammistione»⁷⁷, come che sia la prima alquanto più labile e le altre due dalla fisionomia ben più ibrida e magmatica di quanto non avvenga in ambito statale.

La tendenziale forte compenetrazione tra politica e amministrazione

agosto 1999, n. 1004; 7 marzo 2000, n. 1200; 15 novembre 2001, n. 5833; in posizione intermedia Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008, n. 896, che, nell'affermare la necessità dell'intermediazione statutaria e regolamentare, sottolinea la simmetrica necessità di darne un'interpretazione restrittiva.

⁶⁸ Art. 27-*bis*, d.lgs. n. 29/1993; ora art. 27, d.lgs. n. 165/2001 e art. 111, d.lgs. n. 267/2000

⁶⁹ Per una prospettiva d'insieme, T. DI NITTO, *Le competenze del sindaco nella recente giurisprudenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 756 ss.

⁷⁰ Art. 45, d.lgs. n. 80/1998, su cui v. Cons. St., sez. VI, 28 marzo 2007, n. 1430, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁷¹ Che sul punto modifica l'art. 51, l. n. 142/1990.

⁷² Art. 107.

⁷³ Cons. St., sez. V, n. 3010/2009, cit.

⁷⁴ A. CONTIERI, M. IMMORDINO, *Introduzione*, in *La dirigenza locale*, cit., XII-XIII.

⁷⁵ Art. 78, co. 1, relativo ai doveri e alla condizione giuridica degli amministratori; art. 147, co. 4, relativo al sistema dei controlli interni.

⁷⁶ In giurisprudenza, Cons. St., sez. IV, 22 dicembre 2009, n. 8581; Tar Campania, Napoli, sez. V, 22 ottobre 2003, n. 13054, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, cfr. gli Autori citati alle note n. 1, 8, 24, 34, 38 e 39.

⁷⁷ Corte cost., n. 23/2019, cit.

che ne discende, suscettibile di combinarsi variamente in funzione di un più articolato e complesso quadro delle fonti rispetto a quello che connota l'ordinamento statale⁷⁸ e che pone al centro le peculiarità che costituiscono espressione dell'autonomia organizzativa degli enti, trae origine da ragioni in parte collimanti con quelle già esaminate a proposito dello Stato e in parte proprie ed esclusive della realtà locale; queste ultime tutte strettamente collegate tra loro, quando non proprio in rapporto di causa a effetto.

Alle caratteristiche identitarie dell'amministrazione locale accennate in premessa, può qui aggiungersi la maggior immediatezza, attualità e concretezza degli interessi da curare rispetto a quanto non avvenga nello Stato⁷⁹, particolarità questa sempiterna, che le riforme (soprattutto costituzionali) di settore hanno valorizzato e potenziato; la quale, se da un lato accresce meritoriamente le opportunità e le occasioni di controllo sociale diffuso sull'operato della pubblica amministrazione⁸⁰, dall'altro per forza di cose finisce per ridurre ulteriormente le distanze tra politica e burocrazia.

Prima di procedere oltre, sembra opportuno un rapido richiamo all'accennata particolare conformazione dell'indirizzo in ambito locale, per evidenziarne le possibili implicazioni sugli assetti della responsabilità dirigenziale.

Data per positivamente risolta la più generale questione relativa alla configurabilità di un indirizzo politico e conseguentemente di rapporti fiduciari nel senso proprio del termine in capo agli enti locali⁸¹, è possibile rilevare che

⁷⁸ Comprensivo, oltre al d.lgs. n. 267/2000, dei d.lgs. n. 165/2001 e 150/2009, della contrattazione collettiva di comparto, nonché degli statuti e dei regolamenti di autonomia: in argomento, N. GULLO, M. RAGUSA, *Il sistema delle fonti della dirigenza locale*, in A. CONTIERI, M. IMMORDINO (a cura di), *La dirigenza locale*, cit., 59 ss. Questo stato di cose, che impone una continua, costante e non agevole opera di coordinamento tra le varie fonti (D. DALFINO, *Dirigenza regionale e dirigenza locale*, cit., 1638), talvolta comporta, soprattutto sul versante della contrattazione collettiva, sconfinamenti e/o fughe in avanti che si ritiene opportuno espungere dal sistema (C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 345 ss., con particolare riferimento alla sanzione della sospensione dell'incarico dirigenziale per un periodo massimo di due anni e alla natura vincolante del parere del Comitato dei garanti).

⁷⁹ Cfr. gli Autori citati alla nota n. 1.

⁸⁰ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 316 ss.

⁸¹ Per un'utile prospettiva di sintesi riguardo al dibattito sull'argomento, M.C. CAVALLARO, *Il rapporto ...*, cit., 13 ss.

la peculiare conformazione dell'indirizzo permette di registrare due tendenze di segno diverso se non perfino opposto: la pluralità delle sue matrici, riveniente dall'affiancamento del modello "presidenziale" introdotto dalla l. n. 81/1993 al modello "parlamentare" contemplato dalla l. n. 142/1990⁸², in uno alla possibile (e invero frequente) non omogeneità contenutistica dei vari atti d'indirizzo, espongono la burocrazia a un maggior rischio di addebiti di responsabilità⁸³; l'incorporazione dell'indirizzo nell'amministrazione, come può incidere sulla condotta della burocrazia, così può comportare il venir meno di quegli addebiti all'esito dei relativi giudizi⁸⁴.

A tanto si aggiunga il notevole spazio attribuito alla componente fiduciaria (nei termini poc'anzi chiariti) dal modello "presidenziale"⁸⁵, il cui perno, consistente nel meccanismo dell'elezione diretta degli organi rappresentativi, accresce esponenzialmente il rischio della responsabilità politica, cosicché un rapporto tra politica e amministrazione che fosse improntato a forme di separazione-distinzione più restrittive di quella meramente funzionale risulterebbe di fatto scarsamente compatibile con il sistema⁸⁶.

In quest'ordine di idee, non può sottacersi la particolare ampiezza della discrezionalità che caratterizza l'esercizio del potere di nomina del segretario e del direttore generale e del potere di revoca di quest'ultimo⁸⁷, nonché la possibilità di attribuire incarichi dirigenziali a personale privo della relativa qualifica⁸⁸ e, in misura maggiore che nello Stato, anche al di fuori della dotazione organica⁸⁹; incarichi questi che, a con-

⁸² G. PASTORI, *Governo e amministrazione ...*, cit., 63 ss.

⁸³ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 343-344, con particolare riferimento all'ipotesi di responsabilità dirigenziale per inosservanza di direttive, a causa della possibile tanto quanto frequente evenienza che gli indirizzi, soprattutto del consiglio e della giunta, siano eterogenei tra loro.

⁸⁴ S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 293 ss., rilevano che in mancanza del formale atto d'indirizzo, la dirigenza "non fa" e "fa fare" al giudice, il quale spesso non ravvisa la responsabilità proprio per mancanza dell'atto di indirizzo.

⁸⁵ S. STAIANO, *Rafforzamento dell'esecutivo locale e funzione compensativa degli strumenti di partecipazione*, in *Reg. e gov. loc.*, 1995, 7, 1124 ss.

⁸⁶ V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione ...*, cit., 106.

⁸⁷ Cfr., rispettivamente, artt. 99 e 108, d.lgs. n. 267/2000.

⁸⁸ Art. 109, d.lgs. n. 267/2000.

⁸⁹ Art. 110, d.lgs. n. 267/2000.

ferma della loro intrinseca fiduciarità, durano il tempo del mandato elettorale⁹⁰.

Tanto, per non parlare dell'attribuzione di una serie di poteri di amministrazione attiva (gestionali e puntuali) alla parte politica⁹¹, con conseguente legittimazione della commistione-frammistione, che induce la dottrina a evidenziare la necessità di un ripensamento o comunque di una riformulazione dei rapporti tra politica e burocrazia, transitando dall'attuale modello "a competenze differenziate" a un modello che potrebbe qualificarsi "a responsabilità ripartite"; il quale, se assistito da un adeguato apparato sanzionatorio non destinato a rimanere sul piano meramente cartolare, appare certamente più in linea con gli attuali assetti ordinamentali e con la loro traduzione in termini concreti⁹².

E non è tutto.

Il rapporto in parola, infatti, può legalmente svolgersi al di là e al di fuori degli schemi noti, trasmutando in vera e propria confusione-identificazione o «immedesimazione»⁹³ dell'amministrazione nella politica, considerata la potestà-facoltà legale per gli enti locali con popolazione inferiore a 5.000 abitanti di attribuire «ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica e gestionale»⁹⁴.

Ora, se è vero che la relativa norma legittimante, che non costituisce una novità assoluta per l'ordinamento degli enti locali⁹⁵, subordina l'esercizio di questa facoltà a condizioni, presupposti, e limiti⁹⁶, i quali

⁹⁰ Su questi aspetti, C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 304 ss.

⁹¹ Per un'accurata ricognizione di tali poteri e responsabilità, C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 317 ss.

⁹² L.A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale ...*, cit., 53 ss.; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 323-324.

⁹³ S. PARISI, *La natura del principio di distinzione ...*, cit., 1269.

⁹⁴ Art. 53, co. 23, l. n. 388/2000. Mentre in dottrina si discute se la norma riguardi i soli assessori (F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, Padova, 2019, 198) ovvero anche il sindaco (C. BARBATI, *Politica e amministrazione ...*, cit., I, 123 ss., spec. 127; L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2018, 265), la prassi depone per questa seconda interpretazione.

⁹⁵ Identico meccanismo, infatti, era previsto per gli enti locali con popolazione inferiore ai 10.000 abitanti dall'art. 19, co. 2 del d.lgs. n. 77/1995, successivamente abrogato dal d.lgs. n. 267/2000.

⁹⁶ Il richiamato art. 53, co. 23, l. n. 388/2000 ammette l'esercizio della facoltà in pa-

tuttavia sono divenuti meno stringenti col tempo⁹⁷, è anche vero che la fascia degli enti interessati comprende circa il 70% dell'intero tessuto nazionale di riferimento⁹⁸; con quanto e quale potenziale impatto sul rapporto in esame e "per li rami" sulla responsabilità dirigenziale non v'è chi non veda, tanto da indurre la dottrina a ravvisarvi una vera e propria «incongruenza normativa del sistema»⁹⁹, e ciò anche in considerazione delle vicissitudini di una disposizione che, per essere stata introdotta, abrogata e poi reintrodotta nel sistema, evidentemente doveva aver dato luogo a più di qualche perplessità¹⁰⁰.

Senonché la giurisprudenza, nel dare atto della «commistione tra politica e amministrazione» che ne consegue, «il cui superamento ha rappresentato un principio cardine delle riforme degli anni '90», individua la ragion pratica di questa potestà-facoltà in «esigenze di contenimento dei bilanci, almeno nei comuni di più modeste dimensioni», le quali legittimerebbero un ritorno al passato¹⁰¹.

Affermazione, questa, che non convince, soprattutto se e in quanto rivolta a contenere la possibile portata di tale impatto, atteso che la di-

rola anche per finalità di contenimento di spesa, obiettivo il cui conseguimento andrà documentato annualmente, «con apposita deliberazione, in sede di approvazione del bilancio», subordinandolo all'intermediazione dei regolamenti organizzativi, che potranno recare disposizioni derogatorie rispetto al riparto di competenze previsto dai d.lgs. n. 165/2001 e 267/2000; tale facoltà è esclusa nell'ipotesi prevista dall'art. 97, comma 4, lettera d), d.lgs. n. 267/200 (segretario che eserciti «ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o conferitagli dal sindaco o dal presidente della provincia»).

⁹⁷ La l. n. 388/2000, nel reintrodurre il meccanismo previsto dal d.lgs. n. 77/1995, ne aveva originariamente limitato l'operatività agli enti locali con popolazione inferiore a 3.000 abitanti, subordinandola al riscontro e alla dimostrazione della «mancanza non rimediabile di figure professionali idonee nell'ambito dei dipendenti». L'art. 29, co. 4, l. n. 448/2001 ha poi elevato il "tetto" demografico, espungendo il riferimento alla carenza delle professionalità idonee interne all'ente.

⁹⁸ Alla stregua dei dati ISTAT aggiornati al 1° gennaio 2019, «[i]n Italia, ci sono 5.488 comuni sotto i 5.000 abitanti, che rappresentano il 69,43% del numero totale dei comuni italiani» (7.904): *www.tuttoitalia.it*.

⁹⁹ D. BORGONOVO RE, *Politica e amministrazione nei Comuni della Regione Trentino-Alto Adige*, in *Le Reg.*, 2001, 1, 57 ss., spec. 60.

¹⁰⁰ L.A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale ...*, cit., 49.

¹⁰¹ Cons. St., sez. IV, n. 8581/2009; Tar Campania, Napoli, sez. V, n. 13054/2003 (da cui sono tratte le espressioni tra virgolette), entrambe cit.

sposizione di riferimento, ancorché inserita in un capo di legge effettivamente intitolato alle spese della pubblica amministrazione, reca una formulazione testuale che, almeno all'apparenza, è inequivocabile nell'attribuire a tali esigenze portata meramente eventuale e aggiuntiva (o rafforzativa) della possibilità di utilizzare un meccanismo non legato al perseguimento di alcuna finalità particolare di sorta¹⁰².

Non mancano pronunzie giurisprudenziali che, evidentemente avvertendo appieno le potenzialità di quest'impatto, si fanno carico di puntualizzare come attraverso il meccanismo in parola non sia stata introdotta alcuna deroga al principio di separazione tra attività di governo e attività di gestione, «in quanto, in ogni caso, tale possibilità di deroga viene attribuita ai componenti dell'organo esecutivo e non all'intera giunta»¹⁰³.

Neanche quest'affermazione persuade, nella misura in cui dapprima ammette l'esistenza della possibilità di deroga, per poi immediatamente negarla o comunque attenuarne la portata, per di più a fronte di una disposizione che non pone alcun limite numerico di sorta¹⁰⁴, mediante un'interpretazione del relativo dato testuale in termini che appaiono, più che di tranquillizzante conformità, di quasi minimizzante non difformità.

Come che sia, rimarrebbe aperta la problematica della responsabilità dirigenziale, che astrattamente si presta a due diverse soluzioni: la prima, radicale, nell'*an*, consistente nel suo assorbimento e nella conseguente sua dissoluzione nella responsabilità politica; la seconda, microchirurgica, nel *quomodo*, che rimanda all'introduzione di una norma attributiva dei poteri d'impulso e decisionali in materia a un organo diverso dal sindaco¹⁰⁵, attuale titolare¹⁰⁶, il quale, diversamente, si troverebbe a doverli esercitare nei confronti dei propri assessori quando non addirittura di sé stesso.

È stato opportunamente evidenziato che, orientandosi per la prima soluzione, «si finirebbe per rinunciare [...] ad uno strumento correttivo e san-

¹⁰² L'art. 53, co. 23, l. n. 388/2000 prevede che «[g]li enti locali [...], anche al fine di operare un contenimento della spesa, possono [...] adottare disposizioni regolamentari organizzative, [...] attribuendo ai componenti dell'organo esecutivo le responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale. [...]» (corsivo aggiunto).

¹⁰³ Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6723, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰⁴ Cfr. note n. 94 e 95.

¹⁰⁵ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 316-317.

¹⁰⁶ Art. 4, comma 2, lett. g), l. n. 15/2009.

zionatorio di tipo giuridico, sacrificando le esigenze di tempestiva e periodica correzione dei risultati gestionali insoddisfacenti prodotti dal sindaco o dall'assessore nel suo ruolo di dirigente amministrativo»¹⁰⁷; e in quest'ordine di idee parrebbe potersi utilmente invocare pure la circostanza che l'*accountability* della politica e l'*accountability* della burocrazia sono diverse tra loro, in quanto l'una è fondata sul consenso degli elettori, mentre l'altra è imperniata su procedimenti di valutazione tendenzialmente oggettiva.

Nondimeno, essendo questa pacificamente una "zona franca" dall'operatività del principio di separazione-distinzione, sembra opportuno interrogarsi sull'effettiva sussistenza dei presupposti (o comunque degli spazi) per la configurabilità della responsabilità dirigenziale, che invece – come già detto – postula se non l'indipendenza quantomeno l'autonomia dell'amministrazione dalla politica; e d'altra parte, in mancanza di una norma del genere, la cui introduzione – considerato il particolare contesto di destinazione – potrebbe creare più problemi di sistema di quanti non intenderebbe commendevolmente risolverne, quella della configurabilità della sola responsabilità politica parrebbe conclusione, almeno per il momento, pressoché obbligata.

Non s'ignora che l'altra soluzione proposta sarebbe certamente più in linea con i generali principi d'imparzialità e buon andamento, nonché con la portata costituzionale convenzionalmente attribuita al principio di separazione-distinzione¹⁰⁸ dal diritto scritto e vivente¹⁰⁹; e tuttavia occorre pure considerare che, muovendo da quest'ipotesi-limite e ampliando il punto d'osservazione anche agli altri assetti del sistema dei rapporti tra politica e burocrazia, se ne è inferita, in una prospettiva di carattere più generale, la non assolutezza del principio di separazione-distinzione, soprattutto in ambito locale¹¹⁰, dove esso parte già "in salita".

¹⁰⁷ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 317.

¹⁰⁸ *Ivi*, 27 ss., 367.

¹⁰⁹ Art. 1, co. 3, d.lgs. n. 29/1993 e art. 1, co. 3, d.lgs. n. 165/2001, i quali, oltre a qualificare – tra gli altri – quello in esame come principio fondamentale «ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione», precisano che esso costituisce «altresi, per le regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e di Bolzano», norma fondamentale «di riforma economico-sociale della Repubblica»; per quanto riguarda il diritto vivente, l'assunto è talmente pacifico che si può rinviare alla giurisprudenza e alla dottrina finora citate.

¹¹⁰ L.A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale ...*, cit., 49; S. PARISI, *La natura del principio di distinzione ...*, cit., 1273.

Le formule utilizzate allo scopo, come quella icastica e forse volutamente enfatica di «dogma di passaggio»¹¹¹ o quella neutra ma non perciò meno efficace di «principio tendenziale a precettività variabile»¹¹², anziché mettere in dubbio la portata costituzionale del principio in discorso, come pure è stato affermato da alcuni dei loro coniatori¹¹³, o contraddirne il preconizzato ruolo di promessa di «sviluppi futuri frequenti e rilevanti», dichiaratamente ritratto proprio dalla sua avvenuta costituzionalizzazione¹¹⁴, sembrano piuttosto metterlo in chiave con il sovraordinato principio di realtà¹¹⁵.

Nel concreto amministrare, infatti, politica e burocrazia non sembrano poter essere concepite come entità a compartimenti stagni, ostandovi le vicendevoli implicazioni che le contraddistinguono¹¹⁶ e che esigono continuità, sintonia e complementarità, nella piena consapevolezza e nel reciproco rispetto dei ruoli e delle funzioni; realtà, questa, che sembra poter trovare espressione, più che nel logotipo *simul stabunt si-*

¹¹¹ L.A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale ...*, cit., 50.

¹¹² S. PARISI, *La natura del principio di distinzione ...*, cit., 1290.

¹¹³ L.A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale ...*, cit., 51, il cui contributo peraltro risale a un momento storico in cui non era ancora dato acquisito quello concernente la portata costituzionale del principio di separazione-distinzione tra politica e burocrazia.

¹¹⁴ F.G. COCA, *Politica e amministrazione*, cit., 1017.

¹¹⁵ In argomento, cfr., per tutti, R.F. ZUMBINI, *Il principio di realtà e la scienza giuridica tedesca fra XX e XXI secolo*, in *Feder.*, 2014, 7; R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e principio di realtà*, in P. BILANCIA (a cura di), *Democrazia diretta vs democrazia rappresentativa*, *ivi*, 2017, 1 (*Focus*).

¹¹⁶ Corte cost., n. 453/1990, cit.; G. FALCON, *Riforma della pubblica amministrazione ...*, cit., 1215, rileva che «se il potere generale di stabilire il percorso è in capo agli organi politici, i molti poteri di decisione intestati ormai direttamente ai dirigenti sono in grado di imprimere al veicolo direzioni di volta in volta diverse e particolari. Da qui la necessità di meccanismi che garantiscano l'armonia della guida». M. GORLANI, *I segretari comunali e lo spoil system ...*, cit., 287-288, rileva che «[...] è oggettivamente difficile distinguere, nel quotidiano agire di una pubblica amministrazione, tra scelta politica e attuazione in via amministrativa. La scelta politica, infatti, non si configura come un *a priori*, calato in una realtà amministrativa pronto per essere applicato in modo imparziale e oggettivo. [...] la decisione politica è normalmente e necessariamente condizionata dalla concreta configurazione dell'assetto amministrativo, ovvero da ciò che, in concreto, l'apparato burocratico è in grado di realizzare, dalle risorse disponibili, dalle capacità e dalle professionalità di cui si dispone, dalle esperienze pregresse maturate sul campo. Politica e amministrazione si pongono in un rapporto circolare di reciproca integrazione, tale per cui la prima indirizza l'agire della seconda, tanto quanto la gestione amministrativa influenza la formazione della volontà degli organi elettivi».

mul cadent e nella conseguente decadenza automatica degli incarichi dirigenziali di vertice al cessare del mandato elettorale¹¹⁷, nel suggestivo e per certi versi differente pittogramma del *tandem* a tal fine evocato¹¹⁸, con la politica a individuare le strategie e l'amministrazione ad approntare le tattiche da tradurre in azioni e atti puntuali.

Il tutto nell'ambito di relazioni dialogiche tanto quanto all'occorrenza dialettiche, ma sempre improntate a leale collaborazione da ambo le parti, in cui ciò che si suole rimproverare alla politica, ossia la pesante ingerenza nell'amministrazione, e ciò che si suole rimproverare alla dirigenza, ovvero una condotta di tipo epistocratico¹¹⁹ e che sembrerebbe ispirarsi – pur con le dovute differenze del caso – all'*Herr im Haus Prinzip* germanico¹²⁰, hanno carattere meramente eventuale e riguardano la sola fase patologica di tali relazioni.

¹¹⁷ E.N. FRAGALE, *La distinzione tra politica e amministrazione ...*, cit., 846.

¹¹⁸ G. FALCON, *Riforma della Pubblica Amministrazione ...*, cit., 1215, rileva che «[...] politici e dirigenti formano una specie di *tandem*, con la conseguenza che l'amministrazione può funzionare bene soltanto se la coppia è affiatata e ciascuno svolge abilmente il proprio compito, ed ovviamente se ciascuno a modo suo *pedala*» (corsivo originale); L.A. MAZZAROLI, *Il dirigente dell'ente locale ...*, cit., 58, evidenzia l'ulteriore necessità «di andare nella stessa direzione», pena altrimenti, nel caso di «spinta di entrambi i ciclisti eguale, ma contraria», che il *tandem* rimanga fermo e, nel caso di spinta «sì contraria, ma anche diseguale», che «entrambi i membri della coppia» finiscano «molto probabilmente per cadere, anziché arrivare in un posto quale che sia».

¹¹⁹ S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, 29 ss.; in questa prospettiva G. SCACCIA, *Spoils system...*, cit., 76, evidenzia che il dirigente detiene «il monopolio di fatto della conoscenza» dei mezzi occorrenti per l'attuazione degli indirizzi, che incide «sulla risorsa più preziosa per le istituzioni politiche: il fattore-tempo».

¹²⁰ Trattandosi di principio giusprivatistico fondato sull'«idea forte», di stampo paternalistico, che l'imprenditore fosse «signore in casa propria» e che la sua autorità fosse indiscutibile»: G. COMI, *Storia della Germania*, Milano, 2017, 173; in argomento cfr. altresì B. MANTELLI, *Da Ottone di Sassonia ad Angela Merkel. Società, istituzioni, poteri nello spazio germanofono dall'anno Mille ad oggi*, Torino, 2006, 68; S. RAIMONDI, *Intervento*, nell'ambito della presentazione del convegno internazionale di studi su *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, cit., rileva che l'odierno dirigente è una sorta di «imperatore del proprio ufficio».

4. *Un possibile punto di ripartenza*

In quest'ordine di idee, che sembra trovare significativi punti di contatto con la tesi della necessità del passaggio dal modello “a competenze differenziate” a quello che si è qualificato “a responsabilità ripartite”¹²¹, è il principio di ragionevolezza a dover sovrintendere, in termini normativi e amministrativi, agli assetti legali e reali del rapporto tra politica e burocrazia, sia che si continui sulla strada attuale sia che si intraprenda (o si riprenda) il percorso della separazione-distinzione anche di tipo strutturale e sul piano delle responsabilità; e ciò a maggior ragione nell'ordinamento degli enti locali, laddove se ne considerino le accennate particolarità che lo contraddistinguono.

Una conducente indicazione in tal senso può trarsi dalla nota sentenza della Consulta n. 23/2019 relativa allo *spoils system* del segretario comunale¹²², in cui lo scrutinio di legittimità è stato effettuato, anziché alla stregua dei soli consueti parametri di cui all'art. 97 Cost.¹²³, in base al principio di ragionevolezza, che, pur se poco adoperato in materia¹²⁴, ha avuto un peso determinante ai fini del decidere.

Ciò posto, ben può discutersi se sia sufficiente allo scopo la declinazione minimale offertane dalla Corte nel caso specifico, ossia nei ravvisati termini di una «deferente» non irragionevolezza che può prestarsi a legittimare «opzioni anche tra loro divergenti o, peggio, alternative»¹²⁵, come tali atte a incidere sui principi di certezza e di prevedibilità e, in misura ancora maggiore, sull'effettività dei principi di imparzialità, buon andamento e separazione-distinzione tra politica e burocrazia; ovvero se, come sembra preferibile, sia necessario fare riferimento a una ragionevolezza (più) piena, da declinare in positivo e all'occorrenza da modellare sulla falsariga della sua versione di tipo “forte” normalmente utilizzata in sede di giudizio di costituzionalità¹²⁶.

¹²¹ G. PASTORI, *Governo e amministrazione ...*, cit., 65, 69 e 71; L.A. MAZZAROLI, *Il dirigente dell'ente locale ...*, cit., 54-55; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 324.

¹²² Cfr. *supra*, nota n. 59.

¹²³ Sui quali, invece, era fondata l'ordinanza di rimessione (Tribunale di Brescia, sez. lav., 11 settembre 2017, in G.U., 1^a serie speciale, 7 marzo 2018, n. 10).

¹²⁴ G.P. DOLSO, *Corte costituzionale, spoils system ...*, cit., 1742.

¹²⁵ *Ivi*, 1743.

¹²⁶ Consistente nel ritrarre la *ratio* della norma indubbiata di costituzionalità, anzi-

In questo modo sembra possibile contenere entro lo stretto indispensabile la tendenza a riportare al centro le varie normative territoriali mediante il ricorso (o il ritorno) alla potestà legislativa esclusiva statale nel nome dell'unità o dell'unitarietà dell'ordinamento¹²⁷; il che permette di salvaguardare le particolarità proprie della realtà locale che costituiscono fisiologica espressione del principio di autonomia, in linea con quanto d'altronde previsto dalle varie clausole di adeguamento.

Tali particolarità, che invero si tende a considerare come discrepanze o eccentricità "a cassazione necessaria" in quanto suscettibili di alterare l'ordinato e simmetrico "assetto degli assetti" di disciplina tra ordinamento statale e ordinamento locale, ben possono costituire invece delle sostenibili "differenze dell'essere" di quest'ultimo; le quali, di conseguenza, andrebbero intese piuttosto come fattori di ricchezza di un sistema che voglia dirsi realmente policentrico e pluralista.

In quest'ordine di idee, lo strumento che più e meglio di altri potrebbe prestarsi all'opera di discernimento e di distinzione a ciò indispensabile sembra essere proprio quello rappresentato dal principio di ragionevolezza, tanto più se esteso e correttamente praticato anche in ambito amministrativo¹²⁸, in modo tale da garantire che il rapporto tra

ché dalla legge o dall'atto avente forza di legge che la contiene, dai principi posti a fondamento della complessiva regolamentazione di settore, ovvero – risalendo ancora più a monte – dai principi costituzionali; così inteso, esso si differenzia dal sindacato di ragionevolezza in senso debole, che invece è connotato dal ricorso all'equità e al comune sentire: in argomento, per tutti, B. CARAVITA DI TORITTO, *Le quattro fasi del giudizio di uguaglianza-ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 259 ss., spec. 260-262; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Roma, 2000; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007. Sul sindacato di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa, G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, 4, 939 ss.; F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in *Feder.*, 2018, 17.

¹²⁷ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale ...*, cit., 342 ss.; N. GULLO, *La pluralità delle fonti della dirigenza pubblica tra autonomia normativa degli enti territoriali e ricentralizzazione statale*, in questo volume.

¹²⁸ Cfr., almeno, P.M. VIPIANA, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Guarino*, Padova, 1998, III, 89 ss.; G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars interpr.*,

politica e burocrazia viva e si alimenti all'insegna dell'equilibrato dosaggio concettuale e applicativo di tutti gli altri noti principi rilevanti in materia, a partire da quelli costituzionali.

2002, 7, 437 ss.; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 371 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Ragionevolezza* (dir. amm.) (voce), in *Enc. Treccani 'Diritto on line'*, 2017.

POLITICA ED AMMINISTRAZIONE
NELL'ORDINAMENTO DEGLI ENTI LOCALI:
RIFLESSIONI A MARGINE
DELLE RECENTI PROSPETTIVE DI INDAGINE

di Anna Romeo

SOMMARIO: 1. La dirigenza pubblica: difficoltà di una categoria dagli incerti confini. – 2. La funzione dirigenziale nel sistema degli enti locali. – 3. La dirigenza pubblica tra vecchi e nuovi modelli di amministrazione. – 4. Per una riforma della dirigenza pubblica: spunti di riflessione.

1. La dirigenza pubblica: difficoltà di una categoria dagli incerti confini

Uno sguardo agli interventi normativi, regolativi e correttivi intervenuti negli ultimi decenni in materia di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione evidenzia un dato significativo, ossia la centralità, nell'ambito del dibattito istituzionale, della riflessione sul pubblico impiego, ed in particolare sulla dirigenza.

Ed è, questa, una riflessione che ruota intorno a talune difficoltà che, emerse a livello di dirigenza statale, sono riscontrabili, con profili certamente peculiari, anche nell'ambito della dirigenza degli enti locali.

Ciò è vero, in primo luogo, con riferimento ad una qualche incertezza di fondo sullo *status* giuridico dei dirigenti, a cavallo tra diritto comune e diritto speciale, al ruolo degli stessi nell'ambito dell'ordinamento ed ai rapporti con la politica da cui dipende il conferimento dell'incarico ed il suo eventuale rinnovo, non ultimo con riguardo al criterio di valutazione delle scelte e alla responsabilità dei dirigenti stessi, vale a dire all'opportunità di una misurazione di questa in base a parametri squisitamente tecnici, ovvero in base alla volontà della comunità di riferimento ed alle logiche della democrazia rappresentativa.

Sono profili che – come la più recente ed attenta dottrina¹ bene sottolinea – assumono una luce in parte diversa e che appaiono ancora più evidenti laddove si consideri la dirigenza locale.

Nell'ordinamento degli enti locali, infatti, la previsione di un intenso legame fiduciario tra direttore generale e segretario, da un lato, e sindaco e presidente della provincia dall'altro, amplificano l'instabilità e la debolezza della funzione dirigenziale che resta assoggettata al potere politico, attributario di un potere di revoca *ad nutum* di tutte le nomine e le designazioni dei rappresentanti del comune e della provincia presso le istituzioni, gli enti, le aziende e le società, controllate o partecipate dai predetti enti locali.

L'aspetto della fiduciarità sottende, come evidente, il problema dello *spoils system* che, sin dalle note – ed ormai risalenti – pronunce della Corte Costituzionale nn. 103 e 104 del 2007², è stato circoscritto solo

¹ Il riferimento è al pregevole lavoro di C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018.

² Sia consentito ricordare come, nella prima sentenza sul tema, la Corte articola la propria pronuncia in base all'assunto per il quale «la prevista contrattualizzazione della dirigenza non implica che la pubblica amministrazione abbia la possibilità di recedere liberamente dal rapporto stesso (sentenza n. 313 del 1996). Se così fosse, è evidente, infatti, che si verrebbe ad instaurare uno stretto legame fiduciario tra le parti, che non consentirebbe ai dirigenti generali di svolgere in modo autonomo e imparziale la propria attività gestoria. Di qui la logica conseguenza per la quale anche il rapporto di ufficio, sempre sul piano strutturale, pur se caratterizzato dalla temporaneità dell'incarico, debba essere connotato da specifiche garanzie, le quali presuppongano che esso sia regolato in modo tale da assicurare la tendenziale continuità dell'azione amministrativa e una chiara distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico-amministrativo e quelli di gestione. Ciò al fine di consentire che il dirigente generale possa espletare la propria attività – nel corso e nei limiti della durata predeterminata dell'incarico – in conformità ai principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97, Cost.). In tale prospettiva, è, dunque, indispensabile, come questa Corte ha già avuto modo di affermare (sentenza n. 193 del 2002 e ordinanza n. 11 del 2002), che siano previste adeguate garanzie procedurali nella valutazione dei risultati e dell'osservanza delle direttive ministeriali finalizzate alla adozione di un eventuale provvedimento di revoca dell'incarico per accertata responsabilità dirigenziale». In forza di ciò, la Corte ha, pertanto, ritenuto che la norma che prevede «un meccanismo (cosiddetto *spoils system una tantum*) di cessazione automatica, *ex lege* e generalizzata degli incarichi dirigenziali di livello generale al momento dello spirare del termine di sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge in esame – si pone in contrasto con gli artt. 97 e 98 della Costituzione. La suddetta disposizione, così formulata, infatti –

alle posizioni apicali, con esclusione sia dei dirigenti di seconda fascia che dei dirigenti generali, in ragione del carattere gestionale delle loro funzioni, nell'intento di contenere un completo riversamento della logica fiduciaria nel rapporto tra politica ed amministrazione ed assicurare comunque la realizzazione del principio di separazione tra queste.

Eppure, siffatto assetto che, con diversi profili, è rimasto sinora vigente, è stato, di recente, riconsiderato dalla stessa Corte costituzionale³

determinando una interruzione, appunto, automatica del rapporto di ufficio ancora in corso prima dello spirare del termine stabilito – viola, in carenza di garanzie procedurali, gli indicati principi costituzionali e, in particolare, il principio di continuità dell'azione amministrativa che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa. Le recenti leggi di riforma della pubblica amministrazione, in precedenza illustrate, hanno, infatti, disegnato un nuovo modulo di azione che misura il rispetto del canone dell'efficacia e dell'efficienza alla luce dei risultati che il dirigente deve perseguire, nel rispetto degli indirizzi posti dal vertice politico, avendo a disposizione un periodo di tempo adeguato, modulato in ragione della peculiarità della singola posizione dirigenziale e del contesto complessivo in cui la stessa è inserita. È evidente, dunque, che la previsione di una anticipata cessazione *ex lege* del rapporto in corso impedisce che l'attività del dirigente possa espletarsi in conformità al modello di azione sopra indicato. A regime, per i motivi sin qui esposti, la revoca delle funzioni legittimamente conferite ai dirigenti, in questa sede presi in considerazione, può essere conseguenza soltanto di una accertata responsabilità dirigenziale in presenza di determinati presupposti e all'esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato (sentenza n. 193 del 2002). Deve, pertanto, ritenersi necessario che – alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale prima richiamata – 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 – connesse alle pregresse modalità di svolgimento del rapporto anche in relazione agli obiettivi programmati dalla nuova compagine governativa – per le quali ritenga di non consentirne la prosecuzione sino alla scadenza contrattualmente prevista; dall'altro, al dirigente sia assicurata la possibilità di far valere il diritto di difesa, prospettando i risultati delle proprie prestazioni e delle competenze organizzative esercitate per il raggiungimento degli obiettivi posti dall'organo politico e individuati, appunto, nel contratto a suo tempo stipulato» (Corte cost., 19 marzo 2007, n. 103).

³ Con la pronuncia 22 febbraio 2019, n. 23 (in *Giur. cost.*, 2019, 3, 1719), la Corte Costituzionale ha dichiarato infondate «le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 99, commi 1, 2 e 3, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, censurato, in riferimento all'art. 97 Cost., nella parte in cui prevede che la nomina del segretario comunale da parte del sindaco abbia durata corrispondente a quella del mandato del sindaco stesso, con automatica cessazione dell'incarico al termine del mandato di quest'ultimo, e che la nomina sia disposta non prima di sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dalla data

che, reputando legittima la disposizione dell'art. 99, co. 1-3, TUEL, ha ampliato l'ambito delle figure dirigenziali suscettibili di decadenza automatica alla scadenza del mandato elettorale dei Sindaci, sì da includere, dunque, i segretari comunali i quali, in realtà, svolgono un compito diverso da quello tipicamente dirigenziale, sostanziandosi esso in un controllo di legalità e correttezza dell'azione amministrativa.

L'estensione dell'applicabilità della fattispecie anche ai segretari comunali è stata, invero, affermata in considerazione della ritenuta posizione di apicalità dagli stessi rivestita nell'ambito della struttura dell'ente locale, rispetto alla quale, tuttavia, la funzione da essi svolta non è gestionale – come, invece, quella dei dirigenti – bensì, tradizionalmente, volta ad esprimere un parere, sotto il profilo della legittimità, con riguardo alle proposte di deliberazione da sottoporre alla Giunta ed al Consiglio, un parere di regolarità tecnica, funzionale ad evidenziare la rispondenza o meno della proposta considerata all'interesse pubblico tutelato dalla legge.

di insediamento del sindaco, decorsi i quali il segretario è confermato. Premesso che devono ritenersi incompatibili con l'art. 97 Cost. disposizioni di legge, statali o regionali, che prevedono meccanismi di revocabilità *ad nutum* o di decadenza automatica dalla carica, dovuti a cause estranee alle vicende del rapporto instaurato con il titolare, non correlati a valutazioni concernenti i risultati conseguiti da quest'ultimo nel quadro di adeguate garanzie procedurali, quando tali meccanismi siano riferiti non al personale addetto agli uffici di diretta collaborazione con l'organo di governo oppure a figure apicali, per le quali risulti decisiva la personale adesione agli orientamenti politici dell'organo nominante, ma a titolari di incarichi dirigenziali che comportino l'esercizio di funzioni tecniche di attuazione dell'indirizzo politico, nella specie, la disciplina censurata – tenuto conto delle funzioni dall'ordinamento assegnate al segretario comunale e segnatamente la prevista assistenza del segretario alle riunioni degli organi collegiali del Comune, con funzioni consultive, referenti e di supporto, il previsto parere di regolarità tecnica su ogni proposta di deliberazione sottoposta a giunta e consiglio e l'attribuzione di funzioni di attuazione degli indirizzi e degli obiettivi stabiliti dagli organi di governo dell'ente – si presenta come riflesso di un non irragionevole punto di equilibrio tra le ragioni dell'autonomia degli enti locali, da una parte, e le esigenze di un controllo indipendente sulla loro attività, dall'altro, sicché la previsione della decadenza del segretario comunale alla cessazione del mandato del sindaco non raggiunge la soglia oltre la quale vi sarebbe violazione dell'art. 97 Cost., non traducendosi nell'automatica compromissione né dell'imparzialità dell'azione amministrativa, né della sua continuità (sentt. nn. 103, 104 del 2007, 161 del 2008, 81, 304 del 2010, 246 del 2011, 20, 269 del 2016, 15, 52 del 2017)».

Si tratta di una posizione della Corte che segna, come da più parti osservato⁴, una forte inversione di rotta rispetto all'orientamento precedente⁵ che, con riferimento ai soggetti che svolgono funzioni di controllo e vigilanza sull'osservanza delle legge e sulla regolare tenuta della contabilità – quale è, appunto, il segretario comunale – aveva ravvisato

⁴ Cfr., in particolare, S. BATTINI, *L'invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo spoil system*, in www.irpa.eu, il quale osserva che le recenti posizioni della Corte «attraverso l'abnorme estensione della categoria degli incarichi "apicali", tornano ad ampliare la libertà del legislatore di prefigurare assetti di più marcata politicizzazione delle posizioni dirigenziali». In posizione fortemente critica, conclude, pertanto, come esse «ricordano i baccelli del film di fantascienza diretto da Don Siegel nel 1956: quelli producevano extraterrestri che si sostituivano agli umani; queste producono dirigenti apicali che si sostituiscono ai dirigenti normali. L'invasione degli ultracorpi è più pericolosa dell'invasione degli apicali, ma anche quest'ultima può produrre effetti di conformismo politico che andrebbero evitati».

⁵ La Corte costituzionale era stata, infatti, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della previsione di un meccanismo automatico di decadenza dei componenti dei collegi sindacali di una Asl contraddice il principio di distinzione tra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione amministrativa necessario alla neutralità della funzione di controllo con conseguente violazione del principio del giusto procedimento. Ciò a maggior ragione laddove l'istituto della decadenza automatica viene giustificato con l'introduzione di una nuova disciplina che comporta modifiche che appaiono complessivamente marginali. Con la pronuncia del 28 novembre 2008, n. 390 (in *Giur. cost.*, 2008, 6, 4580), la Corte ha affermato che la norma che «prevede in via transitoria un meccanismo di cessazione automatica dei componenti dei collegi sindacali delle Asl per effetto della semplice designazione di nuovi membri, senza alcuna forma di contraddittorio a garanzia di quelli in carica – si pone in contrasto con il principio di distinzione tra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione amministrativa, compromettendo le esigenze di neutralità e imparzialità che sussistono in modo particolare nei confronti dei titolari di organi con funzioni di controllo contabile e amministrativo, che non sono chiamati ad attuare programmi e a realizzare obiettivi definiti dall'organo politico regionale, ma svolgono, in posizione di neutralità, funzioni attinenti al controllo del rispetto della legge e della regolare tenuta della contabilità, e in riferimento ai quali in nessun caso sono ravvisabili esigenze particolari di coesione con l'organo politico, senza che la violazione del principio del giusto procedimento possa trovare giustificazione nell'esigenza di dare immediata applicazione della disciplina di riforma introdotta dallo stesso articolo in materia di collegi sindacali delle ASL, atteso che non si è in presenza di una trasformazione sostanziale dell'impianto normativo previgente, né delle funzioni o del ruolo dell'organo di controllo della regolarità amministrativo-contabile, e che, nei fatti, la nuova disciplina aveva già trovato, almeno in parte, applicazione (sentt. nn. 233 del 2006, 103 e 104 del 2007, 288 del 2008)».

«esigenze di neutralità e imparzialità perfino più marcate di quelle che hanno indotto [...] a dichiarare la illegittimità di meccanismi di decadenza automatica riferiti ad incarichi di funzioni dirigenziali».

Ed anche con riferimento all'ipotesi in cui il segretario comunale venga nominato direttore generale, la più recente giurisprudenza costituzionale ha ravvisato la legittimità dello *spoils system* in ragione delle funzioni «eminentemente gestionali» dallo stesso svolte⁶.

Ebbene, alla figura del direttore generale – originariamente introdotta nel nostro ordinamento, dall'art. 6, co. 10, l. 15 maggio 1997, n. 127 (che ha inserito nel TUEL l'art. 51 *bis*, l. 142/1990, poi trasfuso nell'art. 108 TUEL) e, tuttavia, espunta dall'ordinamento comunale con la l. 23 dicembre 2009, n. 191 (finanziaria 2010), per i comuni con popolazione inferiore ai centomila abitanti – è stato ritenuto applicabile il meccanismo dello *spoils system* – di cui, anzi, integra un'ipotesi tipica –, costituendo essa una figura di vertice dell'apparato amministrativo che funge da sintesi tra gli organi di indirizzo politico e quelli gestionali dell'ente in ragione delle funzioni svolte, consistenti nell'attuazione degli indirizzi e degli obiettivi individuati dai primi e nella sorveglianza sulla gestione dell'ente secondo criteri di efficacia ed efficienza.

La figura del direttore generale è stata sì introdotta nel nostro sistema sulla scorta del modello statunitense del *city manager* ma con la differenza che, in quest'ultimo, la figura apicale di uno *staff* politico non ha anche funzioni di diretta ingerenza nell'adozione di provvedimenti in quanto sua finalità principale è quella di agire per una ottimizzazione quali-quantitativa dei servizi, per un soddisfacimento delle aspettative dei cittadini, in sintesi per lo svolgimento di un'attività anche a supporto della politica.

⁶ A norma dell'art. 108 TUEL, qualora non siano stipulate le convenzioni di cui al comma 3 ed in ogni altro caso in cui il Direttore generale non sia stato nominato, il Sindaco o il Presidente della Provincia può conferire le relative funzioni al segretario comunale. La giurisprudenza (Cass. civ., sez. lav., 12 giugno 2007, n. 13708, in *Giust. civ.*, 2008, 12, 3048) ha ritenuto che laddove siano affidati al segretario compiti di coordinamento dell'attività dei dirigenti e sovrintendenza all'espletamento delle relative funzioni, essi non assumono diretta responsabilità nei confronti del primo ma solo del direttore generale eventualmente nominato, e le predette funzioni allo stesso assegnate non comportano un potere del segretario di sostituzione dei dirigenti. E' invalsa la prassi dell'affidamento delle funzioni di direttore generale al segretario comunale mediante incarico esterno.

Nel nostro sistema, invece, il direttore generale esplica una funzione di supporto all'attività di programmazione e di definizione degli obiettivi di indirizzo politico-amministrativo dell'ente nonché alla pianificazione ed attuazione strategica delle scelte compiute dall'organo di indirizzo politico. In altri termini, è una figura che valorizza, da un lato, l'aspetto della fiduciarità assicurando all'organo politico la conformità all'indirizzo da esso posto, e dall'altro, la capacità manageriale attesa l'attività di ausilio all'organo politico nella determinazione degli atti di indirizzo e coordinamento dell'azione amministrativa, ma senza porre in essere alcuna ingerenza nella gestione, potendo egli avvalersi di uffici di *staff* posti alle dipendenze degli organismi esecutivi con funzione di supporto all'organo di direzione politica e, comunque, estranee all'attività gestionale delle strutture inserite in pianta organica. Il direttore generale, pertanto, è stato assimilato alla figura dirigenziale, pur essendo dotato di compiti e funzioni diverse rispetto a quelle degli altri dirigenti⁷.

Entro questa cornice, altra recente pronuncia della Corte Costituzionale⁸, del medesimo segno di quella sopra indicata, ha limitato la sfe-

⁷ Cass. civ., sez. un., 12 giugno 2006, n. 13538, in *Foro it.*, 2006, 11, I, 3078. In questo senso, altresì, Corte app. Potenza, sez. lav., 26 maggio 2011, n. 284 secondo cui «allorché il direttore generale ha il compito di riunire e coordinare i livelli di diverse strutture complesse dell'ente locale, non opera direttamente nella cura di un dato interesse pubblico, ma coordina gli atti delle varie UUDD in vista dell'adozione di atti generali da parte dell'organo politico. Quale *primus inter pares* è titolare di ogni attività concernente il coordinamento dell'azione degli altri dirigenti in funzione della realizzazione del programma politico».

⁸ Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20 (in *Giur. cost.*, 2019, 1, 226), secondo cui «sono destinatari dell'obbligo di pubblicazione delle dichiarazioni ed attestazioni di cui all'art. 14, comma 1, lett. f), d.lg. n. 33/2013 i titolari di incarichi di natura politica – o di incarichi dirigenziali che comunque comportino lo svolgimento di attività di collegamento con gli organi di decisione politica – che trovano la loro giustificazione ultima nel consenso popolare, e ciò al fine di consentire ai cittadini di verificare se i componenti degli organi di rappresentanza politica e di governo di livello statale, regionale e locale, a partire dal momento dell'assunzione della carica, beneficino di incrementi reddituali e patrimoniali, anche per il tramite del coniuge o dei parenti stretti, e se tali incrementi siano coerenti rispetto alle remunerazioni percepite per i vari incarichi. È pertanto costituzionalmente illegittimo l'art. 14, comma 1 bis, d.lg. n. 33/2013, per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui prevede che le Pubbliche Amministrazioni pubblichino i dati di cui all'art. 14, comma 1, lett. f), dello stesso decreto, per tutti i titolari di

ra dei dirigenti tenuti ad obblighi di pubblicazione di dati reddituali e patrimoniali ai soli capi dipartimento, segretari generali dei ministeri o equivalenti, e dirigenti generali, in considerazione della ravvisata esistenza di un rapporto fiduciario con l'organo politico. In quest'ottica, pertanto, in netta contrapposizione rispetto alle originarie affermazioni della stessa Corte sopra accennate⁹, si giunge ad ammettere, sul presupposto della nomina politica, una equiparazione tra dirigenti generali e figure apicali che amplia notevolmente l'ambito applicativo dello *spoils system*.

Si tratta di una linea di tendenza che sembra voler muovere in direzione di una applicazione generalizzata di siffatto meccanismo di decadenza automatica dall'incarico, in difformità rispetto a quanto avviene negli Stati Uniti dove, ormai da tempo, il sistema dello *spoils system* – che proprio qui era sorto – è stato abbandonato in favore di un modello basato sul merito e sulla responsabilità in quanto esso appariva un sistema fortemente legato agli interessi di parte e poco rispondente ai criteri di efficienza ed equità nel servizio prestato alla collettività.

E probabilmente, anche il nostro ordinamento ancora oggi – nonostante le perplessità in diverse sedi manifestate – imperniato sullo *spoils system*, dovrebbe riconsiderare le proprie scelte nel segno del diverso sistema del merito.

2. La funzione dirigenziale nel sistema degli enti locali

La complessità della funzione dirigenziale negli enti locali risulta, poi, ulteriormente aggravata da un aspetto fondamentale all'interno del modello della distinzione tra funzioni politiche e funzioni amministrative.

Se, come noto, l'assetto della dirigenza, anche nell'ordinamento degli enti locali, si connota per la sussistenza di una separazione tra la funzione di gestione – affidata all'organo burocratico – e quella di indirizzo

incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferiti, ivi inclusi quelli assegnati discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche di selezione, anziché solo per i titolari degli incarichi dirigenziali previsti dall'art. 19, commi 3 e 4, d.lg. n. 165/2001».

⁹ Il riferimento è alla pronuncia della Corte cost., 103/2007, cit.

– radicata in capo all'organo politico –, merita, tuttavia, richiamare l'attenzione su una disposizione¹⁰ contenuta nella legge finanziaria per il 2001 che, al di là delle previsioni contenute nel TUEL e nelle altre leggi di settore le quali conferiscono al sindaco diverse competenze di amministrazione attiva, incide significativamente sulla ripartizione delle funzioni ora detta. Secondo tale norma, infatti, nei comuni con popolazione inferiore a 5000 abitanti, il sindaco o l'assessore, per ragioni di contenimento della spesa pubblica, possono esercitare anche funzioni dirigenziali, concentrando su di sé, sia la funzione di indirizzo e controllo politico ed amministrativo, sia la funzione di gestione ed amministrazione concreta e puntuale.

Si tratta, chiaramente, di una prescrizione normativa che comporta¹¹, dunque, una evidente compromissione del principio della riserva all'organo dirigenziale delle competenze amministrative di natura provvedimentoale, atteso che, in siffatta ipotesi, la funzione dirigenziale si colora di una veste politica, nel senso che diventa più difficile riconoscere il confine tra tale funzione e la funzione politica.

Soprattutto, la fattispecie ora richiamata evidenzia un profilo peculiare della funzione dirigenziale su cui occorre riflettere, costituito dalla problematica individuazione dell'organo competente ad avviare l'azione per responsabilità dirigenziale in relazione ai risultati negativi di gestione laddove le funzioni dirigenziali siano svolte dal sindaco, non potendo questo essere naturalmente il medesimo soggetto che riveste il ruolo di sindaco o di presidente della provincia, che, di regola, per legge, è titolare del potere di emanare i provvedimenti sanzionatori conseguenti.

Ed allora, quale è la questione di fondo sottesa ad una più aggiorna-

¹⁰ Il riferimento è all'art. 53, co. 23, l. 23 dicembre 2000, n. 388, come modificato dall'art. 29, co. 4, l. 28 dicembre 2011, n. 448.

¹¹ Osserva efficacemente C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 315-316, che «il principio di distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa può essere pertanto, nel rispetto della soglia dimensionale, del tutto sacrificato, a semplice discrezione dell'ente locale. Il che significa che la maggioranza dei comuni italiani, in cui la dirigenza sia assente per ragioni formali o finanziarie, può configurare la propria organizzazione, sottraendosi al rispetto del principio in parola, pur solennemente sancito dall'art. 107 del tuel e dall'art. 4 del decreto sul pubblico impiego, ed affidare agli assessori o al sindaco l'esercizio delle competenze dirigenziali, di cui questi soggetti dovrebbero pure rendere conto a titolo di responsabilità dirigenziale, oltre che politica, in caso di risultati negativi di gestione».

ta e realistica ricostruzione della funzione dirigenziale nell'ambito degli enti locali?

Una possibile risposta a tale interrogativo sembra dover prendere le mosse dalla constatazione degli sviluppi registrati nell'assetto della materia in esame, ed in particolare dalla presa d'atto della circostanza che la normativa vigente sta conducendo ad una progressiva erosione dei confini e delle distanze tra politica ed amministrazione, con ciò lasciando forse emergere il vero volto del principio di distinzione tra politica ed amministrazione, vale a dire il suo carattere relativo ovvero tendenziale.

Probabilmente, dunque, come pure rilevato, nelle realtà locali il principio di separazione è «piuttosto un dogma apparente, non dotato di rango costituzionale»¹², sollecitando la riflessione sull'opportunità o sulla legittimità di applicare, anche con riferimento agli enti locali, lo schema, delineato fondamentalmente per l'amministrazione statale, della separazione tra politica e amministrazione.

3. La dirigenza pubblica tra vecchi e nuovi modelli di amministrazione

Se questo è l'assetto che oggi è dato registrare, la più recente ed attenta indagine dottrinale bene si muove nella direzione intrapresa, volta a considerare (o ri-considerare) il sistema dei rapporti tra politica ed amministrazione al fine di comprendere se, con riferimento agli enti locali, esso possa e debba essere strutturato su una rigida separazione della funzione politica da quella amministrativa.

Se si prende atto di una tendenziale coincidenza dell'attività politica e di quella amministrativa nelle istituzioni locali atteso che è soprattutto mediante la verifica dell'azione amministrativa di queste che ha luogo la determinazione di una politica propria di esse, si rivela probabilmente meglio rispondente un disegno organizzativo strutturato più che su una definita separazione di competenze tra l'organo politico – considerato anche nella sua veste di vertice e responsabile dell'amministrazione – e l'organo burocratico – nominato fiduciarmente dal primo e titolare della gestione –, su una più puntuale definizione delle «rispettive re-

¹² Così C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 323.

sponsabilità di chi fissa i programmi, di chi nomina, di chi dà le direttive, di chi amministra, di chi agisce, di chi controlla, e in generale di chi è chiamato a perseguire le finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento, alle quali l'amministrazione è funzionalmente vincolata, così com'è funzionalmente vincolata, d'altro canto, ad attuare l'indirizzo politico della maggioranza»¹³.

È un'affermazione certamente condivisibile ove si faccia un passo indietro e si guardi alle radici storiche e costituzionali del modello di amministrazione oggi vigente.

Non è chiaramente possibile ripercorrere, in questa sede, l'interessante dibattito sviluppatosi durante l'epoca liberale intorno alle diverse concezioni di amministrazione, dibattito che ha visto la contrapposizione tra un'idea di «amministrazione politicizzata»¹⁴ e un'idea di «burocrazia acefala ed irresponsabile»¹⁵.

I lavori dell'Assemblea Costituente mettono in evidenza come, grazie a Costantino Mortati, il fulcro della discussione sul pubblico impiego si incentrò sull'amministrazione in generale e sulla responsabilità dei funzionari. L'inclusione in Costituzione di alcune norme riguardanti l'amministrazione fu motivata dalla considerazione di due fondamentali esigenze: da un lato, quella di tutelare i funzionari mediante il conferimento di talune garanzie volte a sottrarli alle influenze dei partiti politici; dall'altra, «la responsabilità dei pubblici funzionari [...] la quale a sua volta presuppone la creazione di una organizzazione che giovi a precisare la responsabilità stessa»¹⁶.

Così, nel dettato costituzionale, la spinta verso un'amministrazione autonoma convive, più o meno pacificamente, con una visione tradizionale di un'amministrazione accentrata intorno alla figura del Ministro, ereditata dallo Stato ottocentesco.

L'avvento della Costituzione non altera l'idea di un'amministrazione eterodiretta, gerarchica, avente a riferimento un corpo politico, se è vero che l'art. 95 Cost. introduce nel sistema italiano la concezione anglosassone basata sulla responsabilità ministeriale per la quale, negli ambiti

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ G. GARDINI, *La dirigenza pubblica in cerca di identità. Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 1, 159.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Cfr. C. MORTATI, A.C. Seconda Sottocommissione, sez. I, 14 gennaio 1947.

di azione pubblica, il potere e la conseguente responsabilità per la gestione fanno capo esclusivamente al ministro che, come noto, risponde al Parlamento per gli atti compiuti dal proprio dicastero. E', in altri termini, un'idea del potere pubblico come situazione che si snoda intorno ad un'unica entità, avente natura politica ed un ruolo di guida per i vari organi di cui si compone l'esecutivo in ragione della fonte della propria legittimazione costituita dai principi di rappresentanza democratica e di sovranità popolare.

E nondimeno, accanto a siffatto modello – cd. cavouriano – di amministrazione, che evidenzia un forte legame con il governo, prende gradualmente forma una dimensione diversa e più moderna di amministrazione che, sulla scorta dell'idea weberiana di burocrazia, trova svolgimento nell'art. 97 Cost. il quale delinea l'amministrazione come entità imparziale, neutrale e tecnica, la cui attività si caratterizza come volta al servizio della Nazione.

È negli anni successivi che, come noto, si concretizza il terzo modello di amministrazione, quello di un'amministrazione decentrata, che, articolato sulla valorizzazione delle autonomie territoriali e – con accezione più aggiornata – sul principio di sussidiarietà, si sviluppa in contrapposizione ai primi due, costituendo una naturale appendice di una struttura amministrativa centralizzata, snodantesi in una pluralità di uffici ordinati in senso piramidale quale individuata nei primi tre titoli della Costituzione.

Rispetto a questo assetto, vi è stata sempre la consapevolezza che il rapporto tra politica ed amministrazione non potesse essere conformato con uguali modalità a livello statale e locale, in primo luogo per la peculiare caratterizzazione e la sensibile differenza dell'amministrazione, per cultura e tradizione, rispetto a quella centrale. Tradizionalmente, infatti, l'apparato burocratico locale mostra una relazione intima con la struttura politica, ciò che, esprimendo la peculiarità delle amministrazioni locali, specie quelle comunali, come amministrazioni compatte, ne mette in luce la singolare e peculiare forma di governo e vale ad ulteriormente sottolineare l'esistenza di una pluralità di modelli di amministrazione pubblica che, con difficoltà, possono essere uniformati nella disciplina.

Ed allora, certamente la Costituzione delinea una pluralità di modelli di amministrazione che, tuttavia, nel loro essere indicativi e non universali, offrono indicazioni programmatiche che si propongono al legi-

slatore quale linee ispiratrici per un disegno riformatore capace di realizzare un punto di equilibrio tra modelli nei quali la diversità non è antitetica ma anzi funzionale ad una necessaria complementarità.

Ciò è tanto più vero per la dirigenza pubblica.

La pluralità dei modelli costituzionali conduce, invero, ad individuare varie tipologie di dirigenza¹⁷: una dirigenza tecnica, una dirigenza fiduciaria, e poi ancora una dirigenza statale, locale, settoriale. Segmentazione, questa, che getta una luce di profonda indecisione sulla stessa identità dei dirigenti pubblici¹⁸.

Rispetto a tale impianto, un interessante punto di partenza per una risistemazione organica e coerente è proprio quello che si basa sull'analisi dei risultati. Giova, al riguardo, rilevare, come «il principio espresso dalla responsabilità dirigenziale per il quale l'azione amministrativa deve essere valutata per i risultati che produce presuppone, infatti, un modello organizzativo in cui il dirigente sia “effettivamente autonomo” nelle sue decisioni, sia pure con il vincolo di scopo di attuare gli obiettivi di interesse pubblico che gli vengono assegnati dagli organi di indirizzo politico, ma in modo imparziale e nel rispetto del buon andamento dell'amministrazione ed al servizio esclusivo della Nazione»¹⁹.

4. Per una riforma della dirigenza pubblica: spunti di riflessione

Se è vero che buon andamento ed imparzialità sono strettamente complementari e convivono in armonia e reciproco bilanciamento nell'ambito della medesima cornice, essi focalizzano l'accento su aspetti reciprocamente incidenti: l'imparzialità evidenzia l'esigenza di professionalità nella gestione e meritocrazia nella selezione dei dirigenti; il buon andamento richiede un rapporto di condivisione tra corpo politico e burocratico in ordine all'assunzione delle scelte più importanti che, a sua volta, postula una specifica rilevanza della fiduciarità, avuto riguardo alla nomina delle figure dirigenziali di vertice.

Nondimeno, laddove si voglia prestare ossequio al principio cardine

¹⁷ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 23.

¹⁸ G. GARDINI, *La dirigenza pubblica in cerca di identità. Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, cit., 163.

¹⁹ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 363.

della sovranità popolare ed evitare che le scelte gestionali più importanti siano assunte da tecnici sprovvisti di legittimazione popolare, sembra doversi ammettere l'impossibilità di prescindere dalla necessità di delineare il rapporto tra corpo politico ed apparato burocratico in termini di fiduciarità sia pure minima.

È, certamente, un modello che presenta dei rischi ed è fonte di numerosi, anche rilevanti, problemi quali quelli che il nostro Paese si trova ad affrontare nella scelta di assumere un modello diverso da quello, prettamente tecnocratico, che, invece, integra il modello europeo.

Ed allora, come i recenti approdi dottrinali sul tema suggeriscono, pare conveniente imboccare la via del superamento di modelli precostituiti e convenzionali, in direzione di un assetto che, proprio in considerazione delle peculiarità della dirigenza locale, sia costruito su regole che tengano effettivamente conto delle diverse realtà amministrative, della differenza tra amministrazione centrale ed amministrazioni locali, tra ciò che afferisce all'attività rappresentativa e ciò che, invece, è espressione di quella puramente tecnica così come della natura delle competenze, generali ovvero speciali. In sintesi, un assetto organizzativo nell'ambito del quale le competenze siano articolate in funzione delle responsabilità. Puntare su una compiuta delimitazione delle diverse responsabilità significa, però, predisporre un adeguato sistema sanzionatorio in ipotesi di cattivo esercizio del potere – tanto politico che amministrativo –, posto che la sola separazione delle competenze, come rilevato, non pare in grado di assicurare efficacemente il risultato.

Vale, probabilmente, ancora oggi quanto osservava Enrico Presutti²⁰, che cioè, «dove in realtà finisca la politica e dove cominci l'amministrazione niuno sa dire con precisione, come niuno sa dire neppure come, in quale modo, con quali mezzi si deve separare questa indeterminata politica dall'ugualmente indeterminata amministrazione».

Si tratta, dunque, di proseguire fino in fondo nel percorso, intrapreso ma – a quanto pare, non ancora completato – volto ad individuare in quale modo e con quali mezzi è possibile realizzare questa separazione.

²⁰ E. PRESUTTI, *Lo Stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, 1899, 19.

IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA CONTROLLO POLITICO E GESTIONE AMMINISTRATIVA NEGLI ENTI LOCALI: IL SEGRETARIO COMUNALE

di Barbara Accettura

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Genesi ed evoluzione del principio di separazione. – 3. Il tramonto della riforma della dirigenza pubblica ed i suoi riflessi sull'assetto degli enti locali. – 4. Considerazioni finali e tendenze. Verso un nuovo ruolo per il segretario comunale.

1. *Premessa*

Qualsiasi lavoro che si intenda oggi dedicare al tema del rapporto politica – amministrazione non può prescindere dall'esame dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha interessato la figura del segretario generale e della sua incidenza sull'assetto organizzativo degli enti locali.

E ciò in quanto, sebbene il disegno riformatore sia ormai sostanzialmente tramontato¹, i principi ivi proposti sembrano costituire espressione di una nuova impostazione² tendente a realizzare assetti in cui

¹ Ci si riferisce alla l. 7 agosto 2015, n. 124, il cui art. 11 dettava principi e criteri per l'esercizio della delega in materia di riforma della dirigenza pubblica, sul quale si è abbattuta la scure della Corte cost. che, con sentenza 25 novembre 2016, n. 251, ne ha dichiarato l'illegittimità per violazione del principio di leale collaborazione, nella parte in cui aveva limitato le prerogative regionali e degli enti locali in materia, prevedendo in sede di attuazione dell'esercizio della delega l'acquisizione del relativo parere in conferenza unificata anziché della più pervasiva intesa. Per una disamina della "naufragata" riforma si v. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, 52 ss.; G. D'AMICO, *Il seguito della sentenza n. 251/2016 della Corte Costituzionale fra suggerimenti, correzioni, e nuove impugnative*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2017, 287 ss.

² Il Consiglio di Stato, Commissione speciale, nel parere n. 83/2017, reso su richiesta della Presidenza del Consiglio dei ministri, in ordine alle modalità di attuazione della richiamata sentenza della Corte cost. n. 251/2016, pur ribadendo l'intervenuta scadenza della delega in materia di dirigenza pubblica – il cui schema di decreto legislativo attuativo era stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 25 agosto 2016, poi riproposto con

l'efficienza del sistema delle autonomie passi anche attraverso nuove forme di controllo sulle relative scelte. In questa chiave probabilmente si può leggere il tentativo del legislatore della riforma di rafforzare il principio di separazione tra politica e amministrazione, valorizzando il profilo della neutralità del funzionario pubblico³ attraverso un sostanziale riaccostamento del sistema di conferimento degli incarichi dirigenziali.

Come le analisi dogmatiche hanno da tempo evidenziato, l'assetto della relazione politica - amministrazione è stato sempre condizionato da esigenze confliggenti: far valere il principio della responsabilità politica, "che impone un controllo dell'amministrazione da parte di organi che siano provvisti di legittimazione democratica"⁴ e garantire l'applicazione di quello di imparzialità⁵.

Non a caso, la tematica dei rapporti tra politica e amministrazione è stata per lungo tempo oggetto di un acceso dibattito tra i fautori di due

modifiche il successivo 24 novembre 2016 e mai definitivamente approvato – prefigura la possibilità dell'adozione di una nuova legge delega o di un disegno di legge governativo riprodotto dei contenuti della l. n. 124/2015, che si sottrarrebbe ad eventuali ulteriori censure di legittimità. Si v. in proposito M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* n. 1/2010, 180, per il quale "sarebbe opportuno riprendere anche le proposte formulate nell'ambito della riforma Madia in tema di assetto della dirigenza pubblica".

³ E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2, 2013, 277 ss.; E. N. FRAGALE, *Verso un'organizzazione amministrativa locale retta dal razionalismo economico*, in L. VANDELLI, G. GARDINI, C. TUBERTINI (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Rimini, 2018, 279.

⁴ S. BATTINI, *Il personale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 477 ss.

⁵ Si v. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 31 che rileva come "nel principio di imparzialità viene ad esprimersi la distinzione più profonda tra politica ed amministrazione, tra l'azione del governo che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, è espressione delle forze di maggioranza, e l'azione dell'amministrazione che, nel dare attuazione all'indirizzo politico maggioritario, è vincolata ad agire, invece, senza distinzione di parti politiche, al fine di soddisfare in via esclusiva gli interessi della collettività". Sulla responsabilità dirigenziale si v. anche G. DE GIORGI CEZZI, *Lineamenti della responsabilità dirigenziale e caratteri dell'amministrazione. Verso un'ecologia delle decisioni pubbliche*, in questo volume.

diversi modelli di amministrazione: da un lato si situano coloro che auspicano un modello neutrale di amministrazione assolutamente impermeabile alle interferenze politiche, dall'altro coloro che ritengono fisiologico l'intreccio di relazioni tra politica e amministrazione sul presupposto che proprio l'attuazione del principio di separazione funzionale (o, come sembra più corretto, di distinzione) finisca con il suggerire un modello di amministrazione in cui alla definizione dell'indirizzo politico siano chiamati a partecipare anche coloro che debbano poi eseguirlo⁶.

Dibattito che fonda proprio sull'ambiguità⁷ dell'impostazione costituzionale cui si deve il riconoscimento del ruolo essenziale della politica nei confronti dell'amministrazione⁸ e nel contempo l'affermazione dell'"autonomia" e della "neutralità"⁹ di quest'ultima. Ciò attraverso la previsione della riserva di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici ed il richiamo al principio di imparzialità declinato, tra le altre, nella previsione della responsabilità dei funzionari e nella regola del concorso per l'accesso all'impiego pubblico¹⁰.

2. Genesi ed evoluzione del principio di separazione

I termini di questo dibattito si sono poi precisati ed hanno acquisito uno spessore ancor più significativo a seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento, con la l. 8 giugno 1990 n. 142, di riforma delle autonomie locali, del principio di separazione funzionale tra indirizzo politico e amministrazione con conseguente distinzione tra compiti riservati

⁶ C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza dalla sovrapposizione alla distinzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/94, 156; F. MERLONI, *Principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in L. VANDELLI (a cura di), *Organizzazione, pubblico impiego e giurisdizione dopo le riforme*, Rimini, 2000, 85 ss.

⁷ S. BATTINI, *La separazione fra politica e amministrazione in Italia, ieri, oggi e domani*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna, 2012, 153.

⁸ Basti considerare che l'art. 95 Cost. dispone che il Presidente del Consiglio dei ministri mantiene "l'unità di indirizzo politico e amministrativo promuovendo e coordinando l'attività dei ministri" e stabilisce che i ministri sono responsabili "individualmente degli atti dei loro dicasteri".

⁹ M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 77.

¹⁰ Così l'art. 95 Cost.

agli organi politici e agli apparati burocratici e attribuzione a questi ultimi delle correlative responsabilità gestionali¹¹.

Si tratta di uno scenario che si era iniziato a delineare quando, superato il modello organizzativo ottocentesco di tipo ministeriale e gerarchico, alla dirigenza erano stati riconosciuti compiti specifici¹², sia pure in limitati ambiti, che ne avevano determinato una prima forma di autonomia dalla politica. La premessa della nuova impostazione si rinviene in quel gianniniano richiamo al riordino delle funzioni¹³ da cui scaturisce la riconfigurazione del rapporto politica-amministrazione e la prima forma di autonomizzazione del potere amministrativo da quello esecutivo-governativo.

Soluzione, quella prospettata, che sembrava consentire il superamento del sistema delle ingerenze politiche sull'amministrazione attraverso il ricorso ad una classe burocratica preparata e consapevole della fonte del proprio potere. In altri termini, si confidava nell'*expertise* dell'amministrazione: nella circostanza per la quale la legittimazione delle scelte che i vertici burocratici sono chiamati a compiere risiedesse "essenzialmente nel bagaglio di competenze ed esperienze tecniche, organizzative e giuridiche accumulate dai dirigenti nella loro carriera"¹⁴.

E tuttavia, pur nella nuova impostazione introdotta dalla l. n. 142/1990, successivamente ripresa dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 – cui si deve la conseguente definitiva formalizzazione della distinzione tra indirizzo politico e controllo sulla relativa attuazione amministrativa ed

¹¹ Per un completo *excursus* delle riforme sulla dirigenza si v. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 36 ss.

¹² Si veda sul punto il d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748, di disciplina delle funzioni dirigenziali nelle amministrazioni dello Stato, che aveva previsto la costituzione di un'*élite* di alti funzionari con specifiche competenze e responsabilità sottoposte tuttavia a stringenti condizioni. Il che rappresentò secondo G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, 499 ss., uno dei principali limiti della riforma cui si aggiunse l'incapacità culturale e sociale della neoistituita dirigenza "ad assumere responsabilità" trovando invece "più comodo continuare a trincerarsi dietro l'obbedienza gerarchica piuttosto che impadronirsi dei nuovi poteri".

¹³ M. S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amministrazione civile*, 1957, I, 11 ss.

¹⁴ M. CLARICH, *Riflessioni sui rapporti tra politica e amministrazione (a proposito del T.A.R. Lazio come giudice della dirigenza statale)*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3-4/2000, 372.

il suo successivo consolidamento¹⁵ – la distinzione funzionale non si rivela di per sé sufficiente a realizzare quell'ulteriore passaggio necessario per la realizzazione di un modello di “separazione autentica” fra politica e amministrazione¹⁶.

La qualificazione della dirigenza come corpo autonomo, titolare di competenze esclusive, se ha infatti, per un verso, comprensibilmente finito con il valorizzare la categoria, per altro verso ha comportato la necessità di ripensarne il rapporto con gli organi politici. Il processo di riforma che in passato ha interessato l'azione e l'organizzazione amministrativa si è quindi misurato anche con la volontà di rivitalizzare il “principio di responsabilità politica, perseguita in ambito locale attraverso l'introduzione dell'elezione diretta, ovvero dell'investitura diretta, delle cariche monocratiche”¹⁷. Il che ha comportato la necessità di “garantire ai rappresentanti con responsabilità di governo le condizioni, anche in termini di risorse umane, per perseguire ed attuare il programma politico sulla base del quale hanno ottenuto l'investitura”¹⁸.

In questa direzione si sono mossi gli interventi legislativi successivi al d.lgs. n. 29/1993, che hanno “precarizzato” la dirigenza con la previsione della durata temporanea degli incarichi ed introdotto e via via rinforzato meccanismi di *spoils system* per i dirigenti apicali. Così dapprima il d.lgs. n. 80/1998, emanato in attuazione della l. n. 59/1997, e successivamente il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165¹⁹, hanno finito con il lascia-

¹⁵ L'art. 3 del d.lgs. n. 29/1993 prevedeva, infatti, che gli organi di direzione politica definissero gli obiettivi ed i programmi da attuare” ed attribuiva ai dirigenti “la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, compresa l'adozione di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno” e la responsabilità “della gestione e dei relativi risultati”.

¹⁶ S. BATTINI, *La separazione fra politica e amministrazione in Italia, ieri, oggi e domani*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, cit., 163.

¹⁷ G. ENDRICI, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, Bologna, 2000, 75.

¹⁸ *Ivi*, 75.

¹⁹ Il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, all'art. 19, comma 2, introduce il principio della temporaneità degli incarichi dirigenziali prevedendo che “tutti gli incarichi di direzione degli uffici delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, sono conferiti a tempo determinato”, consolidando la distinzione tra rapporto di servizio e conseguente status dirigenziale, collegato all'assunzione a seguito di concorso pubblico, e rapporto d'ufficio, connesso invece alla specifica attribuzione del singolo incarico di-

re alla politica un ampio potere di scelta della dirigenza. Tendenza cui va ricondotta l'evoluzione del sistema delle cd. spoglie da meccanismo limitato ai dirigenti apicali²⁰ a strumento delle maggioranze politiche che si avvicendano per sostituire funzionari non graditi, tanto interni quanto esterni alla stessa amministrazione.

Si è in tal modo segnato il passaggio da un regime imperniato sulla stabilità dell'incarico, teso a garantire la continuità dell'azione amministrativa e l'autonomia del dirigente nello svolgimento delle sue funzioni di gestione ad una "una crescente tendenza ad emarginare la figura del dirigente di carriera a favore di quella del dirigente a tempo determinato, con vertici amministrativi «sempre più transeunti»²¹.

Ed è questo sistema che Corte cost. ha inteso ridimensionare intervenendo sulle forme di cd. *spoils system* (non solo *una tantum* ma anche a regime), limitandone la portata ai soli casi caratterizzati da un forte elemento fiduciario²².

Da un lato, dunque, il principio di separazione funzionale, che avrebbe dovuto segnare nel disegno legislativo la fine delle commistioni tra politica e amministrazione, per effetto dell'attribuzione a ciascun apparato delle correlative responsabilità, dall'altro il "potere di scelta"²³ dei vertici amministrativi: la circostanza che il conferimento degli incarichi costituisse esercizio di discrezionalità dando luogo a rapporti con-

dirigenziale. La durata degli incarichi dapprima è stata stabilita in un arco temporale compreso tra un termine minimo ed uno massimo (da 2 a 7 anni nella versione originaria del comma 2 dell'art. 19, d.lgs. n. 165/2001, poi diventato da 3 a 5 anni).

²⁰ La l. 15 giugno 2002, n. 145, in particolare, ha previsto una differente disciplina per la cessazione degli incarichi stabilendo per quelli di segretario generale dei ministeri e di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali (all'art. 3, comma 1, lett. i, di modifica dell'art. 19 del d.lgs., n. 165/2001), la cessazione automatica "decorsi 90 giorni dal voto sulla fiducia del governo" (cd. *spoils system* ordinario); per gli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale la cessazione "il sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della medesima legge"; per gli incarichi di funzione dirigenziale di livello non generale la conferma nel caso in cui non si proceda ad una nuova nomina decorso del termine di 90 giorni dall'entrata in vigore della legge.

²¹ M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola dell'amministrazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 2, 2015, 651.

²² Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103, e 13 aprile 2011, n. 124.

²³ L'espressione è di G. ENDRICI, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, cit., 9.

notati dall'elemento fiduciario finiva con il modificare "il tipo di legittimazione del titolare dell'ufficio dirigenziale" che veniva così a fondarsi "non solo sul merito, ma anche sul gradimento politico"²⁴. È evidente come tali opzioni abbiano finito con il riproporre la *vexata quaestio* dei condizionamenti che la politica è in grado di esercitare sulle scelte amministrative, e dunque con il sollecitare di volta in volta nuove soluzioni funzionali agli obiettivi dei governi che si sono succeduti. Si giunge così alla cd. riforma Brunetta di cui al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, che presenta un'impronta marcatamente aziendalista, alimentata dal duplice obiettivo di "colpire le sacche di inefficienza che si annidano nelle organizzazioni amministrative"²⁵ ed al contempo di valorizzare efficienza e merito attraverso l'introduzione di meccanismi premiali.

E se il legislatore del 2009 non ha inciso sul rapporto politica-amministrazione, una nuova svolta sembrava invece volervi imprimere la l. 7 agosto 2015, n. 124, cd. legge Madia, a conferma del fatto che se c'è un settore sempre in movimento in cui può dirsi che "nulla è definitivamente tramontato"²⁶ questo è proprio quello del pubblico impiego. Ed è forse questa la chiave di lettura dell'ultima (e ormai naufragata) stagione di riforme, che si colloca in un ben più ampio disegno di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche secondo quell'approccio "gianniniano" per il quale i temi che riguardano l'apparato burocratico attengono "più all'organizzazione in sé che all'apparato dei servizi personali serventi"²⁷. Ed in effetti, obiettivo della riforma è quello di perseguire una "visione d'insieme del modo in cui il pubblico potere, in tutte le sue articolazioni, debba essere organizzato per la gestione virtuosa della cosa pubblica"²⁸, da realizzarsi attraverso la tendenziale unitarietà del sistema amministrativo e "la flessibilità nell'organizzazione delle amministrazioni"²⁹.

²⁴ M. CLARICH, *Riflessioni sui rapporti tra politica e amministrazione ...*, cit., 372.

²⁵ F. FRACCHIA, *I fannulloni pubblici e l'irritazione di Brunetta*, Napoli, 2012, 9. Si veda anche A. BOSCATI, *La politica del governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in *Il lav. nelle p. a.*, II, 2014, 233 ss.

²⁶ M. S. GIANNINI, *Voce Impiego pubblico*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1970, Vol. XX, 293 ss.

²⁷ *Ivi*, 293 ss.

²⁸ Così il Ministro Madia nel corso dell'audizione congiunta alle Commissioni I e XI della Camera dei deputati il 2 aprile 2014.

²⁹ B. G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Il Giornale di dir.*

In questo contesto si colloca l'ultimo tassello della disciplina della dirigenza pubblica per effetto del quale l'obiettivo di ricondurre ad unità il sistema sembra subire una forte accelerazione³⁰. Ed in effetti il tema centrale sembra proprio tornato ad essere quello di "intendere come un dipendente" possa essere "apparato servente" dell'amministrazione³¹.

Amm., n. 5/2015, 622. Sulla riforma della dirigenza si vedano anche G. GARDINI, *La dirigenza pubblica in cerca di identità*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1/2017, 185; L. ZOPPOLI, *Reclutamento e ruolo unico: filosofie organizzativo – istituzionali e tecniche regolative*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 1-2/2016, 43 ss.; A. BOSCATI, *La politica del governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, cit., 233 ss.

³⁰ Il legislatore del 2015 aveva previsto un sistema unitario della dirigenza con piena interscambiabilità tra gli appartenenti ai tre ruoli in cui esso si articola, la previsione di criteri unici di accesso per il conferimento e per la revoca degli incarichi, apposite Commissioni indipendenti ed "operanti in piena autonomia" ma collocate presso il dipartimento della funzione pubblica per la preselezione di candidati destinati agli uffici di vertice dai quali le amministrazioni interessate dovrebbero attingere, e in linea generale la gestione dei ruoli dirigenziali e la ridefinizione del sistema della responsabilità. Due le direttrici principali della riforma: l'ulteriore valorizzazione del merito e la marginalizzazione del rapporto fiduciario tra politici e dirigenti. Impostazione, quest'ultima, confermata se non addirittura rinforzata anche dai due schemi di decreto legislativo emanati in attuazione della l. n. 124/2015. In particolare, il Consiglio dei ministri il 25 agosto 2016 aveva approvato lo schema di decreto legislativo n. 328 recante la disciplina della dirigenza pubblica ed il relativo reclutamento, confermando la duplice modalità di accesso tramite concorso o corso-concorso. Il medesimo provvedimento prevedeva la trasformazione della scuola nazionale dell'amministrazione di cui alla l. n. 124/2015 in "agenzia" pubblica sottoposta alla vigilanza del Consiglio dei ministri. Nel senso dell'ulteriore centralizzazione delle procedure si pone anche la previsione di tre commissioni (nazionale, regionale e locale) cui viene riconosciuto un ruolo centrale per il funzionamento del sistema con competenze non solo in materia di attribuzione di incarichi dirigenziali generali ma anche in tema di valutazione delle scelte delle singole amministrazioni in tema di conferimento degli altri incarichi dirigenziali. Ed è su tale schema, adottato ai sensi dell'art. 11, l. n. 124/15 che si è pronunciato il Consiglio di Stato, con il parere n. 2113 del 10 ottobre 2016, rimarcando "la necessità di una dirigenza pubblica fortemente qualificata e competente, con carriere ispirate alla trasparente selezione, valutazione e progressione anziché a legami di solidarietà politica".

³¹ M. S. GIANNINI, *Voce Impiego pubblico*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., 293 ss., il quale scriveva che mentre nell'800 obiettivo delle riforme in materia di impiego pubblico era quello appunto di "intendere" come un dipendente potesse diventare "apparato servente" dell'amministrazione, nel secolo successivo tale tema fosse stato abbandonato per lo studio dello stato giuridico dei dipendenti pubblici.

3. Il tramonto della riforma della dirigenza pubblica ed i suoi riflessi sull'assetto degli enti locali

Il che appare ancora più evidente, e con effetti molto più rilevanti, con riferimento alla disciplina della dirigenza degli enti locali³², che ancora una volta finisce con il rappresentare un terreno di sperimentazione in tema di rapporto politica-amministrazione. E tuttavia l'impostazione proposta dalla legge Madia si innesta, quanto a questi ultimi enti, in un sistema in cui l'assetto delle competenze e di conseguenza il rapporto tra organi politici ed organi burocratici sembrava aver raggiunto un faticoso equilibrio. A destabilizzare tale assetto, ancor più che la previsione di un ruolo unico per i dirigenti degli enti locali, la cui gestione era affidata ad un'apposita Commissione simmetrica a quella prevista per la gestione del ruolo dei dirigenti statali e l'interscambiabilità tra i dirigenti dei tre ruoli (statale, regionale e locale), sono le norme che riguardano quelle che sino ad oggi sono state considerate le figure cardine dell'organizzazione locale, il segretario comunale ed il direttore generale. Ciò in quanto la previsione dell'abrogazione del primo e la contestuale ridefinizione dei compiti del secondo, in una con l'introduzione di una nuova figura, quella del dirigente "apicale", avrebbero finito con l'incidere profondamente non solo in termini di redistribuzione delle funzioni tra i dirigenti, ma soprattutto sui rapporti che possono intercorrere tra questi ultimi e gli organi politici.

Ed in effetti, se il ruolo assegnato alla Commissione per la dirigenza locale era certamente indice dell'intento del legislatore di riaccentrare anche il sistema di conferimento degli incarichi dirigenziali degli enti locali, e se la sua composizione, secondo quanto previsto dai due schemi di decreti legislativi che avrebbero dovuto dare attuazione alla legge di riforma³³, avrebbe riproposto un primo rischio di commistione tra ap-

³² Con riferimento alla dirigenza locale si v. G. GARDINI, *La dirigenza locale in bilico tra uniformità e specialità*, in *Il lav. nelle p. a.*, 1-2/2016, 156 ss.

³³ Si v. G. GARDINI, *La dirigenza pubblica in cerca di identità*, cit., 185, il quale evidenzia che gli schemi di decreti attuativi della riforma della dirigenza, contrariamente a quanto previsto nella legge delega, finissero con il prevedere per la Commissione due componenti di nomina fiduciaria e due non membri di diritto a loro volta di nomina fiduciaria.

parati politici e dirigenziali³⁴, proprio la previsione dell'abolizione del segretario comunale, ed il suo contraltare rappresentato dall'introduzione della figura del "dirigente apicale", avrebbe messo a dura prova la tenuta di un assetto già di per sé in precario equilibrio.

L'evoluzione legislativa dello status e delle funzioni del segretario generale è sempre stata condotta muovendo dalla necessità di trovare un equilibrio tra le istanze autonomistiche degli enti locali e l'esigenza di introdurre forme nemmeno tanto larvate di controllo sulla loro attività. Se le innovazioni della fine degli anni novanta ed in particolare la l. 15 maggio 1997, n. 127 – poi recepite dall'intervento di riordino normativo operato con il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 – si erano poste sulla scia del processo di riforme che aveva interessato l'azione e l'organizzazione amministrativa nella direzione della rivitalizzazione del principio di responsabilità politica, con l'effetto di "neutralizzare" la figura del segretario (eliminazione del parere di legittimità, previsione di un albo dei segretari gestito da un'apposita agenzia, soggetta alla vigilanza del Ministero dell'interno, status del segretario quale dipendente di tale agenzia) ed allentare il legame con il "centro" statale³⁵, gli interventi successivi sembravano muovere da un approccio diverso.

Del resto, proprio il nucleo centrale delle funzioni segretariali, riconducibile sostanzialmente, attraverso la funzione di consulenza giuridico-amministrativa, ad una forma di controllo di legalità sui processi decisionali aveva via via accresciuto le diffidenze dei politici locali verso tale figura, che ormai da tempo era considerata una "spina nel fianco" per i governi locali. Da qui la ricerca da parte degli organi politici di riappropriarsi dei propri spazi attraverso il ricorso a quelle variabili organizzative consentite dal legislatore in ordine alla disciplina dei rapporti tra segretario e direttore generale da un lato e dirigenti dall'altro. Nel novero di queste scelte, rientra(va) appunto la possibilità che il segretario fosse spogliato, nel caso di compresenza di un direttore generale, dei

³⁴ Il che è stato altresì segnalato dal Consiglio di Stato nel parere n. 2113 del 10 ottobre 2016 che ha rilevato come la previsione di membri di diritto permanenti della Commissione provenienti da carriere esterne all'ambito di applicazione della riforma "si trovano in una posizione di non piena indipendenza dall'organo politico", con conseguente "rischio di commistione".

³⁵ Il legislatore del 1997 aveva inteso contemperare l'elemento fiduciario con la garanzia della professionalità da un lato e con la stabilità del dell'incarico, dall'altro.

compiti di sovrintendenza sulle funzioni dei dirigenti e di coordinamento della loro attività. Con la conseguenza che il ruolo del primo sarebbe stato in ogni caso sufficientemente e più propriamente qualificato unicamente dal nucleo di funzioni stabili previste dal modello generale.

Cionondimeno, da una parte, il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, in l. 30 luglio 2010, n. 122, che sopprimendo l'agenzia per la gestione dell'albo dei segretari, riportava il segretario alle dirette dipendenze del Ministero dell'interno, sebbene di nomina sindacale, dall'altra la l. n. 190 del 2012, ed il successivo d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, che avevano finito con il valorizzarne la figura individuando proprio nel segretario quel soggetto che per status, ruolo e competenze avrebbe meglio potuto garantire anche quegli strumenti di prevenzione della corruzione introdotti dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, sembravano procedere in una diversa direzione.

A tanto, tuttavia, aveva posto fine il naufragato progetto di riforma, che probabilmente con l'intento di delineare un modello meno ambiguo cui affidare l'attuazione del principio di separazione, assecondando le istanze provenienti dalla politica, aveva abolito il segretario, prevedendone la sostituzione con una figura, diversa dalla prima per *status* ma della quale avrebbe mantenuto alcune funzioni, tra cui quella rogante.³⁶

In questo assetto, il raccordo tra politica e amministrazione sarebbe stato affidato alla figura del direttore generale, la cui nomina ha continuato ad essere, anche a seguito delle modifiche legislative che ne hanno limitato il ricorso ai comuni con popolazione superiore ai 100 mila abitanti³⁷, uno degli atti in relazione ai quali poteva e può ancora esercitarsi il potere di scelta del vertice politico³⁸. Tale figura, per la quale continua ad essere prevista una forma sia pur larvata di *spoils system*,

³⁶ Così l'art. 11, comma 1, l. n. 124/2015 che aveva previsto la soppressione del segretario comunale e di quello provinciale, con "attribuzione alla dirigenza [...] dei compiti di attuazione dell'indirizzo politico, coordinamento dell'attività amministrativa e controllo della legalità dell'azione amministrativa; mantenimento della funzione rogante in capo ai dirigenti apicali aventi i prescritti requisiti" unitamente all'"obbligo per gli enti locali di nominare comunque un dirigente apicale con compiti di attuazione dell'indirizzo politico, coordinamento dell'attività amministrativa".

³⁷ Art. 2, comma 186, lett. d, l. 23 dicembre 2009, n. 191.

³⁸ L'art. 11, comma 1, lett. b, l. n. 124/2015, prevedeva infatti che il direttore generale cessasse dalla carica, in difetto di rinnovo, entro novanta giorni dalla data di insediamento degli organi esecutivi dell'ente.

avrebbe mantenuto, secondo il progetto di riforma, accanto alle funzioni di coordinamento della gestione e di attuazione degli indirizzi e degli obiettivi stabiliti dagli organi di governo dell'ente, quelle di predisposizione del piano dettagliato di obiettivi di cui all'art. 169 del d.lgs. n. 267/2000 e del piano esecutivo di gestione di cui al successivo art. 197, comma 2, lettera a). Il che evidentemente si spiegava con l'intento del legislatore di lasciare al direttore generale e solo a quest'ultimo, una volta venuto meno il segretario comunale, due nuclei di funzioni, uno riconducibile all'attuazione degli indirizzi e degli obiettivi elaborati dagli organi di governo anche attraverso un'attività sostanzialmente programmatica e l'altro alla sovrintendenza alla gestione dell'ente. Di conseguenza, il direttore generale sarebbe rimasto quale unica figura di snodo tra politici e dirigenti, in grado, per formazione e competenze, di realizzare una forma di coordinamento bidirezionale, da un lato verso gli organi di rappresentanza politica e dall'altro verso quelli di gestione³⁹. Proprio il coinvolgimento del direttore generale nei processi decisionali delle amministrazioni cui è preposto sia in fase ascendente, sotto forma di partecipazione alla definizione degli indirizzi di governo, attraverso la ricognizione e rilevazione del grado di attuazione dei programmi dell'ente, nonché in quella discendente, in sede di sovrintendenza non già alla gestione amministrativa ma a quella dell'ente, avrebbe consentito di distinguerne il ruolo sia da quello dei dirigenti che da quello del nuovo del "dirigente apicale". Ciò con la conseguenza che quest'ultimo, come è stato autorevolmente sostenuto all'indomani dell'entrata in vigore della cd. riforma Madia, sarebbe stato in realtà più "simile" al segretario comunale, sebbene svuotato delle prerogative di controllo, che alle figure appartenenti al ruolo dirigenziale⁴⁰.

Non sorprende quindi che, venuta meno la riforma, il tentativo di allentare il legame del segretario con il centro statale non sembra essersi arrestato. Ed è proprio l'interpretazione che la Corte costituzionale⁴¹ ha

³⁹ Si v. G. ROLLA, T. GROPPI, *L'ordinamento dei comuni e delle province*, Milano, 1999, 942.

⁴⁰ B. G. MATTARELLA, *La riforma della pubblica amministrazione. Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Il Giornale di dir. amm.*, n. 5/2015, 622.

⁴¹ Si tratta della sentenza del 22 febbraio 2019, n. 23, con cui la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 99, commi 1, 2 e 3 del d.lgs. 267/2001 – in riferimento all'art. 97 Cost. nelle parti in cui tale disposizione prevede che il sindaco nomini

dato della natura e dei compiti del segretario comunale a confermarlo, finendo con il restituircene un'immagine "rivisitata". Muovendo dalla considerazione per la quale appartengono "al nucleo originario e tradizionale della funzione segretariale" – oltre che i compiti di certificazione, controllo di legalità o attuazione di indirizzi altrui – anche "cruciali funzioni di collaborazione e di assistenza giuridico-amministrativa (...) nonché funzioni consultive, referenti e di assistenza alle riunioni del consiglio e della giunta (...)", la Corte ne ha evidenziato "il ruolo attivo e propositivo", in tal modo operando una sostanziale dequotazione della funzione di controllo della legalità. Se infatti compito principale del segretario diviene quello di "coadiuvare e supportare sindaco e giunta nella fase preliminare della definizione dell'indirizzo politico-amministrativo" e di conseguenza di "influenzarla", nel senso di "mostrare" se gli obiettivi che gli organi di direzione politico-amministrativa si prefiggono "possono essere legittimamente inclusi fra i risultati" attesi o se piuttosto non sono "preclusi, o anche solo resi più difficoltosi, dalla necessità di rispettare leggi, statuti e regolamenti", il riconoscimento di questo "ruolo ulteriore", finisce per ridimensionarne la specificità. Un simile approccio se per un verso consente alla Corte di affermare nel caso sottoposto al suo esame che "il carattere fiduciario insito nell'atto di nomina non si esaurisce con esso" e che di conseguenza la disposizione che ne prevede la revocabilità alla scadenza del mandato del sindaco è legittima, per altro verso sembra in realtà costituire la chiusura del cerchio di un sistema in cui l'equilibrio tra le ragioni dell'autonomia degli enti locali e quelle di un controllo indipendente ed esterno sulla sua attuazione passa attraverso il coinvolgimento del "controllore" nei processi decisionali dell'ente controllato. Il che, se si considera che il segretario rimane pur sempre un funzionario pubblico tornato peraltro, a seguito della soppressione dell'Agenzia autonoma che ne gestiva l'albo, alle dirette dipendenze del Ministero dell'interno e che negli enti di mi-

il segretario comunale, che la nomina abbia durata corrispondente a quella del mandato del sindaco, con automatica cessazione dell'incarico al termine del mandato di quest'ultimo, e che la nomina sia disposta non prima di sessanta giorni e non oltre centoventi dalla data di insediamento del sindaco, decorsi i quali il segretario è confermato – ha dichiarato in parte inammissibili, in parte infondate le questioni sollevate con l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Brescia. Si v. S. BATTINI, *L'invasione degli apicali: la Corte Costituzionale riabilita lo spoils system*, in www.irpa.eu.

noni dimensioni rischia di assumere, oltre alle funzioni del direttore generale anche quelle dirigenziali, va ben al di là della sua eliminazione, finendo con l'alimentare ulteriormente le ambiguità da cui sono connotati negli enti locali i rapporti politica-amministrazione⁴².

4. Considerazioni finali e tendenze. Verso un nuovo ruolo per il segretario comunale

Sebbene dagli ultimi interventi legislativi siano emerse soluzioni che sembrano delineare un quadro affatto diverso da quello consegnatoci dalle riforme degli anni '90, con cui si era invece inteso dar vita ad un modello sufficientemente elastico che si collegava "al quadro complessivamente affermato di nuova flessibilità dell'organizzazione dell'ente locale"⁴³, proprio la ridefinizione del ruolo e delle competenze del segretario comunale rappresentano un'ultima "concessione" alle istanze autonomistiche. Se la scelta di abolire il segretario generale, di prevedere una figura quale quella del "dirigente apicale" con funzioni di attuazio-

⁴² Si v. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 201 il quale rileva come "nella categoria dei soggetti con incarico fiduciario" non potrebbero essere inclusi i titolari degli uffici amministrativi "di vertice" delle regioni o degli enti locali e tra questi i segretari comunali, trattandosi di "soggetti, questi, che, a differenza del personale degli uffici di diretta collaborazione degli organi di governo, si vedono in realtà attribuite dalla legge (...) anche competenze amministrative e gestionali". Ciò che ad avviso dell'A. "desta maggiori perplessità è, infatti, che si possa consentire che i vertici della burocrazia, ai quali sono intestate anche funzioni di amministrazione attiva, possano esser scelti, in modo esclusivo o prevalente, secondo criteri fiduciari, basati cioè su una mera valutazione soggettiva di affinità o consentaneità politica, ideologica e personale, tra il nominante ed il nominato, ossia, secondo il criterio della personale adesione del nominato agli orientamenti politici e/o ideologici di colui che lo nomina, e che, proprio per questa ragione, si possa ammettere la decadenza anticipata ed automatica (dall'incarico) di questi soggetti ad ogni tornata elettorale". Soluzione che "appare difficilmente compatibile con la rete dei principi costituzionali più volte richiamati, in quanto viola l'idea cruciale dell'imparzialità del funzionario pubblico e del suo assoggettamento esclusivo agli interessi della collettività nazionale, compromette il buon andamento e la legalità dell'azione amministrativa, pregiudica il senso profondo della distinzione fra politica e amministrazione e infine la piena valorizzazione dell'autonomia, della libertà e della dignità del dipendente pubblico".

⁴³ L. VANDELLI, *Ordinamento delle autonomie*, Bologna, 2000, 1286.

ne, coordinamento e controllo dell'attività amministrativa non controbilanciata dal riconoscimento in capo a quest'ultimo di poteri più ampi, quali per un verso quelli di consulenza giuridico-amministrativa propri dei segretari o quelli di partecipazione ai processi decisionali che connotano la figura del direttore generale, sembrava aver assecondato le istanze della politica locale pur nel contesto di una riforma della dirigenza che andava in una direzione diversa⁴⁴, la "rilettura" del ruolo del segretario operata da Corte cost. ripropone la *vexata quaestio* dei condizionamenti che la politica è in grado di esercitare sulle scelte amministrative. Questa volta però il tema non si pone più nei termini tradizionali che involgono il rapporto tra amministratori locali e dirigenti perché viene a collocarsi in un percorso più ampio di "dilagante centralismo" che sta "progressivamente ridisegnando l'assetto funzionale (oltre che istituzionale ed organizzativo) dello Stato, delle regioni e degli enti locali"⁴⁵. Sicché oggi il vero nodo da sciogliere non è più solo quello dei termini e delle modalità del controllo della politica sull'amministrazione, ma soprattutto quello dell'incidenza del centro sulle scelte delle autonomie. Ed è forse questa riflessione, che non può essere trascurata, tanto più all'indomani della richiamata sentenza della Corte costituzionale che disvela ancora oggi la necessità di un'incessante ricerca di punti di equilibrio fra due esigenze non facilmente conciliabili: la flessibilità organizzativa degli enti locali, da una parte, e la necessità di dar vita ad un modello meno ambiguo del rapporto politica/amministrazione, dall'altra.

⁴⁴ Opzione, quest'ultima, che sembrerebbe trovare conferma nella previsione di forme e modalità unitarie di accesso alla dirigenza statale, regionale e locale, e nell'affidamento della gestione del ruolo unico della dirigenza locale ad una Commissione operante presso il Dipartimento della funzione pubblica, al pari di quella preposta alla gestione della dirigenza statale, oltre che nella valorizzazione della mobilità tra i tre ruoli della dirigenza, statale, regionale e locale, con possibilità anche di attribuire indifferentemente incarichi ai dirigenti inclusi nei medesimi. Ciò, in disparte eventuali considerazioni in ordine alla effettiva neutralità di un organismo quale la richiamata Commissione, ed alla previsione di una particolare procedura per la selezione di candidati tra i dirigenti già in ruolo idonei a coprire incarichi dirigenziali apicali.

⁴⁵ S. BIANCHINI, *Tendenze centripete nel riassetto delle funzioni amministrative tra Stato e regioni*, in L. VANDELLI, G. GARDINI, C. TUBERTINI (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, cit., 187.

LO SPOILS SYSTEM DEI SEGRETARI COMUNALI
NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE
TRA FIDUCIARIETÀ E APICALITÀ

di Fortunato Gambardella

SOMMARIO: 1. La parabola evolutiva del segretario comunale nella ricostruzione della Corte costituzionale: dal periodo monarchico all'ordinamento repubblicano. – 2. Lo *spoils system* del segretario comunale tra fiduciarità, apicalità e rilievo delle funzioni di collaborazione. – 3. Oltre le giustificazioni della Corte: la relazione simbiotica tra burocrazia locale e vertici politici.

1. La parabola evolutiva del segretario comunale nella ricostruzione della Corte costituzionale: dal periodo monarchico all'ordinamento repubblicano

La sentenza n. 33 del 2019 ha offerto, alla Corte costituzionale, l'occasione per tornare ad occuparsi della delicata materia dello *spoils system*, con riguardo stavolta alla posizione dei segretari comunali.

La decisione scaturisce dalla questione di legittimità sollevata dal Tribunale ordinario di Brescia in relazione alle disposizioni contenute nei commi 1, 2 e 3 dell'articolo 99 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali). Tali previsioni, nel ragionamento del *giudice a quo*, apparirebbero infatti in contrasto con l'art. 97 della Costituzione, nelle parti in cui prevedono che il sindaco nomini il segretario comunale, che la nomina abbia durata corrispondente a quella del mandato del sindaco, con automatica cessazione dell'incarico al termine del mandato di quest'ultimo, che la nomina sia disposta non prima di sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dalla data di insediamento del sindaco, decorsi i quali il segretario è confermato.

La sentenza, per la Consulta, ha rappresentato l'occasione per confermare l'orientamento ormai consolidato che la stessa ha maturato, a partire dal 2006, in materia di *spoils system*, attraverso il rigetto delle

questioni di legittimità avanzate e ribadendo, per l'effetto, la piena costituzionalità del meccanismo di decadenza automatica dei segretari di cui al riferito articolo 99 del TUEL.

Il dispositivo della sentenza giunge all'esito di un'accurata opera di ricostruzione, in una dimensione storico-evolutiva, della disciplina normativa relativa allo stato giuridico dei segretari comunali, a partire dall'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, allorché la figura del segretario comunale trovava riscontro nella legge 20 marzo 1865, n. 2248 che, all'art. 10 dell'allegato A, prevedeva come ogni Comune, oltre al Consiglio e alla Giunta, dovesse dotarsi di un segretario, dipendente del Comune, e di un ufficio comunale, con funzioni di certificazione e controllo.

Nulla diceva quella normativa in ordine alla durata dell'incarico del segretario e alle modalità del reclutamento. Ferma la competenza della nomina in capo al Consiglio¹, le modalità del reclutamento, in realtà, troveranno chiarimento nel successivo Regolamento per l'esecuzione della Legge sull'amministrazione comunale e provinciale, approvato con decreto n. 2321 dell'8 giugno 1865, stabilendosi che il segretario fosse scelto fra gli abilitati all'esercizio della professione, conseguita per esami presso le prefetture².

Della durata in carica del segretario comunale si occuperà, in seguito, la legge 30 dicembre 1888, n. 5865, modificando la legge comunale e provinciale e fissando la scadenza biennale dell'incarico di prima nomina, con possibilità di successive conferme per una durata minima di sei anni del singolo mandato. La normativa determinava una sorta di stabilizzazione del ruolo, rafforzata dalla previsione della irremovibilità del segretario prima della scadenza del termine di durata dell'incarico «senza deliberazione motivata presa dal Consiglio comunale con l'intervento di almeno due terzi dei consiglieri».

Il quadro ordinamentale di riferimento muta sensibilmente in epoca

¹ Ai sensi dell'art. 87 del riferito allegato A.

² Cfr. il terzo comma dell'art 18 del citato Regolamento. In seguito, il regio decreto 12 febbraio 1911, n. 297 (recante il Regolamento per l'esecuzione della legge comunale e provinciale) stabilirà che per la nomina del segretario fosse obbligatorio il pubblico concorso (articolo 94) confermando, in ogni caso, che gli esami per il conseguimento della relativa "patente d'idoneità" avessero luogo periodicamente presso le prefetture (articolo 72).

fascista, a partire dal regio decreto legge 17 agosto 1928, n. 1953 (Stato giuridico ed economico dei segretari comunali), attraverso il quale il segretario viene trasformato in funzionario statale, soggetto alle disposizioni sullo stato giuridico degli impiegati civili dello Stato. Se non cambiano le funzioni del segretario, che resta organo di certificazione e di controllo di legalità sull'attività dei Comuni, quell'attività, nella prospettiva fascista della compressione delle autonomie locali, viene dal segretario svolta per conto del Ministero dell'Interno e non più per conto del Comune di riferimento.

Per quanto concerne la procedura di nomina, si conferma la regola del concorso pubblico per la selezione nel ruolo, mentre il potere di nomina transita in capo ai prefetti, con eccezione dei comuni maggiori, per i quali la stessa avviene con «decreto reale promosso dal Ministro per l'Interno» (articolo 3). Nel nuovo regime, in ogni caso, la prima nomina ha un valore provvisorio. La normativa, in relazione al primo anno di servizio, parla espressamente di «esperimento», al termine del quale il prefetto «su parere favorevole del Consiglio di Amministrazione, può conferire la nomina definitiva» (articolo 7)³.

Da soggetto locale chiamato al controllo della legalità dell'azione amministrativa, il segretario comunale diventa dunque sempre più espressione del potere centrale, nell'ambito di un processo che, ancora nel periodo monarchico, conoscerà un ulteriore, importante tassello ad opera della legge 27 giugno 1942, n. 851⁴, che, all'articolo 1⁵, ne prevederà l'iscrizione in un ruolo nazionale diviso in gradi e, per tutti i segretari indistintamente, la nomina «con decreto del Ministro per l'interno».

L'impianto generale, in punto di ruolo e carriera dei segretari, non subirà modifiche di rilievo nella prima vigenza dell'ordinamento repubblicano. Gli interventi normativi degli anni Sessanta⁶ e Settanta⁷ del se-

³ Nel caso in cui «l'esperimento» del primo anno non fosse stato ritenuto soddisfacente, il segretario veniva dispensato dal servizio, a meno che il prefetto non intendesse «prorogare per un altro anno la durata dell'esperimento» (così ancora l'articolo 7).

⁴ Modificazioni al Testo unico della legge comunale e provinciale, approvato con R. decreto 3 marzo 1934, n. 383, concernenti il nuovo stato giuridico dei segretari comunali e provinciali).

⁵ Modificando l'articolo 176 del r.d. n. 383 del 1934.

⁶ Legge 8 giugno 1962, n. 604, recante «Modificazioni allo stato giuridico e all'ordinamento della carriera dei segretari comunali e provinciali».

colo scorso, infatti, non intaccheranno le regole preesistenti in fatto di procedimento di nomina né tantomeno ne modificheranno lo stato giuridico di funzionari statali.

La stessa legge 8 giugno 1990, n. 142 sull'ordinamento delle autonomie locali non inciderà sulla natura di funzionario pubblico del segretario comunale, né interverrà in forma diretta sul procedimento di nomina. L'articolo 52 si limiterà a dettare una sorta di ordine del giorno per il legislatore, sollecitando una serie di interventi normativi destinati a disciplinare, tra l'altro, l'istituzione dell'albo, il trattamento giuridico ed economico, le modalità di accesso per concorso e la progressione in carriera, nonché la creazione di un organismo collegiale "territorialmente articolato, presieduto dal Ministro dell'interno o da un suo delegato e composto pariteticamente dai rappresentanti degli enti locali, del Ministero dell'interno e dei segretari, preposto alla tenuta dell'albo e chiamato ad esercitare funzioni di indirizzo e di amministrazione dei segretari comunali e provinciali".

La risposta del legislatore, in ordine alle modalità di concorso, arriverà con la modifica disposta dall'articolo 1, comma 84, della legge 28 dicembre 1995, n. 549⁸, in virtù della quale nomina e revoca del segretario comunale sono disposte «d'intesa con il sindaco».

Le novità più interessanti che porta con sé la legge n. 142 del 1990 riguardano però le funzioni del segretario, che appaiono irrobustirsi. Nell'articolo 52 della legge compare il riferimento a compiti gestionali e di supporto dell'attività degli organi d'indirizzo, laddove si prevede che il segretario «sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività, cura l'attuazione dei provvedimenti, è responsabile dell'istruttoria delle deliberazioni, provvede ai relativi atti esecutivi e partecipa alle riunioni della giunta e del consiglio». Qualcosa in più dice poi il successivo articolo 53 che, al comma 1, assegna al segretario il compito di esprimere un parere «sotto il profilo di legittimità» per ogni proposta di deliberazione da sottoporre alla Giunta e al Consiglio⁹. Si tratta di un parere, per quanto non vincolante, comunque obbligatorio

⁷ Decreto del Presidente della Repubblica 23 giugno 1972, n. 749, recante «Nuovo ordinamento dei segretari comunali e provinciali».

⁸ Misure di razionalizzazione della finanza pubblica.

⁹ Parere che si aggiunge a quello reso sulla regolarità tecnica e contabile da parte del responsabile del servizio interessato e del responsabile di ragioneria.

e che, in quanto tale, introduce una fase necessaria del procedimento di formazione degli atti.

Sta di fatto che la previsione viene prevalentemente interpretata come di ostacolo all'attività dei sindaci e, da questo punto di vista, non in linea con il modello di *governance* comunale che si andava consolidando nella stagione politica degli anni Novanta, fortemente caratterizzata dalla introduzione delle regole di elezione diretta di sindaci e presidenti delle province. Non desta allora stupore che, animata da intenti di semplificazione del quadro organizzativo delle autonomie locali, la disposizione sia stata cassata dalla legge 15 maggio 1997, n. 127. Del resto, quella legge incide profondamente sulla fisionomia del segretario comunale, a partire dai meccanismi di nomina. Il reclutamento diventa di competenza autonoma del sindaco, che sceglie il segretario fra gli iscritti al relativo albo, cui si continua peraltro ad accedere tramite pubblico concorso. La legge cerca dunque di attenuare il legame tra segretari e ministero dell'Interno, un intento che persegue anche e soprattutto interrompendo, sul piano formale, il rapporto di dipendenza organica tra i funzionari e il ministero. Un obiettivo che passa per l'istituzione di un'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali, soggetta ai poteri di vigilanza del Ministero dell'Interno ma dotata di personalità giuridica e autonomia organizzativa, gestionale e contabile, cui viene attribuita la gestione dell'albo dei segretari e della quale il segretario risulta espressamente qualificato dipendente.

Stabilito il collegamento funzionale tra sindaci e segretari, è la stessa legge n. 127 del 1997 a introdurre (all'articolo 17, comma 70) il principio del limite di durata dell'incarico di segretario comunale, vincolandolo, ad eccezione dei casi di revoca per violazione dei doveri d'ufficio, alla durata del mandato del sindaco che lo ha nominato, salvo conferma al rinnovo della sindacatura.

Gli ultimi tasselli di questo elaborato puzzle normativo riguardano invece il presente decennio e si connotano per una duplice valenza. Di restaurazione, per quanto attiene alla disciplina del rapporto di lavoro. Di evoluzione, per quanto concerne il catalogo delle funzioni del segretario. Sotto il primo aspetto, a venire in rilievo è il decreto legge 31

maggio del 2010, n. 78¹⁰ (convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122), che ha soppresso, anche per via degli elevati oneri finanziari, la ricordata Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali¹¹, stabilendo che ad essa succedesse, a titolo universale, il Ministero dell'interno e, per questa via, ripristinando il rapporto d'ufficio diretto tra segretario e Ministero dell'interno¹². Per quanto riguarda, invece, le funzioni del segretario, a venire in rilievo sono la legge n. 190 del 2012 nonché il decreto legislativo 14 marzo del 2013, n. 33¹³, che hanno attribuito al segretario comunale, di norma, il ruolo di responsabile della prevenzione della corruzione e quello di responsabile della trasparenza presso le amministrazioni di appartenenza.

2. Lo spoils system del segretario comunale tra fiduciarità, apicalità e rilievo delle funzioni di collaborazione

Dall'impianto complessivo che la Consulta descrive emerge dunque un quadro normativo caotico, che si è sviluppato per addizioni di parti e nel difetto di una linea di coerenza evolutiva.

In particolare, manca un profilo di coerenza sia per quanto attiene ai profili dell'investitura del segretario comunale, sia per quanto concerne le funzioni che esso in concreto svolga.

¹⁰ Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica.

¹¹ C. MEOLI, *I segretari comunali e provinciali: dall'Agenzia di nuovo al Ministero dell'interno*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 5, 552.

¹² Essendo però nominato dal sindaco (e trovandosi funzionalmente alle dipendenze del Comune), instaura contemporaneamente con quest'ultimo il proprio rapporto di servizio: situazione, quindi, in cui l'amministrazione datrice di lavoro (non più l'agenzia, ma il Ministero dell'interno) continua a non coincidere con quella che ne utilizza le prestazioni. E la giurisprudenza di legittimità e quella amministrativa sottolineano concordemente che il segretario comunale, benché dipenda personalmente dal sindaco, intrattenendo un rapporto funzionale con l'amministrazione locale, resta tuttavia un funzionario statale, e il suo *status* giuridico, ancorché particolare, è interamente disciplinato dalla legislazione statale (Corte di cassazione, sez. lav., 11 agosto 2016, n. 17065; Consiglio di Stato, sez. IV, 5 aprile 2005, n. 1490).

¹³ Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

Dal primo punto di vista il problema è ovviamente quello di una disciplina che a tratti ricongiunge e a tratti separa le vicende del rapporto d'ufficio e quelle del rapporto di servizio. Dal secondo angolo di visuale, invece, la questione riguarda il profilo delle attribuzioni del segretario che abbiamo visto ampliato dagli interventi normativi di questo decennio, pur tuttavia riconoscendogli funzioni che non sembrano coerenti con quelle che tradizionalmente si ascrivono all'alveo delle competenze segretariali.

Poste queste coordinate critiche, la sentenza della Corte costituzionale, da cui siamo partiti, le lascia sullo sfondo della sua decisione finale, che peraltro prende espressamente le distanze dagli indirizzi che la stessa Consulta ha maturato in materia di *spoils system*¹⁴, sulla base del convincimento secondo cui “il complessivo statuto e le diverse funzioni affidate dalla legge al segretario comunale restituiscono l'immagine di un incarico non paragonabile a quelli sui quali questa Corte è finora intervenuta”. Un proclama perentorio che il percorso argomentativo sviluppato dalla decisione in parte smentisce nel momento in cui, per giustificare la conformità costituzionale della regola della cessazione automatica del segretario, attinge fatalmente alle categorie che la stessa Corte ha utilizzato per salvare i meccanismi di *spoils system* previsti dai legislatori nazionale e regionali. Il discorso torna (ma non poteva essere altrimenti) sul carattere fiduciario¹⁵ dell'incarico del segretario come ar-

¹⁴ Si legge nella sentenza che la “Corte ha più volte affermato l'incompatibilità con l'art. 97 Cost. di disposizioni di legge, statali o regionali, che prevedono meccanismi di revocabilità *ad nutum* o di decadenza automatica dalla carica, dovuti a cause estranee alle vicende del rapporto instaurato con il titolare, non correlati a valutazioni concernenti i risultati conseguiti da quest'ultimo nel quadro di adeguate garanzie procedurali (sentenze n. 52 e n. 15 del 2017, n. 20 del 2016, n. 104 e n. 103 del 2007), quando tali meccanismi siano riferiti non al personale addetto agli uffici di diretta collaborazione con l'organo di governo (sentenza n. 304 del 2010) oppure a figure apicali, per le quali risulti decisiva la personale adesione agli orientamenti politici dell'organo nominante, ma a titolari di incarichi dirigenziali che comportino l'esercizio di funzioni tecniche di attuazione dell'indirizzo politico (sentenze n. 269 del 2016, n. 246 del 2011, n. 81 del 2010 e n. 161 del 2008)”.

¹⁵ Nel solco di una linea che la Corte sviluppa, come è noto, a partire dalla sentenza n. 233 del 2006 con la quale sono state ritenute infondate le questioni di legittimità costituzionale relative ad alcune previsioni contenute in leggi regionali di Abruzzo e Calabria laddove prevedevano un meccanismo di cessazione automatica delle nomine confe-

gomento principale a sostegno della tesi della legittimità della previsione della decadenza automatica e si completa con argomenti di supporto che la Corte rintraccia (senza apparentemente riservare loro un peso determinante) nel riconoscimento del segretario come “figura apicale” nell’amministrazione di riferimento e nella considerazione del quadro variegato delle funzioni spettanti oggi al segretario, alcune delle quali lo proiettano in una dimensione che va oltre l’idea originaria di un mero controllore della legalità.

Ciascuno dei tasselli argomentativi evocati dalla Corte (fiduciarità, apicalità e dimensione funzionale) sembra tuttavia poter destare qualche riserva. Già l’elemento della fiduciarità¹⁶, con riguardo all’incarico di segretario, non sembra presentarsi nella sua forma più pura. La giurisprudenza costituzionale ormai tradizionalmente assume quell’elemento come giustificazione dei meccanismi di *spoils system* e lo rintraccia, in primo luogo, nei meccanismi di selezione *intuitu personae* della dirigenza. Circostanza che pone quantomeno l’interprete di fronte allo sforzo di valutare come ampiamente fiduciaria la scelta del segretario, posto che la stessa avviene per estrazione discrezionale dai ruoli di un albo, formatosi per selezione concorsuale. Peraltro, la stessa caratterizzazione del segretario in termini di fiduciario, in alcuni spazi della sentenza, sembra quasi essere contraddetta. Stride, in questa prospettiva, la chiosa finale della decisione che, fatta salva la norma sulla decadenza automatica dei segretari, eleva quella disposizione a “non irragionevole punto di equilibrio tra le ragioni dell’autonomia degli enti locali, da una parte, e le esigenze di un controllo indipendente sulla loro attività, dall’altro”. Per questa via, dunque, la Corte ribadisce il carattere indipendente del controllo esercitato dal segretario e immerge lo stesso in una dimensio-

rite *intuitu personae* dagli organi politici regionali all’atto dell’insediamento dell’esecutivo. Per questa via, la decisione ha ammesso la legittimità dello *spoils system*, nella modalità della decadenza anticipata, per quelle posizioni dirigenziali apicali che implicino un legame fiduciario, in quanto selezionate sulla base di valutazioni personali di congruità rispetto all’indirizzo politico regionale. Per una ricostruzione degli indirizzi della giurisprudenza costituzionale sul punto, si rinvia a S. BATTINI, *L’invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo spoils system*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 3, 269.

¹⁶ Sul rapporto tra segretario e vertice amministrativo di riferimento, nella giurisprudenza della cassazione, tra le tante, si veda Cass. civ., sez. lav., 23 agosto 2003, n. 12403.

ne di terzietà che appare incongrua rispetto all'idea della legittimità di meccanismi di *spoils system* che, diversamente, postulano una considerazione del segretario quale fiduciario in senso tipico.

Il carattere dell'apicalità del segretario è invece affermato dalla decisione in termini piuttosto apodittici, descrivendo i rapporti tra segretario e sindaco come "rapporti diretti, senza intermediazione di altri dirigenti o strutture amministrative". Sul punto, la Corte sembra evocare, pur senza citarla espressamente, la sua stessa giurisprudenza, laddove ricava la dimensione dell'apicalità dall'esistenza di un "rapporto istituzionale diretto e immediato"¹⁷ tra organo politico e organo amministrativo, assenti "livelli intermedi lungo la linea di collegamento" tra i soggetti. Tuttavia, se una tale circostanza è predicabile per le ipotesi in cui il segretario sia nominato anche direttore generale, non sembra potersi dire lo stesso nelle ipotesi in cui il direttore ci sia, posto che l'articolo 97 del TUEL descrive i due ruoli come "distinti e autonomi", a rivendicare il carattere per l'appunto autonomo e indipendente del segretario rispetto al vertice politico comunale, come premessa "per garantire l'imparzialità delle funzioni che svolge"¹⁸.

Forse, sul punto, il ragionamento della Corte sembra piuttosto condizionato dalla traiettoria che descriveva la legge Madia¹⁹, il cui tentativo riformatore è evidenziato dalla stessa decisione in commento a chiusura della ricostruzione storica sull'evoluzione legislativa che ha interessato la figura del segretario. La legge 7 agosto 2015, n. 124 assumeva infatti come suo intento la soppressione della figura del segretario comunale e, tra i principi e criteri direttivi cui il Governo avrebbe dovuto attenersi, figurava sia il mantenimento della diversa figura del direttore generale di cui all'art. 108 del d.lgs. n. 267 del 2000, sia, appunto, la soppressione del segretario comunale e di quello provinciale, con «at-

¹⁷ Così nella sentenza n. 104 del 2007. Per un commento, F. MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione*, in *Le Regioni*, 2007, 5, 836; F. G. SCOCA, *Politica ed amministrazione nelle sentenze sullo spoils system*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 2, 1015; F. SAITTA, *Burocrazia e indirizzo politico: il modello della Corte costituzionale*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2008.

¹⁸ S. BATTINI, *L'invasione degli apicali*, cit., 274.

¹⁹ Per un approfondimento, S. BATTINI, *Le norme sul personale (Commento a l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 5, 645.

tribuzione alla dirigenza [...] dei compiti di attuazione dell'indirizzo politico, coordinamento dell'attività amministrativa e controllo della legalità dell'azione amministrativa; mantenimento della funzione rogante in capo ai dirigenti apicali aventi i prescritti requisiti» (art. 11, comma 1, lettera b, numero 4). Peraltro, la stessa norma faceva «obbligo per gli enti locali di nominare comunque un dirigente apicale con compiti di attuazione dell'indirizzo politico, coordinamento dell'attività amministrativa e controllo della legalità dell'azione amministrativa». L'intervenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale di alcune delle disposizioni contenute nella legge n. 124 del 2015 (sentenza n. 251 del 2016), nella parte in cui prevedevano che i decreti legislativi attuativi fossero adottati previa acquisizione del parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata o in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, ha impedito il compimento di una riforma che avrebbe restituito le competenze che oggi impegnano i segretari comunali alle cure di dirigenti di vertice²⁰, in omaggio a quella apicalità che la recente decisione della Consulta individua tra i tasselli di un complesso sistema di giustificazione del meccanismo di decadenza automatica che il TUEL contempla.

Il terzo aspetto dell'iter argomentativo sviluppato dalla Corte riguarda poi le funzioni che assolve il segretario, ponendosi in evidenza come, oltre al “nucleo originario e tradizionale della funzione segretariale”, al segretario siano conferite “cruciali funzioni di collaborazione e di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi comunali” nonché alcune funzioni “di carattere eminentemente gestionale”. Per quanto riguarda il primo gruppo, l'enfasi della sentenza si concentra sulla partecipazione con funzioni consultive, referenti e di assistenza alle riunioni del Consiglio e della Giunta, come anche sull'adozione del parere di regolarità tecnica di cui all'art. 49 del TUEL, di competenza segretariale nel caso in cui l'ente non abbia responsabilità dei servizi. Il catalogo delle funzioni più propriamente gestionali muove invece dall'attuazione degli indirizzi e degli obiettivi stabiliti dagli organi di governo dell'ente, nei Comu-

²⁰ Critico verso la scelta del legislatore, G. GARDINI, *La dirigenza locale in bilico tra uniformità e specialità. Una riflessione alla luce della proposta di riforma madia*, in *Il lav. nelle p. a.*, 2016, 1-2, 157.

ni in cui il segretario possa essere nominato (anche) direttore generale²¹, per completarsi con l'esercizio di "ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o conferitagli dal sindaco o dal presidente della provincia" (art. 97, comma 4, lett. d, TUEL).

Da un'analisi complessiva, emerge come la sentenza ricavi la convinzione della partecipazione del segretario a compiti di attuazione dell'indirizzo politico e di gestione dallo svolgimento di competenze che la legge certamente prevede ma che, in massima parte, non caratterizzano quella figura in termini universali.

Il richiamo riguarda la riferita eventualità che, in alcuni contesti comunali, il segretario sia nominato direttore generale, come anche il parere di regolarità tecnica che, ai sensi dell'articolo 49 del TUEL, nei soli comuni in cui manchi il responsabile dei servizi, è rilasciato dallo stesso segretario.

Elementi che, nel ragionamento della Consulta, configurano il segretario come organo titolare di funzioni "cruciali" ma che tuttavia non sembrano decisivi, nel senso della caratterizzazione a tutto tondo della sua figura. Sotto il primo profilo, infatti, la nomina del segretario a direttore generale (e l'esercizio delle relative funzioni), ai sensi del quarto comma dell'articolo 108 del TUEL, vale solo in quei comuni in cui non sia nominato un direttore generale. Per quanto concerne il secondo aspetto poi, posto che il parere di cui all'articolo 49 del TUEL è rilasciato dal segretario in caso di mancanza del responsabile del servizio interessato, la stessa disciplina che quella norma descrive non sembra comportare la partecipazione del segretario a funzioni di vera e propria gestione. Viene in rilievo, in questa direzione, innanzitutto la previsione del secondo comma, per cui "il parere è espresso dal segretario dell'ente, in relazione alle sue competenze", che sembra circoscrivere l'intervento segretariale nell'alveo di scorrimento delle sue funzioni classiche. Né va sottovalutato che il quarto comma della stessa previsione descrive il parere reso dal responsabile del servizio (o, in assenza, dal segretario) come non vincolante per la Giunta o il Consiglio che, qualora non intendano conformarsi allo stesso, sono tenuti a darne adeguata motivazione nel testo della deliberazione.

²¹ In tal caso il segretario sovrintende anche allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività: vedi l'art. 97, comma 4, TUEL.

Né può sembrare decisiva la previsione dell'articolo 97 dello stesso d.lgs. 267/2000, al comma 4, lettera d), quando ammette che il segretario possa svolgere "ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o conferitagli dal sindaco o dal presidente della provincia". Si tratta comunque di funzioni specifiche, che possono o meno essere previste da statuto e regolamenti, possono o meno essere conferite dall'organo politico e che, in ogni caso, sono potenzialmente suscettibili di differenziare il ruolo del segretario a seconda dei contesti di riferimento.

A tutto voler concedere, qualche indizio nel senso della caratterizzazione in termini generali (e non meramente eventuali) del segretario come titolare di funzioni ulteriori rispetto a quelle tradizionali di controllo della legalità può altresì emergere dalla sua partecipazione "con funzioni consultive, referenti e di assistenza alle riunioni del Consiglio e della Giunta" (art. 97, comma 4, lett. a, TUEL). Tale prerogativa, nel ragionamento della Consulta, gli permetterebbe di "intervenire, sia nel procedimento di formazione degli atti, sia, se richiesto, nella fase più propriamente decisoria, in relazione a tutti gli aspetti giuridici legati al più efficace raggiungimento del fine pubblico". Per quanto autorevole dottrina abbia evidenziato che non si tratti "di vera partecipazione e collaborazione all'indirizzo, ma si resta nel campo dell'attività tecnica, di consulenza giuridico-amministrativa, che connota da sempre la figura del segretario comunale e che richiede imparzialità, più che adesione personale agli orientamenti politici dell'organo coadiuvato"²², resta quantomeno il dubbio che, in ogni caso, un'attività di tal genere, per quanto vincolata agli aspetti giuridici, possa configurarsi come una precondizione dell'attuazione dell'indirizzo politico, partecipando in forma qualificata alla sua realizzazione.

Dal quadro appena descritto, emerge complessivamente il dato per cui "il nucleo tradizionale, costante ed indefettibile, dei compiti e delle funzioni svolte dal segretario è pur sempre costituito dai compiti di collaborazione e dalle funzioni di assistenza nei confronti degli organi dell'ente, allo scopo di garantire la conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti"²³, fermo l'eventuale riconoscimento allo stesso di compiti di gestione come conseguenza di specifico conferimento del sindaco o del presidente della provincia e la resi-

²² S. BATTINI, *L'invasione degli apicali*, cit., 275.

²³ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, 310.

duale prospettiva della nomina a direttore generale (con esercizio delle relative funzioni gestionali) per l'ipotesi in cui manchi nel comune la corrispondente figura amministrativa²⁴.

3. Oltre le giustificazioni della Corte: la relazione simbiotica tra burocrazia locale e vertici politici

Sin qui il percorso argomentativo della decisione che, come detto, presenta elementi non del tutto lineari. Eppure viene da chiedersi se, a reggere la soluzione prospettata dalla Corte, non sia piuttosto un'ispirazione di carattere generale, percorsa da una vena di realismo.

La critica più sofisticata che è stata mossa nei confronti della sentenza ne sottolinea "un approccio, per così dire, olistico, teso cioè a valutare la legittimità dello *spoils system* in rapporto all'insieme delle possibili competenze del segretario, senza però distinguere fra quelle tipiche e caratterizzanti e quelle eventuali e aggiuntive"²⁵, operazione che avrebbe invece consentito di "affermare, con una pronuncia di accoglimento parziale, che lo *spoils system* si giustifica in relazione al conferimento delle funzioni (aggiuntive) di direttore generale, ma è costituzionalmente illegittimo in rapporto alle funzioni tipiche del segretario". Ferma la saldezza di questa impostazione, qualche ulteriore considerazione può forse suggerirsi alla luce del ricostruito quadro evolutivo della normativa che ha disegnato ruolo e competenze dei segretari comunali e provinciali. Quel quadro, sulla scorta delle indicazioni offerte dalla stessa sentenza, è apparso subito caotico e segnato da frequenti ripensamenti. Un ordito scomposto, che non può certo essere ricondotto ad

²⁴ Del resto, che segretario e direttore generale non siano figure assimilabili è tesi che sostiene da tempo la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione che, a più riprese, ha sostenuto, per l'effetto, l'inapplicabilità dell'articolo 1, comma 49 della legge n. 311 del 2004, laddove disciplina la possibilità del reinquadramento e dell'accesso alla dirigenza, in conseguenza del transito ad altra amministrazione, "ai segretari comunali o provinciali trasferiti per effetto di procedure di mobilità già esaurite alla data di entrata in vigore della citata legge". Sul punto, C. CELONE, *op. cit.*, 315 che fa riferimento alle sentenze della Cassazione 19 gennaio 2016, nn. 784, 785 e 768. Allo stesso autore si rinvia anche per ulteriori indirizzi più recenti, nel medesimo senso.

²⁵ S. BATTINI, *L'invasione degli apicali*, cit., 273-274.

armonia dalla Corte costituzionale ma che reclama nuovi interventi legislativi. Interventi finalizzati a sciogliere i tanti nodi che la disciplina del segretario tiene ancora inestricati: dall'anomalia della non coincidenza del rapporto d'ufficio col rapporto di servizio fino alla scelta del ruolo che il segretario deve avere, allo stato sospeso tra il tradizionale controllo di legalità e qualche sporadica funzione di gestione.

In questo scenario frastagliato, appare comunque evidente come il segretario non abbia in tutti i comuni le stesse competenze e assuma ovunque il medesimo ruolo. Per questa via, non sono da trascurare realtà amministrative nelle quali il funzionario, nel rispetto delle prerogative che oggi la normativa gli riconosce, effettivamente svolga compiti assimilabili a quelli ordinariamente assolti dalla dirigenza apicale. Il catalogo di queste realtà amministrative non sembra predeterminabile a priori con la dovuta esattezza. Riguarda sicuramente le fattispecie nelle quali il segretario assume anche la veste di direttore generale, ma riguarda anche tutte le ipotesi di esercizio di funzioni per conferimento dell'organo politico o per espressa attribuzione statutaria o regolamentare. Forse, ma qui il dubbio resta non sciolto, riguarda anche, in termini generali, il contributo reso dal segretario attraverso la partecipazione alle riunioni del Consiglio e della Giunta.

Poste queste premesse, la sentenza evidentemente dice il più per contenere il meno e l'approccio olistico dal quale è percorsa può forse giustificarsi perché applicazione di un approccio che è al contempo empirico. Un orientamento che peraltro sembra muovere dalla consapevolezza che ogni valutazione di legittimità dei meccanismi di *spoils system* imponga di "scandagliare ... l'effettivo ruolo del dirigente, quale sia realmente la sua funzione e quali rapporti abbia"²⁶ con l'organo politico. Considerazioni che valgono per la dirigenza statale ma che viepiù trovano applicazione sul terreno degli enti locali dove la relazione tra politica e amministrazione²⁷ si configura in maniera diversa, "non fosse altro perché l'amministrazione locale è molto diversa,

²⁶ S. CAPONETTI, *Dirigenti politici e dirigenti apolitici: riflessioni a margine di una pronuncia della consulta sull'illegittimità costituzionale dello spoils system a regime dei dirigenti esterni*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 5, 1081.

²⁷ Sul tema, C. BARBATI, *Politica e amministrazione nelle autonomie locali*, in A. CONTIERI, F. FRANCIANO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, 127; M. IMMORDINO, M. RAGUSA, *La dirigenza negli enti locali*, in M. P. CHITI – R. URSI (a cura di), *La dirigenza pubblica: analisi e prospettive*, Torino, 2007.

per cultura e tradizione, da quella centrale. Da sempre la burocrazia locale intrattiene con i vertici politici una relazione quasi simbiotica, tipica delle amministrazioni compatte²⁸. Rispetto ad un modello rigido di distinzione tra politica e amministrazione²⁹, sembra piuttosto prevalere un modello di interconnessione³⁰, nel quale lo spazio della relazione fiduciaria tra organi politici e amministrativi trova nuovi spazi di espressione e ulteriori ragioni di giustificazione. Se “una quota minima di fiducia tra vertici politici e apparati burocratici è indispensabile ad ogni sistema che voglia mantenere al centro il principio di sovranità popolare”³¹, questa quota diventa ancor più sensibile a livello locale, “dove la forma di governo è caratterizzata da una legittimazione popolare diretta del vertice dell’esecutivo (sindaco)”³² fino a connotare tutta la dirigenza apicale (segretari, direttori generali) che “tende naturalmente a caratterizzarsi in senso fiduciario”³³.

²⁸ G. GARDINI, *La dirigenza pubblica in cerca di identità. Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, in *Diritto pubblico*, 2017, 1, 161-162.

²⁹ Sul principio di distinzione tra politica e amministrazione si rinvia ampiamente, anche per gli opportuni riferimenti alla vasta bibliografia in materia, a P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005. Nella letteratura successiva, *ex multis*, F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006; M.R. SPASIANO, *Linee evolutive del rapporto politica-amministrazione tra esigenze di continuità e tentazioni di contiguità*, in *Nuove Autonomie*, 2010, 1, 69; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012; AA.VV., *Venti anni di “politica e amministrazione” in Italia*, IRPA Working Paper – Policy Papers Series, 2014; di recente, A. MARRA, *L’amministrazione imparziale*, Torino, 2018. Per una prospettiva comparata: G. GARDINI, *L’imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell’amministrazione contemporanea*, Milano, 2003; M. DE BENEDETTO (a cura di), *Istituzioni, politica e amministrazione. Otto paesi europei a confronto*, Torino, 2005.

³⁰ Per un approfondimento sul tema, M. RIDOLFI, *La distinzione tra politica e amministrazione nella struttura e nell’organizzazione della P.A.*, in *Rivista Italiana di Public Management*, 2019, 2, 1, 99-100.

³¹ G. GARDINI, *L’imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, cit., 172.

³² *Ivi*, 172.

³³ *Ivi*, 192. L’A. sottolinea inoltre che “imparzialità e fiducia sono facce della stessa medaglia, ed è pertanto inevitabile prevedere l’innesto di una quota di dirigenti fiduciari in un corpo burocratico che, per il resto, deve essere costituito da figure selezionate e governate secondo rigorosi criteri meritocratici. Ciò che conta è trovare la giusta misura, la proporzione equilibrata tra le parti, al fine di garantire la tenuta dell’innesto ed evitare che il legame tra le due componenti degeneri in fidelizzazione politica o, specularmente, in autarchia tecnica”.

SAPERI, COMPETENZE E RESPONSABILITÀ
DEI PROFESSIONISTI DELLA SANITÀ NELL'ASSETTO
DELLA LEGGE N. 24/2017: CRITICITÀ E PROSPETTIVE
ALLA LUCE DELL'ATTUALE EMERGENZA SANITARIA

di Mariaconcetta D'Arienzo

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Innovazioni e trasformazioni in sanità: attori, ruoli e responsabilità. – 3. Misurazione e valutazione della *performance* in sanità. Prevenzione e gestione del cd. rischio clinico e i riflessi sulla valutazione della *performance*. – 4. Rischi e opportunità connessi all'utilizzo degli strumenti offerti dalle nuove tecnologie e l'incidenza sull'approccio al paziente. – 5. Gestione del rischio e gestione del sinistro: considerazioni a margine della legge Gelli-Bianco.

1. *Introduzione*

Da oltre dieci anni a questa parte l'analisi delle competenze in sanità attira investimenti di tempo e risorse, nonostante ad oggi il concetto ed il suo significato risulti piuttosto vago ed incerto al punto da ingenerare confusione nel suo utilizzo. Pertanto, a scanso di equivoci, giova fin d'ora chiarire che la competenza è qui da intendersi come complesso delle conoscenze, capacità, abilità e comportamenti che rappresenta il valore aggiunto del professionista nel contesto sanitario in cui opera in vista del raggiungimento dello scopo (sicurezza delle cure, qualità delle prestazioni mediche ed assistenziali e dei servizi sanitari innovativi centrati sulla professionalità delle risorse umane in risposta ai bisogni dei cittadini). Il sistema per sua natura complesso ma, al contempo, dinamico e flessibile, induce pertanto a una riflessione più attenta sulla mappatura delle competenze indispensabile alla sua trasformazione investendo sui diversi livelli di complessità delle competenze. Il problema sta nella individuazione del modello in base al quale condurre l'analisi – e delle sue coordinate (standard/indicatori in base ai quali misurare la competenza e definire gli obiettivi) – suscettibile di modificare il modo di pensare, di sentire e di agire e, di conseguenza l'organizzazione delle cono-

scienze e delle esperienze, lo sviluppo e l'esercizio di capacità (anche nuove) che ridefiniscono l'immagine e il ruolo del professionista. Certo è che, pur nella diversità di approccio al problema, i modelli già in uso – o astrattamente ipotizzabili – per essere utilizzabili non possono che convergere sulla centralità delle competenze di base, caratterizzanti e trasversali al settore sanitario delle singole figure professionali all'esito di un percorso formativo costante e continuo che si snoda lungo tutto l'arco della vita professionale e personale, anche eventualmente attraverso il confronto con altre realtà a livello nazionale ed europeo, in una prospettiva di miglioramento e/o di implementazione.

La mappatura delle competenze ha alimentato il dibattito sulla valutazione delle stesse che si intreccia con la valutazione della *performance* in sanità.

Tale constatazione è alla base dell'indagine qui condotta in una prospettiva multidimensionale e multilivello in base a un approccio integrato che consente di individuare il fabbisogno delle opportune conoscenze da valorizzare nel comparto affrontando e districando il nodo delle competenze, dei ruoli (strutturali e funzionali) e delle responsabilità dei professionisti della sanità che, a vario titolo, sono impegnati nella tutela e nella promozione della salute attraverso la prevenzione e la gestione del rischio clinico connessi alle trasformazioni della sanità e nel quadro delle recenti riforme di settore¹.

Focalizzandosi sugli aspetti più problematici della politica sanitaria connessi alla complessità organizzativa del sistema, l'indagine si appunta sulla verifica della effettiva capacità di risposta ai bisogni di salute della popolazione alla luce dei reciproci rapporti tra la struttura sanitaria con il personale sanitario e tra questi e gli utenti del servizio e del connesso regime delle responsabilità come modificato dalla legge 8 marzo 2017, n. 24, evidenziando i punti di forza e i punti di debolezza della disciplina.

A tal fine, lo studio assume quale presupposto dell'indagine la cen-

¹ In base ad una declinazione nuova e più estesa del diritto alla salute e alla sicurezza delle cure considerato un «diritto chiave della personalità (...) al quale corrisponde una doverosità complessa della sfera pubblica» (A. PIOGGIA, *Salute, diritti e responsabilità medica: una storia italiana*, in *Dir. amm.*, fasc. 3/2018, 517 ss.) che si traduce in una disciplina articolata nella consapevolezza che «i doveri rafforzano i diritti e propongono la loro difesa e promozione come un impegno da assumere a servizio del bene» (così si è espresso Papa Benedetto XVI, *Lett. Enc. Caritas in veritate*, 43).

tralità che nel complesso sistema di tutela della salute ha assunto la struttura sanitaria sulla quale incombono precisi doveri organizzativi in funzione della tutela della salute, della sicurezza delle cure e della gestione del rischio clinico, e del ruolo di «promotori della salute», anche a fini preventivi, degli esercenti la professione i quali, in base alle rispettive competenze, devono assolvere ai propri compiti che costituiscono parte integrante dell'obbligo di prestazione condizionandone il risultato in quanto «funzionali» all'espletamento della professione. L'indagine, invero, si spinge oltre i confini della legge in commento, focalizzando l'attenzione sulle competenze (*skills*) degli altri «professionisti della salute» complementari (in quanto afferenti ad altre branche o saperi, di natura giuridica, economica, aziendale, ingegneristica, ecc.), relazionali e organiche all'organizzazione sanitaria proprio in quanto volte al perseguimento di obiettivi comuni. L'evoluzione e l'implementazione delle competenze nel settore non costituisce certo una novità, ma un'esigenza manifestatasi in tempi piuttosto remoti (già sul finire dell' '800 e poi nella legge istitutiva del SSN del 1978, oltre che negli interventi normativi successivi² e nella Riforma del Titolo V della Costituzione), divenuta nel tempo ineludibile e improrogabile in un sistema nel quale la tutela e la promozione della salute dei cittadini costituisce, al contempo, l'obiettivo delle riforme, un valore da difendere e il principale criterio di misurazione della *performance* «globale».

Ciò sul presupposto che soprattutto in sanità la competenza esperta e integrata (in quanto fondata sulla conoscenza che alimenta l'esperienza la quale si misura con la capacità e l'abilità nell'agire, coordinare, monitorare e gestire situazioni difficili e rischiose) si pone al crocevia con differenti competenze e risorse umane, tecnologiche e scientifiche al servizio dei cittadini e con un ruolo di primo piano per raccogliere le sfide della sanità pubblica. La competenza, quindi, presuppone, si nutre e si alimenta con il/i sapere/i e la/e conoscenza/e che arricchiscono il patrimonio del singolo, ma non per restare confinata nella sua sfera giuridica, quanto piuttosto per incrementare dal punto di vista quantitativo e qualitativo l'offerta dei servizi e delle prestazioni. In quest'ottica essa rappresenta, al contempo, un *plusvalore* per l'organizzazione e la strut-

² Ci si riferisce, in particolare, al d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, al d.lgs. 7 dicembre 1993, n. 517, ancora alla legge 23 dicembre 1994, n. 724, fino al d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229.

tura sanitaria ove le nuove figure professionali si integrano con quelle esclusivamente o prevalentemente di natura medico-sanitarie in un'ottica dipartimentale o manageriale che si rivela utile non solo nei rapporti interni, ma anche nella gestione dei rapporti con professionisti, utenti e *stakeholders* esterni, puntando all'eccellenza della *performance*.

Nel comparto sanitario, infatti, essa assume un carattere dinamico e multidimensionale, individuale e allo stesso tempo sociale, cui corrispondono aspettative, valutazioni, metodi e criteri di misurazione diversificati in base ai livelli di tutela e di promozione della salute cui il cittadino può concretamente aspirare, in base agli impegni assunti e agli obiettivi prefissati. Ai fini del raggiungimento degli stessi un ruolo fondamentale riveste la formazione che, infatti, si rivela essenziale per la creazione e/o l'aggiornamento delle competenze e lo sviluppo della capacità di interpretare il contesto indispensabile per il controllo delle incertezze e ai fini della individuazione di possibili soluzioni o rimedi, ovvero di prestazioni e risultati «di salute» per i cittadini sulla scorta dell'analisi e di una valutazione integrata e globale dell'intero percorso diagnostico-terapeutico-assistenziale.

2. *Innovazioni e trasformazioni in sanità: attori, ruoli e responsabilità*

A partire dagli anni '70 del secolo scorso, i numerosi interventi normativi che si sono succeduti attestano l'attenzione sempre crescente del legislatore nei confronti dei grandi temi della sanità pubblica e gli sforzi della dottrina continuamente impegnata a testare lo stato di salute o, per meglio dire, di malattia dell'amministrazione sanitaria³ nel tentativo di trovare rimedi alle «malattie» o alle «disfunzioni di fondo (capaci) di minare l'intero sistema (...) o le sue parti essenziali»⁴ mediante l'individuazione degli *asset* strategici per lo sviluppo del sistema Paese e

³ Di recente sul tema, L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto*, in ID. (a cura di), *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli, 2016, 11.

⁴ Così, M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, 299 ss. M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 715. S. CASSESE, *Rapporto sulle condizioni delle pubbliche amministrazioni, Dipartimento per la funzione pubblica*, Roma, 1993.

delle misure idonee a rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla piena realizzazione dei diritti fondamentali⁵.

Al di là dei dati e delle statistiche, la sensazione è che l'Amministrazione abbia abdicato al proprio ruolo di «amministrazione di servizio» ai cittadini per la sostanziale incapacità di «rappresenta(rn)e i bisogni, e conseguente(mente di) individua(re) ... gli obiettivi (...) per soddisfarli»⁶ che si traduce in incapacità di risultato foriera di conseguenze e pregiudizi anche di natura economica, non circoscritta al caso di specie, bensì suscettibile di assumere proporzioni più ampie e finanche «di sistema»⁷ per incapacità finanziaria, strutturale o organizzativa che rappresentano un ostacolo all'esercizio della funzione istituzionale nell'attuale contesto sociale, economico, politico e culturale.

Giova, in proposito, evidenziare che la promozione, il mantenimento e lo sviluppo dello stato di salute dei cittadini presuppone l'esistenza di una organizzazione tale da assicurare la disponibilità e l'adeguamento, da un punto di vista sia quantitativo che qualitativo, dell'offerta dei servizi e delle prestazioni (ricompresi nei LEA come definiti a livello nazionale, regionale e locale) alla domanda di salute del territorio, la valutazione del personale di comparto in funzione della crescita professionale, dello sviluppo delle competenze e della valorizzazione ed ottimizzazione della gestione delle risorse disponibili, dei risultati attesi e della *performance*⁸.

⁵ G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012.

⁶ Così, A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, 161. F. MANGANARO – A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004; G. PASTORI, *L'amministrazione da potere a servizio*, in M.R. SPASIANO (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, 2012, 47 ss. e M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 8 ss. S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2013, 152 ss.; F. LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, II ed., Napoli, 2010; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 11 ss.

⁷ Di recente sul tema, C. E. GALLO, *Le conseguenze patrimoniali della cattiva amministrazione*, in AA. VV., *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme. Annuario AIPDA 2016*, Napoli, 2017, 143 ss.

⁸ Per un'accurata analisi delle riforme, cfr. di recente E. D'ALTERIO, *La valutazione della performance nella riforma della pubblica amministrazione: novità e punti fermi*, in *Azienditalia - Il Personale*, 2017, 7, 417; B.G. MATTARELLA, E. D'ALTERIO (a cura di),

Senza sottovalutare il peso che nella valutazione e nelle scelte concretamente adottate assumono criteri, parametri e stime soggettive della «percezione e analisi del rischio» e della «dimensione degli sprechi e delle inefficienze» in Sanità che incidono sul raggiungimento degli obiettivi e dei risultati attesi.

Ciò, evidentemente, in quanto le scelte (e le valutazioni ad esse sottese), lungi dall'essere «omologate», vanno invece «contestualizzate» all'atto del «recepimento» e dell'attuazione a livello regionale e locale in base alla organizzazione e all'identità delle strutture e delle Aziende sanitarie al fine di meglio comprendere le dinamiche, i riferimenti, la tipologia dei processi e delle attività, che vanno poi concretamente a determinare misure, azioni, interventi, ecc. anche in considerazione della specifica *mission* di servizio pubblico loro affidata⁹.

Quanto appena riferito avvalorava la definizione più accreditata del concetto di *performance* da intendersi come il «contributo (risultato e modalità di raggiungimento dello stesso) che ciascun soggetto (definito come sistema, organizzazione, unità organizzativa, *team*, singolo individuo) apporta attraverso la propria azione al raggiungimento delle finalità e degli obiettivi e alla soddisfazione dei bisogni per i quali l'organizzazione è stata creata», e la circostanza per cui esso – calato nel settore sanitario – assume un carattere dinamico (vale a dire mutevole in base all'evoluzione del contesto sociale, economico, culturale, politico, ecc.), multidimensionale (riferita, cioè, a ciascun portatore di interesse ed implicante tante [diverse] valutazioni per quanti sono i protagonisti del sistema socio-sanitario, suscettibili tuttavia di essere conciliate ed unificate in funzione della tutela del bene comune ed in ossequio ai principi (efficienza, efficacia, economicità, equità, ecc.) che costituiscono la dimensione propria della *performance*¹⁰, polifunzionale e globale in un

La riforma della Pubblica amministrazione. Commento alla legge n. 124 del 2015 (Madia) e ai decreti attuativi, Milano, 2017. B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2015, 621 ss.

⁹ A valle della definizione degli obiettivi, ai fini della valutazione delle *performance* del SSN si guarda non solo al risultato finale, ma anche alle azioni che concretamente sono state messe in campo per conseguirlo in base a criteri *standard* (predeterminati) corrispondenti alle innumerevoli dimensioni della *performance* complessiva del sistema ospedaliero che è il risultato dell'articolata struttura dell'offerta, estremamente variabile da Regione a Regione.

¹⁰ In quest'ottica, la rimodulazione dei reparti di un ospedale di base attraverso la

contesto estremamente diversificato al suo interno in quanto caratterizzato da punte di eccellenza, ma anche da una consistente variabilità della *performance* sanitaria intra ed interregionale confermata da recenti dati e statistiche¹¹.

Già ad una prima lettura, ciò che balza immediatamente all'occhio, non sono le valutazioni di presunti buoni livelli di *performance* registrati in alcune Regioni e certificati dall'Agenas, quanto piuttosto i dati che attestano l'ammontare delle spese legali sostenute da alcune Regioni per liti da contenzioso e da sentenze sfavorevoli e l'impatto dell'esborso sul SSR e sulla sostenibilità della programmazione sociale e sanitaria che evidenziano un problema particolarmente sentito sia a livello nazionale che locale, a fronte del quale i primi finiscono per ridursi a meri *slogan* destituiti di fondamento.

Sotto altro profilo, essi – non tenendo conto della eccessiva frammentazione dell'offerta a livello locale – finiscono per obliterare fenomeni, comportamenti e pratiche che invece andrebbero monitorati e corretti e altri fattori che pure incidono sulla valutazione della *performance* tra cui spicca l'incompetenza quale causa principale di disorganizzazione e del cattivo funzionamento dei servizi, fonte di sprechi e inefficienze, laddove invece, il raggiungimento degli obiettivi richiederebbe competenze e strumenti flessibili e perciò più efficaci in quanto adattabili alla realtà concreta.

Non a caso, l'evoluzione normativa ancora in corso e ulteriormente segnata dalle recenti riforme di settore e le numerose trasformazioni della sanità intercettano il nodo delle competenze, in base ad un rinnovato concetto di servizio pubblico inserito in un processo di trasformazione culturale incentrata sui profili della responsabilità personali e sociali della struttura, del singolo professionista e del gruppo nei confronti dei portatori di interesse, sottolineando così il ruolo degli attori del SSN (esaltato dalle novità introdotte in particolare dalla legge Madia e, da ultimo, dalla legge Gelli-Bianco) nella promozione e la diffusione dell'etica pubblica dei comportamenti, delle responsabilità e della sostenibilità.

soppressione di quelli operanti in strutture di II livello deve considerarsi pienamente legittima in quanto rispondente all'esigenza di eliminare inutili duplicazioni al fine di articolare al meglio l'offerta sanitaria sul territorio premiando gli ospedali che anche da un punto di vista logistico sono maggiormente fruibili da parte dei cittadini.

¹¹ Consultabili sul sito www.istat.it/salute-e-sanità.

Se ne deduce che oggi come oggi le organizzazioni sanitarie si confrontano con una pluralità di interlocutori che assumono un ruolo fondamentale nella valutazione della *performance*.

In primo luogo, con l'utente-paziente che infatti, a differenza di quanto si evince «(da)lle pratiche e (da)lle culture del Servizio (in cui) prevale la rappresentazione del(lo stesso) come recipiente passivo da riempire con interventi efficaci ed efficienti»¹², partecipa attivamente alla co-produzione del valore «salute» e «benessere» avendo ormai assunto una rilevanza fondamentale e strategica nel processo di sviluppo fondato sull'integrazione e sullo scambio delle conoscenze e competenze, in qualità di «utente sovrano» «esigente» e «competente» e di interlocutore necessario e privilegiato nella fitta rete delle relazioni, diffuse e continuative, che intercorrono tra le strutture socio-sanitarie e gli attori ad essa legati.

Aprirsi al confronto con l'opinione pubblica più attenta, informata e sensibile ai cambiamenti che impattano sulla salute, costituisce il logico corollario del nuovo approccio culturale di cui si è detto, in cui l'etica e la responsabilità sociale assurgono al rango di veri e propri fattori della produzione di valore confluendo in strategie *ad hoc* che si fondano su alcuni principi cardine, tra cui figura proprio la sostenibilità, qui intesa come uso consapevole ed efficiente delle risorse, capacità di valorizzare i saperi e le professionalità che servono all'organizzazione sanitaria attraverso l'integrazione delle stesse, che presuppone la visione e l'azione coordinata delle attività per il raggiungimento di obiettivi e valori condivisi (sintetizzati in norme etiche e standard di comportamento garantiti da apposite procedure) ed il miglioramento dello stato di benessere psico-fisico della collettività impegnandosi a mantenere livelli alti di prestazioni ed assistenza.

Ciò in base alla consapevolezza, ormai acquisita, della centralità che nel complesso sistema di tutela della salute e del benessere del cittadino ha assunto la struttura sanitaria sulla quale, infatti, incombono precisi doveri organizzativi e di prestazione anche e soprattutto in funzione della sicurezza delle cure e della gestione del cd. rischio clinico, e i ruoli e le responsabilità del medico che in qualità di «promotore della salute»

¹² Così, F. RUGGERI (a cura di), *Stato sociale, assistenza, cittadinanza. Sulla centralità del servizio sociale*, Milano, 2013, 132.

è, altresì, responsabile della circolazione delle informazioni e della loro elaborazione a fini preventivi che si traducono in precisi doveri.

Questi, infatti – lungi dal poter essere considerati «ancillari» o «strumentali» – costituiscono parte integrante dell'obbligo di prestazione condizionandone il risultato in quanto «funzionali» all'espletamento della professione, al netto dell'evoluzione della relazione medico-assistenziale.

La complessità dell'organizzazione sanitaria non è, come erroneamente si potrebbe ritenere, solo la risultante delle complessità cliniche dei singoli ospedali, ma si connota in positivo, rappresentando piuttosto una leva che unitamente al progresso medico, scientifico e tecnologico, dovrebbe indurre a rivalutare il ruolo (anche sociale) dei professionisti che operano all'interno della struttura sanitaria che mira a diventare un'organizzazione efficiente e un'amministrazione di risultati.

Ciò, naturalmente, in base ad un'attenta programmazione che, al fine di coniugare aspetti economici e di qualità clinica (ovvero, una copertura assistenziale globale seppure in una logica di sostenibilità), prima ancora di stabilire come allocare le risorse, dovrebbe essere in grado di individuare i cambiamenti in corso in base ai quali definire i nuovi obiettivi e comunque dovrebbe riconoscere nella frammentarietà dell'offerta locale un fattore chiave di creazione di valore (che si misura in termini di salute dei pazienti, ottimizzazione dei tempi, efficienza ed efficacia nella gestione dei pazienti, innovazione e implementazione dei servizi di supporto al paziente e ai suoi familiari) puntando sugli ospedali regionali che quindi assurgerebbero a centri di riferimento (*hub*) della rete integrata dell'assistenza ospedaliera.

Così facendo, l'ospedale resterebbe uno snodo fondamentale della filiera dell'assistenza sanitaria in cui la presa in carico dell'assistito implica il coinvolgimento di più soggetti che operano sincronicamente realizzando una vera e propria alleanza interdipendente e interconnessa tra i professionisti della salute del territorio, responsabilizzando chi assume le decisioni ad apportare necessari correttivi, in una logica di sistema che riunisce e coinvolge gli specialisti della salute.

Questa è la *ratio* sottesa al progetto di trasformare l'ospedale pubblico da luogo di cura indifferenziato a struttura ad alto contenuto specialistico collegata ai bisogni del territorio, in base al rinnovato approccio «multidimensionale» cui si è innanzi accennato che sia in grado di coniugare efficienza, efficacia, appropriatezza, sicurezza ed equità, vale

a dire gli elementi fondanti del SSN e grazie all'adozione di un nuovo paradigma organizzativo in cui tali principi sono chiamati a svolgere un ruolo guida che presuppone il coinvolgimento e l'integrazione tra i soggetti e le competenze (necessariamente plurali, eterogenee e differenziate dando luogo al fenomeno dell'ibridazione delle competenze) di *leadership* e di governo degli ecosistemi complessi, dei grandi progetti e delle trasformazioni che creano valore. Quest'ultimo, infatti, si misura in termini di salute dei pazienti e ottimizzazione dei tempi degli esercenti le professioni sanitarie, nonché dei tecnici, efficienza ed efficacia nella gestione dei pazienti, innovazione e implementazione dei servizi di supporto al paziente e ai suoi familiari, in un contesto che vede i professionisti della salute impegnati nella ricerca di soluzioni valide (anche) dal punto di vista tecnico, scientifico e tecnologico che possano costituire anche un antidoto alla cattiva amministrazione, riducendo gli sprechi e ottimizzando i processi¹³.

3. Misurazione e valutazione della performance in sanità. Prevenzione e gestione del cd. rischio clinico e i riflessi sulla valutazione della performance dei professionisti della Sanità

La *performance* in sanità ha assunto una dimensione intrinsecamente complessa (individuale e organizzativa) e pluridimensionale, all'esito della progressiva evoluzione del concetto e dei modelli che si sono avvicinati a partire dagli anni '80 scandita dalla trasformazione dei ruoli e delle responsabilità degli attori del SSN nella «creazione di valore pubblico»¹⁴.

¹³ S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme. Conclusioni del Convegno annuale Aipda "Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme"*, 8 ottobre 2016, Roma, Università di Roma Tre, in www.diritto-amministrativo.org.

¹⁴ A partire dagli anni '80 il legislatore ha introdotto criteri e principi di valutazione della legittimità e della correttezza dell'azione amministrativa, considerati al contempo come criteri di misurazione dell'efficacia delle politiche sanitarie, dell'efficienza nell'impiego delle risorse, dell'economicità della gestione e valutazione dei risultati raggiunti (diversificati tra loro in quanto riferiti a realtà organizzative ed ambientali molto distanti le une dalle altre) dalle organizzazioni che erogano servizi di pubblica utilità. Negli anni '90 la Riforma ispirata alla logica del *New Performance Management* diede vita ad «un sistema amministrativo fatto di regole, procedure e controlli minuti e pervasivi» (così, C.

Ciò si è verificato soprattutto negli ultimi anni, in seguito all'adozione di un sistema di *governance* a ciò orientato e alla definizione di un modello multidimensionale e integrato di misurazione e valutazione delle *performance* basato su un approccio sistemico bilanciato tra le diverse dimensioni dell'organizzazione.

Non mancano, tuttavia, delle criticità legate soprattutto alla proliferazione (se non anche, a volte, alla duplicazione) degli indicatori in assenza di un coordinamento che ne garantisca l'omogeneità; all'eccessivo peso degli indicatori di misurazione di qualità delle cure e dei servizi offerti, rispetto alla dimensione finanziaria; alla difficoltà di trovare misure standardizzate in grado di valutare l'esperienza del paziente in modo equilibrato e oggettivo (rilevazione della soddisfazione dei pazienti e della qualità percepita). Per non parlare del fatto che l'utilizzo di strumenti e indicatori di valutazione risente dell'influenza di molti fattori (ambiente di riferimento, scelte politiche, decisioni organizzative, selezione soggettiva degli indici di riferimento), con la conseguenza che in

D'ORTA, *L'organizzazione delle p.a. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, 436) che tuttavia non sortì gli effetti sperati, risultando al contrario «(in)soddisfacente sul piano dei risultati paradossali (...) provoca(t) sull'assetto organizzativo, unitamente all'avvento delle teorie del *Neo-Weberian State* (...) fonda(te) sulla centralità dell'affidabilità e della *predictability* delle norme – ossia sull'adozione di regole formali che assicurino l'esercizio appropriato della discrezionalità amministrativa, la correttezza procedurale e l'integrità professionale – dan(do) la stura, nel biennio 2008-2009, ad interventi di riforma intesi a rivedere il profilo della managerialità della dirigenza così come disegnato negli anni Novanta». Ed è proprio, in particolare, con il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 che «ci si allontana dal modello precedente, irrigidendo il sistema delle prescrizioni e vedendo nell'osservanza delle regole, definite in modo accentrato, il meccanismo di garanzia del miglioramento dell'azione pubblica (...) imponendo – e non solo stimolando – l'efficienza, la quale risulta focalizzata sulla nozione di *performance*, organizzativa e individuale, che si colloca al centro del disegno di riforma del lavoro pubblico, (...) al fine del miglioramento della produttività dei dipendenti pubblici e dell'ottimizzazione dell'organizzazione interna alla pubblica amministrazione, a parità di costi sostenuti» (...) secondo la previsione che «le amministrazioni interessate utilizzano a tale fine le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente» (Così, R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 318). Sugli obiettivi e gli esiti della Riforma Brunetta, cfr. G. GARDINI, (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, Bologna, 2012; F. FRACCHIA, *I fannulloni pubblici e l'irritazione di Brunetta*, Napoli, 2012.

un sistema complesso in cui convivono diverse dimensioni della *performance*, l'intreccio di questi fattori è tale che non sempre è possibile migliorarne uno senza essere costretti a sacrificarne un altro.

Senza dimenticare, inoltre, che numerose sono le variabili e/o fattori descrittivi del fenomeno di *performance* che sfuggono al controllo e che erodono le risorse già di per sé insufficienti rappresentando un «costo» per la collettività che indebolisce progressivamente il sistema evidenziandone il (sostanziale) fallimento.

Ciò è ancora più evidente in un contesto eccessivamente eterogeneo e differenziato a livello regionale e soprattutto nelle Regioni in difficoltà o in Piano di Rientro ove si registrano livelli alti di insoddisfazione dovuti, evidentemente, allo scarto piuttosto consistente tra domanda e offerta, *performance* attese e risultati raggiunti.

In un ambiente caratterizzato, peraltro, da un marcato *deficit* informativo e in settori governati dall'illegalità, dalla povertà delle risorse e dalla disinformazione di massa e da numerose altre criticità legate soprattutto all'inadeguatezza/inappropriatezza delle prestazioni rispetto al fabbisogno della popolazione, la tutela della salute si attua attraverso la prevenzione e la gestione del rischio affidata ai protagonisti del SSN ed assicurata dall'assolvimento degli obblighi oggetto di valutazione della *performance* e della responsabilità di ciascuno di essi nel«la prospettiva (e con l'auspicio che) ... essa (costituisca) ragione di stimolo e non di disincentivo»¹⁵.

Questa è la *ratio* sottesa ai recenti interventi normativi che mirano al rafforzamento della fiducia nella relazione di cura in cui ciascuno – individualmente e congiuntamente – assume la responsabilità della riduzione del cd. rischio sanitario definito come «danno incerto e potenziale determinato dall'esposizione al pericolo ovvero a un evento che può procurare nocimento»¹⁶ e della sicurezza delle cure considerata parte costitutiva del diritto alla salute (art. 1, comma 1 della legge n. 24/2017), una parte centrale e perciò particolarmente importante dell'attività sanitaria che prevede il coinvolgimento e la collaborazione delle strutture e del personale su cui gravano precisi obblighi e compiti organizzativi, comportamentali e di prevenzione e gestione del rischio clinico, e un

¹⁵ Corte cost., 20 novembre 1998, n. 371.

¹⁶ P. GRAZIOLI, *Il rischio sanitario nel diritto amministrativo dell'emergenza*, in www.aipda.org.

elemento imprescindibile per l'erogazione di prestazioni di elevata qualità.

Benché il tema non costituisca una novità assoluta nel panorama legislativo¹⁷ e giurisprudenziale nel quale si colloca, indubbiamente la trasposizione in ambito sanitario di principi e obiettivi tipici di settori ed organizzazioni di elevata complessità rappresenta al contempo una sfida e un'opportunità, il segno tangibile di un rinnovato approccio ai problemi che postula il coinvolgimento e l'impegno di tutti gli attori del SSN nel conseguimento degli obiettivi mediante il compimento di «tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso alla erogazione di prestazioni sanitarie»; in caso di insorgenza di un rischio nuovo, l'avvio di un nuovo processo valutativo, nel rigoroso rispetto dei ruoli e dei compiti di ciascuno e nella consapevolezza dei rischi connessi all'erogazione delle prestazioni e all'offerta dei servizi, nonché l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative in un contesto nel quale il progresso scientifico e tecnologico (su cui si tornerà più diffusamente in seguito) rappresenta un'opportunità ma anche un «costo» e, quindi, un «rischio» per la salute umana.

Evidentemente, quindi, anche da questo punto di vista, un'amministrazione efficiente e performante deve essere in grado di individuare la propria «giusta dimensione»¹⁸ attivando un processo di valutazione e di decisione fondato su un approccio uniforme per l'applicazione del principio di precauzione che si traduca in una o più opzioni di azione in risposta a questioni specifiche e in funzione delle priorità monitorandone l'efficacia nel tempo, e di adozione di un modello organizzativo, di gestione e controllo del rischio potenziale (secondo procedure multilivello).

Ciò in quanto, evidentemente, il diritto alla salute e alla sicurezza delle cure ha assunto una consistenza tale da attribuire al cittadino la

¹⁷ Il riferimento è alla legge n. 208/2015, il cui art. 1, comma 538, stabilisce che «La realizzazione delle attività di prevenzione e gestione del rischio sanitario rappresenta un interesse primario del Sistema sanitario nazionale perché consente maggiore appropriatezza nell'utilizzo delle risorse disponibili e garantisce la tutela del paziente». Il tema della sicurezza delle cure, in primo tempo afferente alla sola organizzazione (quindi di competenza esclusiva della struttura), si è poi esteso all'attività coinvolgendo anche il personale.

¹⁸ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2018, 164.

pretesa giuridica di cure appropriate che solo una organizzazione efficiente ed efficace può garantire al fine di limitare i danni all'integrità psicofisica dei pazienti che diversamente resterebbero a carico degli stessi i quali si vedrebbero costretti a sopportarne il relativo costo¹⁹.

Di qui l'introduzione, ad opera delle recenti riforme di settore, di una serie ampia e puntuale di obblighi, azioni e attività volti a favorire lo sviluppo della cultura dell'integrità e la promozione di un forte spirito civico tra gli esercenti la professione sanitaria (e non solo) in funzione della prevenzione e promozione della salute che, in quanto espressione del principio di solidarietà sociale, focalizzano l'attenzione sui ruoli delle strutture e del personale sanitario valorizzandone l'attività per fini di protezione e di assistenza e sui connessi profili della responsabilità che costituiscono il fulcro della legge n. 24/2017²⁰ a garanzia della sicurezza delle cure, ma anche in funzione deflattiva del contenzioso (artt. 6 e 7)²¹. La legge n. 219/2017, recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento» – incentrata sugli aspetti definitivi, organizzativi e regolativi dei rapporti di cura, degli obblighi a carico dei medici, degli operatori sanitari e della struttura ospedaliera e sui diritti dei pazienti – nel sancire il principio di auto-

¹⁹ L'approccio precauzionale produce un impatto positivo in termini di trasparenza nei processi decisionali, supporto alla ricerca scientifica, nella identificazione precoce dei rischi per la salute e nella definizione delle priorità ai fini dell'adozione delle misure di mitigazione o rimozione del rischio.

²⁰ Questa è la *ratio* sottesa anche alle leggi 31 luglio 2017, n. 119, e 22 dicembre 2017, n. 219, che, sulla scia del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (come modificato dai decreti legge nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 di attuazione delle legge n. 124/2015) che ne costituisce a tutti gli effetti l'antesignano, ispirandosi ai suddetti principi hanno introdotto una serie di obblighi, in base alle competenze sia scientifiche che comunicative, posti a carico del personale che a vario titolo opera nelle strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche e private riconoscendogli, pertanto, un ruolo strategico nella promozione della salute attraverso la prevenzione del rischio sanitario nell'ambito di una precisa e (si auspica) efficace strategia che mira all'adozione, diffusione e implementazione di *best practice* a livello regionale e locale.

²¹ La Riforma, resasi necessaria soprattutto al fine di arginare il fenomeno della medicina difensiva, persegue importanti obiettivi, tra cui la ricerca di un difficile punto di equilibrio nei rapporti medico/paziente, ossia «fra legittime istanze di tutela del danneggiato in caso di *malpractice* medica e strumenti giuridici di riparazione dei torti che, in ultima analisi, implicano crescenti costi sociali ed economici per la collettività» (così, C. BOTTARI, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Torino, 2018, 187).

responsabilità del paziente sottolinea al contempo la «correlazione fra espressione del consenso (all'inizio e alla prosecuzione del trattamento sanitario) e informazione, inquadrandola nella relazione di cura e fiducia tra paziente e medico» (...); «utilizz(ando peraltro) ampie nozioni di "informazioni" trasmissibili a(d) "altro soggetto" delegato dal paziente (la legge ha inteso sancire) il diritto di accesso alle informazioni familiari (che denota) l'insistenza con la quale (essa) valorizza i profili sostanziali di tale relazione, ribadendo che il diritto di essere informati presuppone una comunicazione comprensibile, completa e aggiornata, idonea a consentire una adeguata valutazione dei rischi e dei benefici (...)»²². Parimenti, la legge n. 119/2017 si ispira e promuove il cd. governo clinico (*clinical governance*), tutelando l'interesse comune alla salute collettiva per l'esigenza di apprestare agli utenti del servizio una protezione preventiva dal rischio sanitario e dal rischio di contagio degli operatori sanitari nell'esercizio dell'attività professionale oltre che dei pazienti che si affidano alle loro cure²³.

²² Così, G. DE MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in www.federalismi.it. A. PIOGGIA, *Salute, diritti e responsabilità medica una storia italiana*, cit. Tra i contributi più recenti, cfr. M. FOGLIA (a cura di), *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, Pisa, 2019. ID., *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018; AA.VV., *La nuova legge n. 219/2017*, in *Riv. Biodiritto*, 2018, 1 ss.; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, nota di aggiornamento, 31 gennaio 2018, in www.rivistaresponsabilitamedica.it; S. CACACE, *La nuova legge in materia di consenso informato e DAT: a proposito di volontà e di cura, di fiducia e di comunicazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 935. M. NOCCELLI, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. D'ARIENZO, *Scelte di fine vita, tutela della dignità del disabile e diritto all'autodeterminazione dell'esercente la professione sanitaria*, in www.federalismi.it – Osservatorio di diritto sanitario (giugno 2020).

²³ Le riforme hanno «da(to) corpo a tale complessità (dei diritti collegati all'informazione e al consenso e alla sicurezza delle cure) fa(cendosi) carico di un rapporto che, in quanto articolato, chiama in causa attori diversi, non soltanto medico e paziente, ma anche gli altri operatori sanitari e soprattutto l'organizzazione della struttura ... (nella) consapevolezza d(i) d(over) intervenire attivamente nella costruzione di una cultura della relazione basata sulla considerazione della persona in maniera complessiva e definire un sistema di diritti che passa attraverso un diretto coinvolgimento della struttura nella gestione del rapporto di cura (onde evitare di scaricare solo sul medico il peso della tutela del paziente nella relazione curativa)» (Così, A. PIOGGIA, *Salute, diritti e responsabilità medica*, cit.).

Ed è proprio in quest'ottica che occorre valorizzare gli obblighi che costituiscono parte integrante della prestazione dovuta contenuto della prestazione condizionandone il risultato in quanto «funzionali» all'espletamento della professione. Essi, pertanto, devono avere il loro giusto peso nel sistema di responsabilità sanzionatoria prevista dalla legge n. 24/2017 e nel confronto con le carenze strutturali e organizzative dei reparti ospedalieri che spesso costituiscono il vero antecedente causale dell'evento lesivo²⁴ e che in alcune circostanze possono indurre il giudice contabile a ridurre l'importo del risarcimento posto a carico del medico in considerazione dell'apporto concausale che ha avuto nella produzione dello stesso²⁵, in altre addirittura ad escluderne la colpevolezza²⁶. Ciò in base alla constatazione dell'autonomia dei rapporti e delle relative responsabilità caratterizzati da una pluralità di obblighi di protezione inerenti alla prestazione principale e a quelle accessorie che consente di riconoscere gli obblighi organizzativi posti a carico della struttura e i danni da inadeguatezza ad essa addebitabili²⁷. Basti pensare al

²⁴ Questo orientamento giurisprudenziale risale agli anni '90 del secolo scorso. Cfr. Trib. Monza, 7 giugno 1995; Trib. Milano, 9 gennaio 1997, annotata da M. TOSCANO, *Un nuovo passo verso il riconoscimento del difetto di organizzazione dell'ente ospedaliero come autonoma fonte di responsabilità?*, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, 1220 ss.

²⁵ Non vanno sottovalutate, infatti, le circostanze che determinano l'insorgenza di situazioni di maggior rischio, particolarmente diffuse nel comparto sanitario, tra cui si segnala la grave difficoltà di svolgimento delle funzioni lavorative all'interno di alcuni reparti di emergenza, la sussistenza di gravi carenze sotto il profilo organizzativo, il particolare carico di lavoro.

²⁶ Cfr. M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993, 14 ss.; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 254-392; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 271 ss.; A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1999, 4, 441 ss.; ID., *Una dottrina unitaria della obbligazione civile*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 221 ss.; ID., *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010; M. FRANZONI, *La responsabilità nei servizi sanitari*, Trattato diretto da M. FRANZONI, Bologna, 2011.

²⁷ Cass. civ., SS. UU., 1 luglio 2002, n. 9556, seguita poi da altre sentenze della terza sezione civile della Cassazione: 14 luglio 2003, n. 11001; 21 luglio 2003, n. 11316; 28 maggio 2004, n. 10297; 13 gennaio 2005, n. 571; 26 gennaio 2006, n. 1698; 19 aprile 2006, n. 9085. In dottrina, G. IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.* 2001, I, 3 ss.; L. GREMIGNI FRANCINI, *Responsabilità sanitaria e tutela della persona*, in *Danno e Responsabilità*, 2005, XI, 1049 ss. hanno evidenziato sia la difficoltà di definizione dell'obbligo di buona organizzazione sia la varietà

cd. «danno da impreparazione» che si suole identificare con la «(maggiore) sofferenza interiore che il paziente patisce nel momento in cui si trova di fronte ad una conseguenza negativa dell'intervento (...) che egli non ha avuto la possibilità di prepararsi ad affrontare in quanto la medesima non gli è stata, per l'appunto, prospettata dal medico al momento dell'acquisizione del consenso» collocandosi in una zona grigia di collegamento tra responsabilità dell'ente e soggettiva che si identifica con l'«assenza o carenza di prestazioni» suscettibile di arrecare un danno al paziente anche quando non è direttamente imputabile all'atto medico inerendo piuttosto al potere di organizzazione e di controllo strategico dell'ente, tale comunque da condizionarne il risultato²⁸. Ma anche ove così non fosse, da un punto di vista pratico, l'accertamento della connessione con il difetto strutturale e organizzativo dell'ente cui si ricollega l'inadempimento degli obblighi di servizio del sanitario costituisce condizione necessaria ma non sufficiente per la declaratoria del concorso di colpa e, quindi, della responsabilità occorrendo comunque verificare la sussistenza del nesso di causalità tra la carenza in discorso e il danno verificatosi nonché della colpa grave. Tale verifica appare particolarmente problematica riferendosi «non già (a) una condotta bensì (ad) una inefficienza, soprattutto (se) questa non sia accompagnata alla negligenza di uno specifico sanitario o gruppo di medici, oppure quan-

delle prestazioni (preventive dei rischi, organizzative e di cura) e dei danni ascrivibili alla struttura sanitaria in forza del contratto atipico di ospedalità e di assistenza sanitaria. Cfr. Trib. Milano, sez. I civ., 16 aprile 2015, n. 4841; 12 maggio 2015, n. 5984; Cass. civ., sez. III, 6 maggio 2015, n. 8995; App. Milano, sez. II civ., 10 febbraio 2006, n. 369; Trib. Bari, sez. II, 16 aprile 2012, n. 1310.

²⁸ Sulla responsabilità del medico per *deficit* organizzativo della struttura di cui risponde anche il medico in qualità di primario del reparto a lui affidato, cfr. Cass. civ., 22 ottobre 2014, n. 22338. Sulla responsabilità per violazione degli obblighi gravanti sul medico e sulla struttura da cui sia derivata la lesione del legittimo dell'affidamento del paziente per omesso controllo di dotazioni, assenza di decisioni sul trasferimento del paziente presso strutture più idonee, violazione dell'obbligo informativo sull'idoneità della struttura a fornire la prestazione richiesta, cfr. Cass. civ., sez. III, 8 marzo 2016, n. 4540. In dottrina G. IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, cit., 3 ss. Graverà, pertanto, sulla struttura, ed eventualmente sul medico, fornire la prova liberatoria (assunzione di iniziative nell'ambito di strategie idonee ad abbattere il rischio di verificazione dell'evento dannoso; osservanza di protocolli e linee guida finalizzate alla individuazione della strategia complessivamente più efficaci, efficienti e sicure, come richiesto dall'art. 1 della legge n. 24/2017).

do (come nell'esempio fatto) il difetto non consista in uno specifico apparecchio che non funziona ... (e) il danno è causat(o) da un quadro di generale disorganizzazione che rende molto più arduo l'accertamento giudiziale e medico legale del nesso eziologico»²⁹.

4. *Rischi e opportunità connessi all'utilizzo degli strumenti offerti dalle nuove tecnologie e l'incidenza sull'approccio al paziente*

Negli ultimi quindici/venti anni, il governo dei processi assistenziali (o governo clinico)³⁰, ovvero il tentativo di trovare un approccio integra-

²⁹ È viepiù evidente che i limiti «oggettivi» e le difficoltà organizzative della struttura non costituiscono un esimente per il medico né vanno ad incidere sull'adempimento dei suddetti obblighi, vale a dire sul «se» intervenire, ma soltanto tutt'al più sul «come» farlo per non esporre il paziente ad un rischio più elevato. Una politica incentivante che fa leva sulla formazione dei sanitari, sull'informazione, sull'educazione e la responsabilizzazione del personale sanitario e dei cittadini che pertanto sono «corresponsabili» e «codecisori» per fini di promozione della salute e di prevenzione delle malattie postula l'estensione della disciplina ai casi di inadempimento del complesso degli obblighi imposti per la sicurezza e la protezione individuale e collettiva (cfr. A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2017, spec. 26-27; C. BOTTARI, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Torino, 2018, spec. 11 e 18), confidando sull'efficacia deterrente della responsabilità amministrativa (di recente sul tema, M. CLARICH, F. LUISO, A. TRAVI, *Prime osservazioni sul recente codice del processo avanti alla Corte dei conti*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2016, 1271 ss. Sull'accertamento della colpa, cfr. M. A. SANDULLI, *La responsabilità della pubblica amministrazione dal danno civile al danno erariale. L'elemento soggettivo della responsabilità*, Relazione tenuta presso la Corte dei conti il 28 settembre 2005, in www.federalismi.it).

³⁰ Espressione con cui si identifica la «strategia mediante la quale le organizzazioni sanitarie si rendono responsabili del miglioramento continuo della qualità dei servizi e del raggiungimento-mantenimento di elevati standard assistenziali, stimolando la creazione di un ambiente che favorisca l'eccellenza professionale» (secondo la definizione offerta dal Documento *A first Class Service, Department of Health* del dipartimento della salute britannico 1998), fungendo da stimolo ad un ripensamento critico rispetto al modo in cui tali strumenti sono stati sino ad ora impiegati.

L'obiettivo è di creare le condizioni che consentono di agire in modo coordinato e coerente sull'insieme dei determinanti della pratica clinica e, quindi, sulla qualità di quest'ultima, attraverso la formazione dei professionisti, il monitoraggio dei processi assistenziali e dei loro risultati (*audit* clinico) e la gestione dei rischi clinici insiti nell'assistenza sanitaria (*risk management*). La qualità dell'assistenza sanitaria diventa parte

to al problema della qualità dell'assistenza (non limitandosi ad intervenire sulle singole decisioni cliniche, ma facendo in modo che i sistemi assistenziali nel loro insieme siano orientati verso una migliore appropriatezza), è diventato una priorità nel comparto sanitario in conseguenza del progressivo ed inesorabile aumento del contenzioso giudiziario, in massima parte attivato da pazienti che lamentavano di aver ricevuto una errata assistenza (vuoi per carenze strutturali, vuoi per l'errore del singolo sanitario). Ed infatti, inevitabilmente, il tema intercetta il problema dell'errore medico (rappresentato da un'insufficienza del sistema che condiziona il fallimento delle azioni programmate; da una azione «non sicura» o una «omissione» del sanitario con potenziali conseguenze negative sull'esito del processo di cura; da un comportamento che può essere giudicato inadeguato da «pari» di riconosciuta esperienza e competenza, al momento in cui il fatto si verifica, indipendentemente se ci siano state o no conseguenze negative per il paziente e i possibili danni che ne possono derivare) e degli effetti pregiudizievoli che – in astratto – possono derivare al paziente e, in caso di decesso, ai familiari, alla struttura e, indirettamente alla collettività che si accolla i costi dei risarcimenti nonché l'aumento dei premi assicurativi per quelle aziende sanitarie ove il rischio di eventi avversi è più alto. Senza considerare, inoltre, che i fondi destinati a coprire dette spese vengono talvolta rinvenuti con tagli ai costi che, a loro volta, si traducono in tagli ai servizi. Ciò comporta un abbassamento della qualità dell'assistenza con consequenziale aumento del rischio di verificarsi di ulteriori errori, il tutto inserito in circolo vizioso che trascina verso il basso l'offerta del servizio sanitario nazionale e che lede il diritto alla salute ed alla protezione dei cittadini, o quantomeno di quei soggetti impossibilitati ad accedere alla sanità privata.

Il buon «Governo clinico» può concretamente evitare o, quanto meno, attenuare tali disfunzioni riducendo gli errori sanitari e la prevenzione degli incidenti assicurativi che impattano sui bilanci delle aziende sanitarie attraverso l'individuazione di un modello organizzativo uniforme per la gestione del rischio clinico; l'elaborazione di diretti-

integrante del processo di identificazione degli obiettivi del sistema sanitario e delle singole aziende, così come dei meccanismi di definizione dei processi organizzativi, oltre che, ovviamente, degli strumenti di valutazione delle attività delle singole unità operative e dei percorsi formativi offerti ai professionisti.

ve e linee guida per la rilevazione uniforme degli errori e dei rischi di errori nelle strutture sanitarie; la promozione di eventi di formazione per diffondere la cultura della prevenzione dell'errore; incentivando la segnalazione dei *near misses*³¹ (il minimo livello informativo deve soddisfare i seguenti criteri: cosa è accaduto, dove, quando, come, perché è accaduto, quale azione è stata attuata o proposta, che impatto ha avuto l'evento sul paziente, su altre persone, sull'organizzazione, quali fattori hanno o avrebbero potuto minimizzare l'impatto dell'evento); infine, ma non certo per importanza, attraverso la sperimentazione, a livello aziendale, di metodi e strumenti di segnalazione degli errori, la raccolta e l'elaborazione dei dati per ottenere informazioni sulle procedure ad alto rischio e sulle frequenze degli errori.

Né da questo punto di vista, come erroneamente si potrebbe pensare, il progresso scientifico e tecnologico ha fino ad ora prodotto risultati particolarmente significativi, anzi ha reso ancora più complesso governare una realtà assistenziale caratterizzata dall'impiego di tecnologie sempre più sofisticate e che, pertanto, necessita di articolati modelli organizzativi che la sostengano richiedendo l'interazione di più competenze professionali alimentate dall'enorme volume di informazioni scientifiche che la ricerca esprime.

Nell'era digitale la gestione della «sicurezza» investe non solo il profilo tecnologico, ma anche quello «esecutivo» della prestazione, in modo da minimizzare e prevenire gli errori (umani, di processo e tecnologici) e il rischio clinico connesso all'inadeguatezza numerica o organizzativa del personale (sanitario e/o tecnico) in servizio rispetto alle esigenze del reparto o alle tecnologie ivi impiegate e all'incapacità di rilevare le conseguenze che ne potrebbero derivare e gli effetti sul percorso di diagnosi e di cura, a tutela degli operatori sanitari, dei tecnici e dei pazienti.

L'incompetenza del personale sanitario e/o l'inadeguatezza del modello organizzativo che genera rischio per la salute umana si appalesa maggiormente nelle ipotesi, tutt'altro che infrequenti, di uso improprio degli strumenti offerti dall'innovazione e dalle nuove tecnologie e a

³¹ Il *near misses* è un evento che potrebbe aver determinato conseguenze avverse che invece non sono avvenute. L'evento avverso non avviene perché viene rilevato in anticipo l'errore o grazie a coincidenze fortunate (come l'operaio nella figura). Il *near miss* è un evento a tutti gli effetti ed è indistinguibile da quelli che determinano danni al paziente se non fosse per l'*outcome* negativo che nel *near miss* è assente.

fronte di pratiche e comportamenti e altri fattori di rischio clinico responsabili dei danni e, talvolta, anche del decesso dei pazienti³², laddove, invece, in altri casi, hanno un'incidenza positiva sulla gestione del rischio clinico, sull'incremento della conoscenza, della coscienza sociale e, quindi, della consapevolezza del paziente nella creazione di un'offerta sanitaria basata sulle proprie necessità, grazie alla integrazione e allo scambio delle competenze.

Un esempio virtuoso, in tale senso, è rappresentato dall'ingegneria gestionale applicata alla sanità che consente oggi di seguire il percorso del malato con una sorta di «monitoraggio» costante e un sistema di comunicazione interna tra il personale di reparto e il blocco operatorio ed esterna con i parenti del paziente che consente agli operatori di rilevare e di intervenire nel caso emergessero criticità durante il percorso chirurgico e ai familiari di seguire lo stato di svolgimento dell'intervento nelle diverse fasi ricorrendo ad un sistema innovativo che produce un impatto positivo in termini di efficacia ed efficienza nella gestione del paziente e dei loro congiunti.

E nonostante i dubbi legati agli sviluppi della pandemia da Covid 19 la rivoluzione digitale e tecnologica non si arresta condizionandone gli esiti. Per tale motivo oggi e per il prossimo futuro occorrerà valutare e misurarne l'impatto reale sul modo di intendere la Sanità e, in particolare, sull'organizzazione in grado di migliorare l'aspettativa di vita, agevolare la sostenibilità del SSN e garantire l'accesso e l'equità delle cure, basandosi su un nuovo approccio alla malattia e alla cura cui corrisponde un nuovo modello di assistenza composto da reti cliniche integrate e strutturate incentrate sui saperi, sulla formazione, sulle competenze dei professionisti della salute e sul confronto con i pazienti. L'obiettivo è quello di sfruttare al massimo i vantaggi dell'uso dell'AI e dell'ICT sperimentando, altresì, nuove forme di raccordo efficace tra ospedale e territorio per il raggiungimento degli obiettivi assistenziali previsti nei LEA.

³² Cfr. Cass. pen., sez. IV, 21 gennaio 2016, n. 2541, che si è pronunciata su un caso di decesso di un paziente durante il telemonitoraggio causato da un'incuria nel controllo del sistema.

5. *Gestione del rischio e gestione del sinistro: considerazioni a margine della legge Gelli-Bianco*

Non c'è da meravigliarsi, quindi, se in un sistema complesso e del tutto peculiare caratterizzato dalla rapida evoluzione del progresso scientifico e tecnologico nel campo della ricerca, della sperimentazione e della diagnostica che, tuttavia, al contempo evidenzia la fallibilità del personale sanitario e della struttura facilitando l'accertamento degli errori umani, di processo e tecnologici, gli operatori hanno fatto sempre più frequentemente ricorso alla «medicina difensiva»³³ positiva e negativa per reagire all'incombente pericolo di vedersi ricondotte, senza quasi possibilità di difesa, gravi responsabilità civili e penali per i danni derivanti dall'esercizio di attività incidenti sulla salute e sulla vita dei pazienti, con aggravio delle finanze pubbliche in termini di costi per la collettività del sistema sanitario, a sua volta fonte di disservizio sia pure con modalità ed effetti del tutto differenti, che solo il Governo clinico può efficacemente contrastare. Il percorso avviato con l'art. 3 della legge Balduzzi³⁴, ci si aspettava dovesse completarsi e perfezionarsi con la legge n. 24/2017 (cfr. artt. 6 e 7). A ben vedere, tuttavia, l'intervento legislativo che fin dall'inizio è apparso molto (forse anche) troppo ambizioso e limitato, giammai avrebbe potuto essere risolutivo della problematica, anche in considerazione della peculiare delicatezza dell'argo-

³³ In argomento, *ex multis*, AA.VV., *La medicina difensiva. Questioni giuridiche assicurative – medico legali*, Santarcangelo di Romagna 2011, 269 ss.; F. ANGELI, *XVIII Rapporto pit salute Sanità pubblica, accesso privato*, Milano, 2015, 192 ss.; F. MINNITI, *Medicina difensiva e responsabilità civile sanitaria. Quali prospettive tra scelte giurisprudenziali e opzioni legislative*, in www.questionegiustizia.it. Il fenomeno costituisce una degenerazione dei rapporti tra scienza medica e diritto dando vita a situazioni caratterizzate da notevole incertezza; il progresso scientifico e tecnologico determina la proliferazione di rischi per la salute pubblica che le strutture e gli operatori non sono in grado di prevenire e gestire adeguatamente adottando le dovute cautele. Ciò, se da un lato ha avuto delle ripercussioni sulla fiducia reciproca implementando la tendenza già in atto all'emancipazione e all'autodeterminazione del paziente, non ha in alcun modo messo in discussione la perdurante validità di un modello di alleanza terapeutica incentrato sull'obbligo di informazione e sul consenso informato. Cfr. artt. 3 (Doveri e competenze del medico) e 14 (Prevenzione e gestione di eventi avversi e sicurezza delle cure) del Codice di deontologia medica 2018.

³⁴ D.L. 13 settembre 2012, n. 139, conv. in legge 8 novembre 2012, n. 189.

mento. Non a caso, soprattutto in sede penale, la nuova disciplina è stata sospettata di eccessivo favore per soggetti che operano in un settore in cui sono in gioco interessi fondamentali della persona, paventandosi da più parti il rischio di un depotenziamento della relativa tutela.

In particolare, dubbi e perplessità, sorgono con riferimento alla previsione di cui all'art. 5 della legge n. 24/2017 con cui il legislatore ha inteso ancorare la responsabilità al rispetto delle linee guida configurando una causa di esenzione della responsabilità – sia civile che penale – allorché l'evento si sia verificato a causa di imperizia, ma siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

Ai sensi dell'art. 5, comma 1 della legge in commento, le raccomandazioni previste nelle linee guida e le buone pratiche assistenziali, da utilizzarsi in assenza delle suddette raccomandazioni, assurgono infatti al rango di criteri di verifica della sussistenza stessa di un'ipotesi di responsabilità civile e penale dell'esercente la professione sanitaria. La novità rispetto alla legge Balduzzi è rappresentata appunto dalla «istituzionalizzazione» delle linee-guida attraverso una tipizzazione delle fonti, di cui resta tuttavia ancora problematica l'applicazione o, meglio, l'operatività attuativa in sede processuale.

Secondo le intenzioni del legislatore, se è vero che il rispetto delle linee guida esclude, di regola, la responsabilità del sanitario, è anche vero che esiste un limite – sempre affermato dalla giurisprudenza – secondo il quale le linee guida non possono essere invocate per escludere la responsabilità del medico, allorquando il paziente presenti un quadro clinico che imponga al medico una condotta diversa da quella raccomandata: ne è esempio il caso di pazienti pluripatologici, che obbligano il medico a seguire più linee guida. Per quanto la legge Gelli – Bianco abbia avuto il merito di aver proposto la «tipizzazione» delle linee guida che saranno pubblicate nel nuovo sistema nazionale³⁵, la qualificazione

³⁵ Cfr. art. 5 della legge 8 marzo 2017, n. 24. Le linee guida come i protocolli, le raccomandazioni o le buone pratiche condivise dalla comunità scientifica rappresentano un parametro di valutazione della condotta dell'operatore sanitario che il legislatore ha inteso «tipizzare» a tutela dei professionisti della salute. Il tentativo, per quanto apprezzabile, appare di scarsa rilevanza pratica proprio in considerazione dei casi, invero

giuridica di codeste raccomandazioni terapeutiche e cliniche desta ancora qualche perplessità. In disparte la considerazione che si stima che solo il 50% delle linee guida oggi in circolazione sia realmente affidabile, la dottrina medico/legale ha segnalato che «le linee guida rappresentano un paradosso, se si attribuisce loro la precettività propria del diritto positivo»³⁶. La classe medica riscontra oggettive e quotidiane difficol-

tutt'altro che trascurabili anche da un punto di vista meramente quantitativo, in cui l'osservanza delle linee guida contrasta con l'assolvimento del *munus* e con i principi costituzionali e con la stessa ratio della legge n. 24/2017 che fa «salve le specificità del caso concreto» suscettibili, altresì, di indirizzare le decisioni dei giudici. Sul valore da attribuire alla linee guida si è di recente e inequivocabilmente pronunciata la Corte di Cassazione (sez. III, 30 novembre 2018, n. 30998) affermando che «[...] le c.d. linee guida (ovvero le *leges artis* sufficientemente condivise almeno da una parte autorevole della comunità scientifica in un determinato tempo) non rappresentano un letto di Procuste insuperabile. Esse sono solo un parametro di valutazione della condotta del medico: di norma una condotta conforme alle linee guida sarà diligente, mentre una condotta difforme dalle linee guida sarà negligente od imprudente. Ma ciò non impedisce che una condotta difforme dalle linee guida possa essere ritenuta diligente, se nel caso di specie esistevano particolarità tali che imponevano di non osservarle (ad esempio, nel caso in cui le linee guida prescrivano la somministrazione d'un farmaco verso il quale il paziente abbia una conclamata intolleranza, ed il medico perciò non lo somministri); e per la stessa ragione anche una condotta conforme alle linee-guida potrebbe essere ritenuta colposa, avuto riguardo alle particolarità del caso concreto (ad esempio, allorché le linee guida suggeriscano l'esecuzione d'un intervento chirurgico d'elezione ed il medico vi si attenga, nonostante le condizioni pregresse del paziente non gli consentissero di sopportare una anestesia totale). Sicché, non costituendo le linee-guida un parametro rigido ed insuperabile di valutazione della condotta del sanitario, la circostanza che il giudice abbia ritenuto non colposa la condotta del sanitario che non si sia ad esse attenuto non è, di per sé e da sola, sufficiente per ritenere erronea la sentenza, e di conseguenza per ritenere 'decisivo' l'omesso esame del contenuto di quelle linee-guida [...]».

³⁶ Ciò vale anche per la responsabilità della struttura sanitaria per violazione del principio di buona organizzazione, su cui di recente si era pronunciata, prima della riforma, Cass. civ., sez. III, 19 ottobre 2015, n. 21090, ove, infatti, si legge: «non basta osservare le norme espressamente previste, dinanzi a regole generali e sussidiarie di obblighi di diligenza immanenti nell'ordinamento e soprattutto in ambito contrattuale; e, pertanto, non basta che una struttura ospedaliera – pubblica o meno – rispetti la dotazione o le istruzioni, anche manifestamente insufficienti rispetto alle emergenze maggiori, previste dalla normativa vigente per andare esente da responsabilità in caso di queste ultime. A maggior ragione, allora, in tema di responsabilità contrattuale deriva dall'obbligo di erogare la propria prestazione, oggetto di obbligazione contrattuale nel contratto cd. di ospedalità, con la massima diligenza e prudenza che un nosocomio, oltre

tà nell'applicare una sola linea guida, sia per l'alluvionale produzione delle stesse, sia perché, trovandosi sovente, di fronte a pazienti pluripatologici, la linea guida esprime una regola di condotta attuabile per una e una sola determinata patologia, scontrandosi non di rado con una visione segmentaria rispetto al contesto organizzativo-gestionale del Servizio Sanitario Nazionale che già di suo sconta una forte disegualianza da Regione a Regione. Non a caso, la Corte di Cassazione civile continua a fondare le proprie argomentazioni attributive di responsabilità medica sui criteri della colpa e del nesso di causalità, ammettendo che il medico possa disattendere la linea guida a condizione che operi concretamente con diligenza, prudenza e perizia sul caso concreto³⁷.

Né va sottovalutata la circostanza per cui la loro predisposizione è frutto dalla cooperazione di ordini medici, associazioni di categoria ed istituzioni pubbliche come previsto dalla stessa normativa – il che da un lato assicura al sanitario che le rispetti un «ombrello» per ripararsi dalle azioni giudiziarie, dall'altro limita le decisioni soggettive dello stesso³⁸. Nella pratica, quindi, l'utilizzo delle linee guida non vale di per sé a conferire maggiore «serenità» all'esercente la professione sanitaria nello svolgimento delle proprie funzioni né, di conseguenza, a limitare il fenomeno della medicina difensiva, implementando anziché ridurre il rischio di nuovi contenziosi.

In generale, lo stato di inattuazione della legge Gelli-Bianco suscita non poche perplessità: i problemi evidenziati non sono di facile ed immediata soluzione per diversi motivi: innanzitutto perché la medicina

ad osservare le normative di ogni rango in tema di dotazione e struttura delle organizzazioni di emergenza, tenga poi in concreto per il tramite dei suoi operatori, condotte adeguate alle condizioni disperate del paziente ed in rapporto alle precarie o limitate disponibilità di mezzi o risorse, benché conformi alle dotazioni o alle istruzioni previste dalla normativa vigente, adottando di volta in volta le determinazioni più idonee a scongiurare l'impossibilità del salvataggio del lesso».

³⁷ *Ex multis*, cfr. Cass. civ., sez. III, 30 novembre 2018, n. 30998, «Le c.d. linee guida sono solo un parametro di valutazione della condotta del medico, ma ciò non impedisce che una condotta difforme dalle linee guida possa essere ritenuta diligente, se nel caso di specie esistevano particolarità tali che imponevano di non osservarle».

³⁸ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 29 ottobre 2015, n. 4468, «Le linee guida per le pratiche terapeutiche costituiscono un sapere scientifico e tecnologico codificato, che funge da guida per orientare facilmente le decisioni terapeutiche, per uniformare le valutazioni e minimizzare le decisioni soggettive del medico curante».

difficilmente può essere «standardizzata» anche in considerazione della costante e rapida evoluzione scientifica e, soprattutto per la constatazione che la sanità italiana è a struttura variegata e la differente distribuzione ed allocazione qualitativa e quantitativa dei servizi sanitari pubblici tra Nord, Centro e Sud Italia continuano a rappresentare un problema³⁹. Inoltre, sarà importante verificare quanto le evidenze scientifiche proposte dalle linee guida potranno essere oggettivabili e applicabili ad un contesto organizzativo ancora disomogeneo e fortemente discontinuo.

Concludendo, in attesa che la riforma avviata dalla legge n. 24/2017 trovi compiuta e definitiva applicazione (in seguito all'emanazione dei decreti attuativi mancanti) e che vengano redatte le linee guida con le previste modalità, c'è il rischio, invero più che paventato, che allo stato attuale la minaccia delle richieste di risarcimento non basti a limitare il fenomeno del continuo incremento delle azioni giudiziarie per *medical malpractice* e dei giudizi di rivalsa avviati dalle strutture ospedaliere o dalle assicurazioni nei confronti dei medici che si vedranno, pertanto, costretti ad assicurarsi con massimali sempre più alti al fine di ottenere maggiore tutela, ma a costi elevatissimi.

Tale rischio potrebbe essere nel frattempo sensibilmente ridotto uniformando su tutto il territorio nazionale una strategia – che ormai è prassi al Policlinico Gemelli – innovativa e finanziariamente sostenibile di gestione proattiva del rischio e di aggressione del sinistro grazie alla segnalazione interna dell'evento avverso, che consente di valutarne la gravità e le possibili evoluzioni della vicenda (anche in sede giudiziaria) e di chiudere stragiudizialmente d'intesa con il danneggiato la questione, prima della formale instaurazione del contenzioso, riducendo il numero dei sinistri, le richieste di risarcimento e, di conseguenza, i costi assicurativi per la struttura e il personale sanitario.

L'approccio aggressivo al sinistro consente, altresì, di limitare il

³⁹ Per tale motivo, dubbi e perplessità suscita anche il concetto di *risk management* le cui metodologie se, da un lato, realizzando il trasferimento del rischio ai vertici gestionali per le carenze strutturali e organizzative interne non imputabili a medici e/o infermieri in servizio, potrebbero determinare vantaggi significativi in termini di incremento e riallocazione più efficiente delle risorse disponibili, potenziamento delle prestazioni mediante l'adeguamento tra domanda e offerta, riduzione del rischio e miglioramento del rendimento, dall'altro propongono un percorso predefinito verso un modello di salute e, di conseguenza, un approccio al paziente standardizzato.

danno all'immagine che infatti resterebbe confinato all'evento avverso e di evitare, altresì, di colpevolizzare il personale per l'errore commesso mantenendo inalterato il rapporto di fiducia con la struttura, che si misura con la sensibile riduzione dell'azione di rivalsa nei confronti del personale e con l'assunzione di iniziative a sostegno dei medici e a tutela della dignità del paziente e dei suoi familiari in ragione della centralità che il malato ha ormai assunto nel percorso di cura.

Ciò a maggior ragione in seguito alle «scelte tragiche» operate nel corso dell'emergenza sanitaria e degli ulteriori sviluppi dell'epidemia ancora ignoti, che hanno reso ormai urgente e non più procrastinabile l'adozione di azioni e interventi mirati diretti al «rafforzamento delle reti sanitarie del territorio», dei «servizi di prevenzione», di «integrazione tra politiche sanitarie e politiche sociali» e di «valorizzazione delle politiche per il personale sanitario», che infatti non può essere chiamato a rispondere per fatti imputabili all'Amministrazione. La sfida più difficile da affrontare, quindi, era e resta quella di individuare una strategia che consenta di tutelare gli interessi degli operatori sanitari e delle strutture pubbliche e private salvaguardando tuttavia e innanzitutto il «contenuto minimo essenziale» del bene salute e la dignità del paziente⁴⁰.

⁴⁰ Cfr. Documento introduttivo dei recenti ccdd. «Stati Generali dell'Economia».

LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DEI DIRIGENTI PUBBLICI EUROPEI

di Barbara Gagliardi

SOMMARIO: 1. Libera circolazione dei lavoratori e impiego pubblico. – 2. I modelli di recepimento del principio di libera circolazione nel settore pubblico. – 3. Pubblici poteri, legittimazione tecnico-professionale e libera circolazione. – 4. Il reclutamento tra dimensione fiduciaria e professionalità.

1. *Libera circolazione dei lavoratori e impiego pubblico*

Il tema della libertà di circolazione dei lavoratori pubblici è tornato recentemente in rilievo per la nota vicenda dei direttori dei musei, o più precisamente dei «poli museali e degli istituti della cultura statali di rilevante interesse nazionale»¹, ove alcuni incarichi conferiti a cittadini di altri paesi membri dell'UE sono stati oggetto di ricorso innanzi al giudice amministrativo per violazione della c.d. “riserva di nazionalità”².

¹ Cfr. d.l. 31 maggio 2014, n. 83, conv. in l. 29 luglio 2014, n. 106, art. 14, c. 2 bis.

² Sulla vicenda si vedano M. GNES, *La dirigenza pubblica e il requisito della cittadinanza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 143 ss.; ID., *Musei italiani e direttori stranieri: la decisione dell'adunanza plenaria. Il superamento del requisito di cittadinanza dei dirigenti pubblici*, e G. MASSARI, *La selezione dei dirigenti nei “super-musei”: nuove riflessioni sugli atti interni contrari al diritto UE*, *ivi*, 2018, 609 ss.; F.G. ALBISINNI, *Musei italiani e direttori stranieri. I direttori dei musei: funzioni europee o solo domestiche?*, *ivi*, 2017, 492 ss.; M. CAMMELLI, *Direttori dei musei: grandi riforme, piccole virtù e un passato che non passa*, in *Aedon*, 2018, num. 1 (www.aedon.mulino.it). Più ampiamente su libertà di circolazione dei lavoratori e impiego pubblico si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Napoli, 2012, 59 ss.; oltre a: V. MARCENÒ – F. PARUZZO, “Non c'è lavoro per tutti”. Una politica di coesione sociale attraverso il pubblico impiego, in A. GIORGIS, E. GROSSO, M. LOSANA (a cura di), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, Milano, 2017, 211 ss.; D. PALAZZO, *L'accesso al pubblico impiego nell'ottica della libertà di circolazione dei lavoratori*, in *Dir. amm.*, 2017, 753 ss.; M. GNES, *Oltre la cittadinanza nazionale? L'accesso alla funzione pubblica dei cittadini stranieri*, in *Gli stranieri*, 2012, 7 ss.; G. PEKASSA NDAM, *La notion d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, in *Revue de droit public (RDP)*, 2012, 363 ss.; J.A. FUENTETAJA PA-

La questione è di peculiare interesse perché consente l'analisi dell'apertura ai cittadini dell'Unione degli impieghi nella pubblica amministrazione italiana, e in particolare di quelli della dirigenza, atteso che gli incarichi in questione attribuiscono la titolarità di uffici dirigenziali, generali o meno a seconda della qualificazione offerta dal regolamento di organizzazione del Ministero competente³.

Tale principio, come noto, è stato affermato a più riprese dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, anche con riferimento alla pubblica amministrazione, a partire dall'inizio degli anni '80 in sede di interpretazione dell'art. 39 e poi 45 del Trattato, ove è affermata la libertà fondamentale di circolazione dei lavoratori europei, che importa anzitutto il diritto di accedere, in condizioni di eguaglianza e al riparo da discriminazioni in ragione della nazionalità, ai posti di lavoro disponibili nei paesi membri.

La stessa previsione reca un'eccezione per la pubblica amministrazione (art. 45, § 4, TFUE) ispirata alla tradizione dei moderni Stati nazionali che hanno inteso l'accesso agli impieghi pubblici come un diritto politico e perciò correlato alla cittadinanza, in quanto espressione di un vincolo di appartenenza che è stato storicamente utile al rafforzamento dell'identità nazionale (art. 51, Cost.). In tal senso è quantomeno dall'epoca rivoluzionaria che la riserva di nazionalità per l'esercizio delle funzioni pubbliche si caratterizza come attributo dello *status civitatis*, e dunque come diritto riconosciuto al popolo divenuto sovrano, correlato all'obbligo di fedeltà e di difesa della patria (art. 54, c. 1°, e 52, Cost.), che danno fondamento al diritto esclusivo dei cittadini di accedere a «*toutes dignités, places et emplois publics*» (art. VI, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*)⁴.

STOR, *La libre circulación des empleados públicos*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 5, 2003, 44; M.A. SENDÍN GARCÍA, *La libre circulación de empleados públicos en la Unión europea*, Salamanca, 2005; J.E. BEENEN, *Citizenship, Nationality and Access to Public Service Employment*, Groningen, 2001. Ulteriori riferimenti sono indicati in B. GAGLIARDI, *Dipendenti pubblici, libera circolazione e cittadinanza in Europa. Bibliografia ragionata*, in *Ius Publicum Network Review, Reports e documentazione*, sez. Enti pubblici - Funzionari e dipendenti, ottobre 2012, www.ius-publicum.com.

³ Cfr. d.P.C.M. 29 agosto 2014, art. 30, c. 3.

⁴ Sull'obbligo di fedeltà vedi *infra*, nt. 31. Per la giurisprudenza costituzionale sull'art. 52 Cost., si vedano: Corte cost., 12 aprile 1967, n. 53, con nt. di G. LOMBARDI, *Dovere di difesa, servizio militare e status di cittadino*, in *Giur. cost.*, 1967, 343 ss.; Corte

Nell'ordinamento dell'Unione, tuttavia, poiché l'eccezione alla libertà di circolazione per gli impieghi pubblici rappresenta una norma di deroga rispetto a un principio fondamentale, se ne è affermata nel tempo un'interpretazione restrittiva, ove si sono intese come "pubbliche amministrazioni" i soli uffici deputati ad assolvere ad «attività che partecipino all'esercizio di pubblici poteri» (art. 51, § 1, TFUE), caratterizzati cioè contemporaneamente dall'«esercizio – diretto o indiretto – di autorità pubblica» e dalla «cura e salvaguardia degli interessi generali dello Stato o di altri enti pubblici»⁵. Tale interpretazione restrittiva vuole favorire un'applicazione tendenzialmente omogenea del principio, che prescindendo dalle scelte organizzative nazionali e dal perimetro che i singoli ordinamenti riconoscono per quella che può definirsi come "pubblica amministrazione" nel senso più tradizionale del termine, consen-

cost., 14 febbraio 1973, n. 16, e Corte cost., 20 gennaio 1982, n. 31; Corte cost., 17 giugno 1992, n. 278; Corte cost., 18 maggio 1999, n. 172, con nt. di E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi – Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, in *Giur. cost.*, 1999, 1705 ss. Sull'obbligo di difesa della patria e sull'affermarsi della coscrizione militare obbligatoria: D. DALLOZ - A. DALLOZ, *Organisation militaire*, in *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 34ème, II pt., Paris, 1870, 1867 ss. Per una ricostruzione recente dell'evoluzione in materia: P. DEL NEGRO, *Guerra ed eserciti da Machiavelli a Napoleone*, Roma-Bari, 2007, 44. Sulla difesa della patria come locuzione comprensiva di "difesa militare" e "difesa civile", da ultimo: E. CHITI, *L'amministrazione militare*, Milano, 2007, 70; vedi anche A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Napoli, 2006, 234 ss.

⁵ C. giust., 3 giugno 1986, C-307/84, *Commissione c. Repubblica francese*; C. giust., 3 luglio 1986, C-66/85, *Lawrie-Blum*; C. giust., 27 novembre 1991, C-4/91, *Bleis*; C. giust., 2 luglio 1996, C-290/94, *Commissione c. Repubblica ellenica*; C. giust., 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione c. Repubblica Italiana*; C. giust., 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione c. Repubblica Italiana*; C. giust., 1° dicembre 1993, C-37/93, *Commissione c. Regno del Belgio*; C. giust., 30 maggio 1989, C-33/88, *Allué*; C. giust., 2 agosto 1993, C-259/91, C-331/91 e C-332/91, *Allué*; C. giust., 30 settembre 2003, C-47/02, *Anker*; C. giust., 30 settembre 2003, C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*; C. giust., 11 settembre 2008, C-447/07, *Commissione c. Repubblica Italiana*; C. giust., 10 dicembre 2009, C-460/08, *Commissione c. Repubblica Ellenica*; C. giust., sez. III, 10 dicembre 2009, C-345/08, *Pesla*. Si vedano inoltre Commissione, Comunicazione dell'11 dicembre 2002, COM(2002) 694 def., *Libera circolazione dei lavoratori - realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità*; Commissione, Comunicazione del 18 marzo 1988, n. 88/C72/02, *Libera circolazione dei lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri*.

tendo al contempo la massima espansione di uno dei fondamentali diritti affermati dai Trattati.

La libera circolazione dei lavoratori prima, e quella dei cittadini poi (art. 21, TFUE), si pone a principio “fondante” dell’ordinamento dell’Unione, nel senso che è dall’affermazione di tale libertà che è derivata quella degli ulteriori diritti nel tempo riconosciuti ai cittadini europei: non tanto quelli espressamente posti dalle norme del Trattato, che si tratti della protezione consolare o del diritto elettorale alle elezioni amministrative ed europee (artt. 20 e ss., TFUE), ma anche e soprattutto dei diritti di accesso alle prestazioni sociali e previdenziali, o alla tutela giurisdizionale, o ancora al ricongiungimento familiare, affermatasi tutti in quanto corollario della libertà di circolazione, che, per l’effetto, ha assunto il suddetto carattere fondativo dell’ordinamento dell’Unione⁶.

Tale interpretazione della libertà di circolazione ha consentito al giudice europeo di dichiarare la violazione del diritto UE – e dunque di aprire l’accesso – a una serie di impieghi nelle pubbliche amministrazioni nazionali: infermieri, insegnanti, musicisti presso enti lirici e orchestre municipali e comunali, impieghi della gente di mare, lettori di lingua straniera, impiegati nelle aziende e società statali o locali di gestione dei servizi pubblici, negli enti che gestiscono poste, telecomunicazioni e radiotelevisione, nella ricerca a scopo civile, e così via. Solo di recente la Corte ha avuto occasione di pronunciarsi su una posizione di vertice amministrativo (presidente di autorità portuale)⁷, relativa per di più all’ordinamento italiano, adottando una decisione nel senso dell’ob-

⁶ Da ultimo si vedano in tema di esenzioni fiscali per disabilità: C. giust., 24 ottobre 2019, C-35/19, *BU*; sulle prestazioni previdenziali: C. giust., 14 marzo 2019, C-174/18, *Jacob e Lennertz*, C. giust., 14 marzo 2019, C-134/18, *Vester*, C. giust., 7 marzo 2018, C-651/16, *DW*, C. giust., 6 ottobre 2016, *Adrien e a.*; in tema di accesso ai benefici previsti dalle norme di diritto fallimentare (cancellazione dei debiti): C. giust., 11 luglio 2019, C-716/17, *A.*; sul diritto di soggiorno del partner che sia cittadino di uno Stato terzo con il quale il cittadino dell’Unione abbia una «relazione stabile debitamente attestata»: C. giust., 12 luglio 2018, C-89/17, *Banger*. Sulla libertà di circolazione come diritto fondativo dell’ordinamento UE si veda: R. CAVALLO PERIN, *Crisis del estado de bienestar. El Papel del Derecho Administrativo*, in J. L. PIÑAR MAÑAS (a cura di), *Crisis economica y crisis del estado de bienestar. El Papel del Derecho Administrativo*, Madrid, 2013, 155 ss. Si consenta inoltre il rinvio a B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, cit., 18 ss.

⁷ C. giust., 10 settembre 2014, C-270/13, *Haralambidis*.

bligo di apertura che prelude, come si vedrà, a quella assunta in sede nazionale sui direttori dei musei.

Tutto ciò senza dimenticare che, sebbene per taluni impieghi possa escludersi l'accesso, l'ammissibilità in astratto della riserva non vale a limitare la tutela europea una volta che i cittadini di altri paesi membri siano in servizio nelle pubbliche amministrazioni nazionali: in altri termini, al lavoratore europeo che abbia in qualche modo circolato si applica comunque la tutela antidiscriminatoria dell'art. 45, a prescindere dal fatto che si tratti di un dipendente pubblico o privato, e che l'impiego assunto rientri nel perimetro di quelli per cui l'ordinamento dell'Unione ammette (ma non impone) la riserva di nazionalità⁸. I funzionari pubblici assurgono perciò a quella condizione di *marketbürger* che tuttora segna lo *status* di *civis pleno iure* dell'ordinamento dell'Unione⁹, ove la tutela del cittadino non economicamente attivo continua ad essere a carattere diminuito, anche in ragione del ridimensionamento della cittadinanza europea affermatasi nelle più recenti evoluzioni¹⁰.

Come noto, la tutela antidiscriminatoria implica, secondo il lessico europeo, il divieto di discriminazioni dirette e indirette (art. 45, § 2, TFUE), oltre che di ostacoli che in qualunque modo impediscano o scoraggino l'esercizio della libertà di circolazione, pur se privi di carattere discriminatorio¹¹. Con peculiare riguardo all'impiego pubblico ciò

⁸ C. giust., 22 giugno 2017, C-20/16, *Bechtel*.

⁹ E. FERRARI, *L'uguale libertà del cittadino europeo: linee di frattura della corrispondente concezione nazionale di uguale libertà*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 931, nt. 1.

¹⁰ La giurisprudenza europea più recente sembra aver segnato un passo indietro rispetto al riconoscimento della cittadinanza UE quale "status fondamentale dei cittadini degli Stati membri" (in tal senso: C. giust., 23 febbraio 2010, C-480/08, *Teixera*; C. giust., 7 settembre 2004, C-456/02, *Trojani*; C. giust. CE, 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast*; C. giust., 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*). Al contrario la tendenza rilevabile da ultimo riafferma per il cittadino non economicamente attivo il possesso di sufficienti risorse economiche quale condizione della libertà di circolazione, seppur in base a un esame concreto della situazione individuale: C. giust., 14 giugno 2016, C-308/14, *Commissione c. Regno Unito*; C. giust., 25 febbraio 2016, C-299/14, *García-Nieto*; C. giust., 15 settembre 2015, C-67/14, *Alimanovic*; C. giust., 11 novembre 2014, C-333/13, *Dano*. In tema: J. BAQUERO CRUZ, *What's Left of the Law of Integration? Decay and Resistance in European Union Law*, Oxford, 2018, 87 ss.; N. NIC SHUIBHNE, "What I Tell You Three Times Is True": *Lawful Residence and Equal Treatment after Dano*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, 908 ss.

¹¹ Cfr. giurisprudenza citata *supra*, in nt. 6, si vedano: C. giust., 21 gennaio 2016,

si traduce non soltanto nel suddetto limite alla riserva di nazionalità, ma altresì nell'obbligo di garantire eguali condizioni di partecipazione alle procedure indette per il reclutamento, assicurandosi il mutuo riconoscimento di titoli di studio ed esperienze professionali maturate in altri paesi membri¹², insieme al divieto di requisiti linguistici o culturali che dissimolino nei fatti una preferenza per i nazionali¹³. Del pari la tutela si riflette sul rapporto di lavoro una volta costituito e cessato, garantendo ai dipendenti pubblici uguali diritti previdenziali a prescindere dalla provenienza geografica, o ancora il diritto al riconoscimento delle esperienze pregresse, anche se maturate in altri paesi membri, ai fini della definizione dell'anzianità di servizio, o dell'attribuzione di ulteriori benefici.

2. I modelli di recepimento del principio di libera circolazione nel settore pubblico

Il diritto dei cittadini di accedere agli impieghi pubblici al riparo da discriminazioni irragionevoli trova assai spesso espresso accoglimento nelle costituzioni nazionali dei paesi d'Europa quale peculiare applicazione del principio di eguaglianza¹⁴, consentendo per l'effetto di indivi-

C-515/14, *Commissione c. Repubblica di Cipro*; C. giust., 5 dicembre 2013, C-514/12, *Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH*; C. giust., 8 novembre 2012, C-461/11, *Ulf Kazimierz Radziejewski*.

¹² Da ultimo sul riconoscimento dei diplomi per l'accesso a posti d'impiego pubblico: C. giust., 6 ottobre 2015, C-298/14, *Brouillard*. Si vedano inoltre: C. giust., 26 giugno 2019, C-729/17, *Commissione c. Repubblica Ellenica*; C. giust., 6 dicembre 2018, C-675/17, *Preindl*; C. giust., 17 marzo 2011, C-372/09 e C-373/09, *Peñarroja Fa*.

¹³ Una rassegna sui requisiti professionali e linguistici rinvenibili negli ordinamenti dei singoli Stati membri e a carattere potenzialmente discriminatorio è rinvenibile in J. ZILLER, *Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector, Current Issues and State of Play, Part II – Country Files, Report for the European Commission*, 2010. Da ultimo per l'affermazione dell'obbligo di richiedere la dimostrazione del requisito linguistico per l'accesso a posti d'impiego pubblico «in maniera proporzionata e non discriminatoria»: C. giust., 5 febbraio 2015, C-317/14, *Commissione c. Regno del Belgio*.

¹⁴ Si vedano ad es. la Costituzione del Portogallo, art. 47, co. 2: «*Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso*»; quella Spagnola del 1978, art. 23, co. 2: «*Los ciudadanos tienen*

duarvi uno di quei principi generali che fanno parte del diritto dell'Unione europea in quanto risultanti dalle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» (art. 6, § 3, TUE)¹⁵. La proclamazione di un siffatto diritto di cittadinanza è in alcuni casi completata da una norma speculare, seppur autonoma, che – nella prospettiva del perseguimento dell'interesse pubblico – enuncia il principio del concorso quale generale modalità di reclutamento nella pubblica amministrazione¹⁶. Tuttavia,

derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes», ma anche art. 103, co. 3: «*La Ley regulará (...) el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad*»; in Francia la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 (inserita a preambolo della *Constitution* del 1958), art. VI: «*Tous les Citoyens (...) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents*»; la Legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), art. 33, co. 2: «*Ogni Tedesco ha, secondo le proprie qualità, attitudini e capacità specifiche, parità di accesso ad ogni pubblico ufficio*»; la Costituzione dei Paesi Bassi, art. 3 (*Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden*): «*Tutti i cittadini olandesi devono avere uguale accesso ai pubblici impieghi*»; la Costituzione belga, art. 10: «*Les Belges sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers*»; quella rumena, art. 16, c. 2: «*Funcțiile și demnitățile publice, civile sau militare, pot fi ocupate, în condițiile legii, de persoanele care au cetățenia română și domiciliul în țară. Statul român garantează egalitatea de șanse între femei și bărbați pentru ocuparea acestor funcții și demnități*»; quella lituana, art. 33: «*Citizens shall have the right to participate in the governance of their State both directly and through their democratically elected representatives as well as the right to enter on equal terms in the State service of the Republic of Lithuania*»; quella greca, art. 4, c. 4: «*Only Greek citizens shall be eligible for public service, except as otherwise provided by special laws*».

¹⁵ In tema si vedano da ultimo: M. FICHERA, O. POLLICINO, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 2019, 1097-1118; S. CASSESE, *The "Constitutional Traditions Common to the Member States" of the European Union*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 939 ss.; M. GRAZIADEI, R. DE CARIA, *The "Constitutional Traditions Common to the Member States" in the Case-Law of the European Court of Justice: Judicial Dialogue and Its Finest*, *ivi*, 949 ss.; M. COMBA, *Common Constitutional Traditions and National Identity*, *ivi*, 973 ss.; O. PORCHIA, *Common Constitutional Values and the Rule of Law: an Overview from the Eu Perspective*, *ivi*, 981 ss.

¹⁶ Oltre alla Costituzione italiana (art. 97, c. 4, Cost.), si vedano ad es. quella slovena, art. 122, Cost.: «*L'impiego nell'amministrazione dello Stato è possibile solo sulla base di competizioni aperte, salvo i casi previsti dalla legge*»; quella portoghese citata *supra*, in nt. 13.

anche ove la Costituzione faccia proprio il solo punto di vista del diritto individuale a un reclutamento imparziale e non discriminatorio, si ritiene pacificamente che il modello concorsuale abbia pari rango, poiché del primo è il precipuo strumento di attuazione¹⁷.

L'affermazione del diritto al reclutamento negli impieghi pubblici quale attributo della cittadinanza nazionale ha nondimeno subito ovunque il temperamento derivante dal recepimento del principio europeo di libera circolazione, secondo diversi modelli che – come ben evidenziano le più recenti rassegne sulle pubbliche amministrazioni dei paesi membri dell'Unione¹⁸ – giungono a configurare applicazioni del principio anche molto differenziate.

Così, nella maggior parte dei casi gli Stati membri enunciano in una previsione a carattere generale l'interpretazione della nozione di “pubblica amministrazione” accolta dalla giurisprudenza europea, riprendendo in termini più o meno coincidenti l'esclusione dal diritto di circolazione degli impieghi caratterizzati dall'esercizio di funzioni d'autorità e dal perseguimento degli interessi generali dello Stato. Alla previsione di ordine generale si accompagna molto spesso una “lista” d'impieghi riservati che può essere posta da un atto attuativo unitario o da singole disposizioni sparse, collocate nelle norme di disciplina dei vari “corpi” d'amministrazione (così ad es. in Italia, Francia, Estonia, Grecia, Cipro, Lettonia, Lituania, Lussemburgo e così via).

A volte la norma generale non riproduce l'interpretazione accolta dal giudice europeo, ma ne fornisce una propria, seppur ispirata ad una logica in qualche misura assimilabile, specie ove si valorizzi la componente d'autorità che caratterizza gli impieghi riservati, come quando si faccia riferimento a quelli caratterizzati dal «potere di limitare diritti e libertà degli individui» (Estonia)¹⁹.

¹⁷ In Francia *Conseil Constitutionnel*, 30 août 1984, n° 84-178 DC; in tema: F. EDEL, *Deux siècles de principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics*, in *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 2012, 342.

¹⁸ Le più complete rassegne sui modelli di recepimento del principio di libera circolazione nei paesi membri dell'UE sono quelle offerte da J. ZILLER, *Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector, Current Issues and State of Play*, cit. e poi da P. MINDERHOUD e B. FRIDRIKSDOTTIR, *Report on Posts in the Public Sector Reserved for Nationals. Developments in the 27 Member States in 2009-2012, Prepared for the European Commission by the Network on Free Movement of Workers*, July 2013.

¹⁹ In Ungheria invece il riferimento – invero forse eccessivamente vago e inidoneo a fini di certezza del diritto – è alle “*function subject to national security control or ... im-*

Se questa è la scelta prevalente (norma generale e singole previsioni attuative), vi sono anche talune ipotesi in cui le norme di attuazione difettano del tutto e la decisione circa l'apertura o l'esclusione dei cittadini europei è presa caso per caso, con la definizione del singolo procedimento di reclutamento (così ad es. in Austria, Germania e Belgio).

Vi sono persino ordinamenti in cui manca sinanco la previsione generale e l'eventuale esclusione riguarda ipotesi "eccezionali", a testimonianza di una cultura giuridica dell'impiego pubblico che in larga misura si differenzia dal modello "di carriera" tipico dell'Europa continentale, ove, come si è anticipato, l'accesso è assurto dalla tradizione a diritto politico, dunque di cittadinanza: così in Irlanda la riserva è prevista per la diplomazia, mentre altri impieghi altrove prevalentemente esclusi – tra cui anzitutto quelli nelle forze dell'ordine – sono aperti ai cittadini nazionali.

Anche là ove si opti per quello che si è detto essere il modello prevalente, le "liste" degli impieghi "chiusi" differiscono in modo significativo non soltanto per il carattere unitario o viceversa "frammentario" (perché contenute in atti diversi, di disciplina dei singoli corpi o settori d'amministrazione, come avviene ad es. in Grecia o in Francia), ma anche per il numero o novero di impieghi riservati e per il relativo criterio di individuazione.

Talora la lista è assai circoscritta, come avviene in Danimarca, ove tuttavia è d'interesse rilevare come per i cittadini europei si escluda comunque la formale attribuzione dello *status* di funzionario pubblico ("*civil servant*"), a beneficio della collocazione in posizioni "equivalenti".

La modalità di individuazione degli impieghi esclusi differisce a seconda che l'opzione sia per un criterio di tipo "funzionale" – dandosi rilievo alle mansioni e ai poteri associati al posto preso in considerazione – o invece si abbia riguardo a interi corpi o settori d'amministrazione.

Tale ultima scelta, secondo cui gli europei sono esclusi da *tutti* gli impieghi in un corpo o in una peculiare divisione organizzativa – che si tratti di un ministero o di un'agenzia – merita una peculiare attenzione,

portant and sensitive functions and the posts of a head of unit": cfr. P. MINDERHOUD e B. FRIDRIKSDOTTIR, *Report on Posts in the Public Sector Reserved for Nationals*, cit., 30.

rischiando di legittimare riserve che superano la *ratio* europea, viceversa incentrata sulle mansioni e i poteri associati al posto da ricoprire.

È infatti evidente che pur nei ministeri o nelle agenzie riconducibili alle c.d. “*fonctions régaliennes*” o d’autorità – che si tratti ad es. del Ministero degli Esteri, degli Interni, della Difesa e così via (come avviene ad es. in Bulgaria) – esistono impieghi e mansioni del tutto estranei all’esercizio del pubblico potere, così come non pare rispondere a una tale logica l’esclusione di interi “corpi” o ruoli d’amministrazione (es. in Spagna), che gli stessi coincidano con peculiari settori o siano trasversali a più enti o partizioni amministrative.

In Italia l’occasione di riflettere sul modello di recepimento del principio di libera circolazione è stata di recente offerta, come si è anticipato, dalla vicenda dei direttori dei musei, ove – a fronte del ricorso esperito da alcuni cittadini italiani per l’annullamento del conferimento dell’incarico di livello dirigenziale a candidati privi della cittadinanza nazionale – il giudice amministrativo ha rigettato il motivo fondato sulla violazione della riserva di nazionalità scegliendo di non applicare le norme italiane di attuazione del principio europeo²⁰.

L’intento della costituzione dei poli museali e istituti di cultura di rilevante interesse nazionale è stato d’altra parte dichiaratamente quello di adeguare l’Italia agli “standard internazionali”, dunque anche con l’assunzione di chi tali standard abbia direttamente sperimentato, consentendo nel contempo un’apertura della cultura italiana ad una dimensione più ampia, che ne faciliti la diffusione e valorizzazione.

Il nostro ordinamento accoglie il modello prevalente secondo cui una norma generale e di rango primario riproduce la definizione di impiego riservato offerta dalla giurisprudenza dell’Unione e, a propria volta, è attuata da una fonte secondaria che pone l’elenco degli impieghi esclusi (d.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174, di attuazione dell’art. 38 del testo unico del pubblico impiego).

Più precisamente, la norma primaria consente ai cittadini dell’Unione – e poi anche ai cittadini di paesi terzi titolari del permesso di soggiorno di lungo periodo, o dello *status* di rifugiato o di quello di protezione sussidiaria, che ai primi sono assimilati – di accedere in condi-

²⁰ Cons. St., ad. plen., 25 giugno 2018, n. 9; nello stesso senso già Cons. St., sez. VI, 24 luglio 2017, n. 3666. In senso contrario: Cons. St., sez. VI, 2 febbraio 2018, n. 677.

zioni d'eguaglianza rispetto ai nazionali ai posti di lavoro presso la pubblica amministrazione, purché «non implicino esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, *ovvero* non attengano alla tutela dell'interesse nazionale». Di tale previsione si era già in passato evidenziato il carattere eccessivamente estensivo, atteso che trasforma in disgiuntivo un requisito che il diritto europeo vuole invece come cumulativo (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 38).

La non applicazione scelta dal giudice amministrativo ha reso inutile la legge di interpretazione autentica intervenuta nelle more del giudizio, con cui il legislatore aveva chiarito che alle procedure di selezione pubblica internazionale previste per i direttori dei musei non si applicano i limiti di accesso di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 165 del 2001, cit.²¹. L'effetto tuttavia non è solo di rendere superflua tale previsione, ma è ovviamente anche quello di offrire un precedente suscettibile di rimettere, almeno in parte, in discussione i criteri di identificazione degli impieghi sottratti alla libera circolazione così come recepiti nell'ordinamento nazionale.

Le norme di attuazione infatti precludono ai cittadini europei l'accesso a (tutti) i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, oltreché ai posti «con funzioni di vertice amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, degli enti pubblici non economici, delle province e dei comuni, nonché delle regioni e della Banca d'Italia» (d.P.C.M. n. 174 del 1994, cit., art. 1, lett. a e b). Le «funzioni di vertice amministrativo» sono definite come quelle «comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi», oltre che quelle «di controllo di legittimità e di merito», risultandone per l'effetto esclusi tutti i posti che comportino la titolarità di organi in molteplici settori dell'amministrazione, anche ove ai cittadini europei sia riconosciuto il diritto di elettorato rispetto ai corrispondenti organi politici. Data infatti l'inclusione degli enti locali tra le amministrazioni ivi considerate, si giunge alla situazione per cui i cittadini europei possono votare ed essere letti come sindaci e consiglieri comunali (art. 22, § 1, TFUE), ma non possono partecipare ai concor-

²¹ D.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. in l. 21 giugno 2017, n. 96, art. 22, co. 7 *bis*, di interpretazione autentica del d.l. n. 83 del 2014, cit., art. 14, c. 2 *bis*.

si che diano accesso alle funzioni di dirigente – o “vertice amministrativo” – delle medesime amministrazioni, ivi compresi gli incarichi caratterizzati dalla predominanza di elementi “tecnici” o di gestione economica, come nel caso del governo del territorio o della disciplina del commercio, o persino di quelli strumentali alla mera organizzazione interna dell’ente e prevalentemente incapaci di produrre effetti nei confronti dei terzi (es. gestione del personale, bilancio, ecc.).

Secondo le norme del Trattato è lo *status* di “cittadinanza amministrativa” fondato sulla residenza a dimostrare un sufficiente vincolo di appartenenza alla comunità locale²² ai fini del riconoscimento del diritto di elettorato (art. 22, § 1, TFUE), completando la cittadinanza europea che a tal fine pare di per sé sola insufficiente²³. Lo stesso *status* tuttavia non può essere invocato per consentire la partecipazione ai concorsi per i posti di vertice amministrativo indetti dai medesimi enti territoriali. Ciò malgrado la crescente rilevanza della residenza quale indice di un soddisfacente «livello di integrazione nella società»²⁴, vieppiù invocato a

²² Sulla residenza come cittadinanza amministrativa nel senso di «appartenenza ad una comunità diversa da quella sovrana», che attribuisce la «legittimazione agli obblighi di polizia amministrativa e ai servizi pubblici»: R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 202, ss.; ID., *L’ossimoro della locuzione “cittadinanza globale”*, in *Dir. amm.*, 2005, 216 ss. Si vedano inoltre: C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 485 ss.; F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Napoli, 2011, 3 ss.

²³ Secondo taluni per la stessa assenza di un’identità europea che possa dirsi largamente condivisa, atteso che ad oggi essa può dirsi percepita per lo più dalla classe medio-alta il cui stile di vita è in genere più mobile, in tal senso da ultimo: P. L. LINDSETH, *The Democratic Disconnect, the Power-Legitimacy Nexus, and the Future of EU Governance*, in F. BIGNAMI (ed.), *EU Law in Populist Times: Crises and Prospects*, New York, 2020, 505 ss., ove in particolare si richiama J.W. MÜLLER, *What is Populism?*, Philadelphia, 2016.

²⁴ Si veda ad es. la giurisprudenza sull’attribuzione di provvidenze economiche agli studenti europei, ove si ammette che possa essere subordinata all’esercizio di un’attività lavorativa o alla residenza prolungata nel paese di destinazione, o ad altri elementi che comunque testimonino un «legame effettivo con la società di tale Stato»: C. giust., 14 dicembre 2016, C-238/15, *Linares Verruga e a.*; C. giust., 2 giugno 2016, C-233/14, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*; C. giust., 26 febbraio 2015, C-359/13, *Martens*; C. giust., 4 ottobre 2012, C-75/11, *Commissione c. Repubblica d’Austria*; C. giust., 18 novembre 2008, C-158/07, *Förster*; C. giust., grande sezione, 15 marzo 2005, C-209/03,

legittimazione della pretesa a prestazioni e benefici sociali che trovano un correlato nel dovere di solidarietà assunto dall'individuo nei confronti del gruppo (in questo caso locale) di appartenenza²⁵.

Il modello di recepimento del principio di libera circolazione usato nell'ordinamento italiano combina tale criterio funzionale, che appunto valorizza le mansioni e i poteri associati al posto, con quello viceversa fondato sul "grado" attribuito – l'esclusione come si è detto vale per tutta la dirigenza pubblica – o sul settore di amministrazione.

Così non soltanto si escludono gli europei dalla dirigenza pubblica, ma più ampiamente sono riservati ai cittadini nazionali *tutti* i posti (*sic!*) dei ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero degli affari esteri, dell'interno, di grazia e giustizia, della difesa, delle finanze e del Corpo forestale dello Stato, a prescindere dal tipo di mansioni in concreto esercitate²⁶.

Bidar, C. giust., 23 marzo 2004, C-138/02, *Collins*. Per una diversa conclusione: C. giust., 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*. In tema si consenta il rinvio a B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa della libertà accademica*, Padova, 2018, 115 ss. In Italia ammette la richiesta di peculiari requisiti in capo al cittadino extracomunitario per l'accesso a prestazioni sociali, al fine di comprovarne l'inserimento stabile e attivo nella comunità di residenza: Corte cost., 15 marzo 2019, n. 50. In tema da ultimo si veda M. CONSITO, *L'accesso al welfare e i limiti all'universalità delle prestazioni: ipotesi di discriminazione indiretta dello straniero*, in M. NALDINI, T. CAPONIO, R. RICUCCI (a cura di), *Famiglie in emigrazione. Politiche e pratiche di genitorialità*, Bologna, 2019, 46 ss.

²⁵ Osserva come sia «la residenza – e non la cittadinanza – a rendere attuale e far sorgere i doveri di solidarietà verso tutti (*erga omnes*) gli appartenenti alla comunità di riferimento, sia essa un comune, una regione e infine una nazione», dandosi dunque contemporaneamente diverse appartenenze, a comunità di diverso livello, che fondano diritti e doveri di solidarietà a propria volta differenziati: R. CAVALLO PERIN, *Migrazioni, diritti dell'uomo e circolazione tra ordinamenti giuridici*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Torino, 2019, 140.

²⁶ Per alcuni esempi recenti di concorsi riservati ai cittadini italiani in ragione dell'amministrazione che bandisce, senza distinguere con riferimento al tipo di mansioni: d.m. Min. Interno, 26 aprile 2008, per l'attribuzione di n. 115 posti con il profilo professionale di assistente amministrativo contabile nell'amministrazione civile dell'Interno, uffici periferici; Commissione per l'attuazione del progetto Ripam, Concorso pubblico, per titoli ed esami, per la copertura di n. 44 posti di funzionario dell'area della promozione culturale, del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, pubbl. in GU n. 56 del 17-7-2018. Altri esempi sono in V. MARCENÒ, *Lo straniero e il pubblico impiego tra "privilegio" del cittadino e dignità del lavoro*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 235.

L'accoglimento della prospettazione europea viceversa induce al superamento dell'impostazione tipica del pubblico impiego c.d. "di carriera", ove – per usare l'espressione francese – si distingue il "grado" dall' "impiego" in concreto esercitato, nel senso che si riconosce al singolo dipendente la titolarità del primo, mentre il secondo rimane a disposizione dell'amministrazione²⁷, alla cui valutazione discrezionale è rimessa in concreto l'attribuzione delle mansioni, con un esercizio del c.d. *ius variandi* del datore di lavoro che è circoscritto soltanto dal necessario rispetto del principio di equivalenza (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 52).

La valorizzazione delle mansioni associate al posto che deriva dall'impostazione europea trova spiegazione nel fatto che solo talune possono essere soggette alla riserva di nazionalità – quelle che in concreto comportano l'esercizio di funzioni di autorità e la salvaguardia degli interessi generali dello Stato – mentre le altre, che pur possono essere esercitate da dipendenti assunti nei medesimi ruoli organici, devono essere necessariamente aperte ai cittadini europei.

Proprio in Francia si è ritenuto che l'interpretazione europea della libertà di circolazione minacciasse il modello d'impiego di carriera accolto dalla disciplina sulla *fonction publique*²⁸ nelle sue essenziali caratteristiche costitutive²⁹, a partire dal tipico reclutamento basato sul si-

²⁷ Da ultimo si vedano Ch. FORTIER, *Le cas de la France: du statut général des fonctionnaires à un code général des relations professionnelles?*, in J.-P. DUNAND – P. MAHON – S. PERRENOUD (éds.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Genève-Zurich-Bâle, 2016, 394; A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Paris, 2019, 133.

²⁸ La questione della compatibilità tra modello di carriera e accesso dei cittadini europei è affrontata da *Conseil d'Etat*, 31 janvier 2002, n° 366.313: «pour apprécier si un corps ou un cadre d'emplois est accessible aux ressortissants des autres États membres de la Communauté (...), il convient de se référer aux missions qui leur sont assignées par leur statut particulier. Si ces missions correspondent, pour l'essentiel, à celles mentionnées aux a) et b) du 1. ci-dessus, l'accès à ce corps ou à ce cadre d'emplois est fermé aux ressortissants communautaires».

²⁹ È nel solco del recepimento del diritto dell'Unione europea che il legislatore francese ha introdotto per la prima volta i contratti a tempo indeterminato nel pubblico impiego con la l. loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005, *portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique*, art. 13; cfr. D. JEAN-PIERRE, *Comment déroger au concours d'accès à la fonction publique en trois leçons*, in *Mélanges en*

stema delle scuole amministrative³⁰, secondo un argomento che è stato invero utile a favorire una più larga introduzione del contratto nella gestione di rapporti di lavoro sino a tempo recente disciplinati esclusivamente da fonti di diritto pubblico³¹.

l'honneur de Jacqueline Morand-Deville, Paris, 2007, 368 ss.; F. MELLERAY, *Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946?*, in *Revue de droit public (RDP)*, 2006, 185 ss.; J.M. LE MOYNE DE FORGES, *La loi de transposition du droit communautaire à la fonction publique*, in *Actualités juridiques Droit Administratif (AJDA)*, 2005, 2285 ss.; ID., *Quelle influence communautaire sur l'avenir du modèle français de fonction publique?*, in *Revue française d'Administration publique (RFAP)*, 2010, 702; ID., *Exigences communautaires et exigences managériales se rejoignent-elles?*, *ivi*, 2003, 1917 ss.; F. KAUFF-GAZIN, *L'influence des concepts de droit communautaire sur le droit de la fonction publique ou comment le droit communautaire opère la réduction du champ du droit public...*, in G. ECKERT, Y. GAUTIER, R. KOVAR, D. RITLENG (sous la direction de), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, 2007, 203 ss.; H. OBERDOFF, *L'influence du droit communautaire sur la fonction publique*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (sous la direction de), *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2008, 1041 ss.; C. FERRARI-BREEUR, *La loi du 26 juillet 2005 ou le droit communautaire cause réelle et prétexte à une modification du droit français de la fonction publique*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales (JCP A)*, n. 35, 29 Août 2005, 1305 ss.; J. BOURDON, *Vers une banalisation du droit de la fonction publique?*, in *Actualités Juridiques Fonction Publique (AJFP)*, 2005, 284 ss.; M. POCHARD, *Les implications de la libre circulation: plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique*, in *Actualité Juridique Droit administratif (AJDA)*, 2003, 1906 ss.; G. ALBERTON, *L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne*, in *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2003, 1194 ss.

³⁰ A partire dal c.d. "arrêt *Burbaud*", C. giust., 9 settembre 2003, C-285/01, *Burbaud*, che ha riguardato il caso di una cittadina portoghese già amministratrice ospedaliera nel paese di provenienza cui si era negata la mobilità verso analogo impiego nella sanità francese poiché non aveva frequentato la corrispondente scuola amministrativa (*École des Hautes Études en Santé Publique*, EHESP). In tale occasione la Corte di giustizia ha dichiarato l'obbligo sproporzionato perché la ricorrente aveva frequentato una simile formazione nel paese di origine, oltre ad avervi già esercitato le stesse mansioni. La crisi del sistema delle scuole è testimoniata dalle proposte di abolizione dell'Ena recentemente avanzate dal Presidente della Repubblica Macron: *Macron confirme la disparition de l'ENA et des grands corps*, in *Le Monde.fr*, 26 avril 2019.

³¹ Per la recente evoluzione verso la «*déviaton contractualiste*», con significativo aumento delle possibilità di ricorrere al contratto in luogo del regime di diritto pubblico nella *fonction publique* francese si veda la l. n° 2019-828 du 6 août 2019, *de transformation de la fonction publique* (c.d. "loi *Dussopt*"), su cui A. TAILLEFAIT, *Transformer n'est*

3. *Pubblici poteri, legittimazione tecnico-professionale e libera circolazione*

La decisione del giudice amministrativo di non applicare le norme di attuazione del testo unico del pubblico impiego che escludono i cittadini europei da tutta la dirigenza pubblica si appunta sulle mansioni tipicamente associate al posto di direttore di museo, che solo eccezionalmente comportano l'esercizio di poteri autoritativi, e viceversa si concretano per lo più in funzioni di gestione che «obbediscono a considerazioni di natura principalmente economica»³², in quanto «prevalentemente rivolte alla gestione economica e tecnica» del bene museale³³.

È dunque la legittimazione tecnico-professionale degli incarichi a determinarne la necessaria apertura, che non trova un limite nell'esercizio di pubblici poteri poiché, nel caso in questione, sono residuali le ipotesi in cui gli incarichi si traducano nell'emanazione di atti d'autorità.

Già nel XIX secolo vi sono norme, quantomeno nell'Europa continentale, che consentono il reclutamento di stranieri per i posti di impiego che sono espressione al massimo livello di scienza, e dunque di un sapere che è per definizione senza confini, ma anche e soprattutto libero e non asservito a condizionamenti politici, ove il riferimento è ai professori universitari³⁴.

pas bifurquer: à propos de la «loi Dussopt», in *Actualité Juridique Fonctions Publiques*, 2019, 314 ss.; D. JEAN-PIERRE, *Transformation de la fonction publique et flexicurité. La déconstruction du droit statutaire (JCP A)*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 2019, 2364 ss.

³² Così la Corte di Giustizia, interpellata sull'affidamento dell'incarico di Presidente dell'autorità portuale di Brindisi a un cittadino greco, ha dichiarato l'obbligo di apertura in ragione del tipo di compiti a esso correlati: C. giust., 10 settembre 2014, C-270/13, cit. Per il prosieguo della vicenda: Cons. St., sez. IV, 10 marzo 2015, n. 1210.

³³ Così Cons. St., sez. VI, n. 3666/2017, cit.

³⁴ In Italia trattasi di possibilità prevista sin dalla l. 13 novembre 1859, n. 3972 (legge Casati), art. 166. Le origini sono da rintracciarsi nella medievale *licentia ubique docendi*, che testimonia la tradizione internazionale dell'Accademia. In tema: M. CONSITO, *L'immigrazione intellettuale, Verso un mercato unico dei servizi professionali*, Napoli, 2012, 6; J. VERGER, *Les Universités au Moyen Age*, Paris, 1973, 24 ss.; A. ROMANO, *Alcune considerazioni sul valore legale delle lauree universitarie: note storiche e prospettive*, in *Annali di Storia delle Università italiane*, 13, 2009, 2 ss.; H. RASHDALL, *The Universities of Europe in the Middle Ages*, vol. I, London, rist. 1936, 8 ss.; A.O. NORTON, *Readings in the History of Education: Mediaeval Universities*, Cambridge, 1909, 96 ss.; U.

Così la dirigenza è depositaria di una “cultura d’amministrazione” che è imparziale e che ne fonda – sin dalla comparsa dei moderni Stati nazionali – la legittimazione a operare al servizio del “sovrano”, non importa ora se a propria volta investito per legittimazione popolare o divina.

La legittimazione burocratica, propria del modello legale o razionale dello stato di weberiana memoria³⁵, si impone in tutta Europa (e non solo³⁶) in sostituzione di altri criteri tipici dell’organizzazione del potere

GUALAZZINI, *L’origine dello Studium Bolognese nelle più antiche vicende della Licentia Docendi*, in *Studi e memorie per la storia dell’Università di Bologna*, Bologna, 1985, 97 ss.; A.B. COBBAN, *The Medieval Universities: their Development and Organization*, London, 1975, 27. Si consenta inoltre il rinvio a B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa della libertà accademica*, cit., 125 ss.

³⁵ Oltre, ovviamente, a M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922-1956), trad. it. *Economia e società*, Milano, 1980, vol. IV, 147 ss., si vedano E. STUMPO, *L’organizzazione degli stati: accentramento e burocrazia*, in N. TRANFAGLIA - M. FIRPO (diretto da), *La storia: L’Età Moderna, I quadri generali*, Torino, 1987, 432 ss.; V. FERRONE, *I meccanismi di formazione delle élites sabaude. Reclutamento e selezione nelle scuole militari del Piemonte nel Settecento*, in P. ALATRI (a cura di), *L’Europa tra Illuminismo e Restaurazione*, Scritti in onore di Furio Diaz, Roma, 1993, 159; J.A. MARAVALL, *Le origini dello Stato moderno*, in E. ROTELLI - P. SCHIERA (a cura di), *Lo Stato moderno*, Vol. I, *Dal Medioevo all’età moderna*, Bologna, 1972, 86 ss.; J. VICENS VIVES, *La struttura amministrativa statale nei secoli XVI e XVII*, *ivi*, 230 ss. Sulla professionalità come elemento caratterizzante la dirigenza pubblica si consenta inoltre il rinvio a R. CAVALLO PERIN - B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 322 ss.; B. GAGLIARDI, “Al servizio dell’integrazione”: il funzionario pubblico europeo, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA (a cura di), *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, in *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana*, Studi a cura di L. FERRARA, D. SORACE, Firenze, 2016, 555 ss.

³⁶ Un’amministrazione professionale, in quanto selezionata secondo un sistema di tipo concorsuale, è sicuramente quella del mandarinato cinese del celeste impero, cui anzi si imputa la stessa originaria elaborazione del modello del concorso, poi importato in Europa dai missionari gesuiti nel XV-XVI secolo: S. CASSESE, *L’ideale di una buona amministrazione*, Napoli, 2007, 18; ID., *Teoria e pratica dell’uguaglianza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1156 ss.; ID., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991, 11 ss.; A. ZOLA, «Keju»: il sistema degli esami nella Cina imperiale, in *Dir. amm.*, 1996, 365 ss.; D. PAPPANO, *L’emersione di un diritto amministrativo in Cina*, in *Dir. amm.*, 2010, 722; J.M. EYMERI DOUZANS, *Les concours à l’épreuve*, in *Revue française d’administration publique (RFAP)*, 2012, 308; B.A. ELMAN, *Political, Social and Cultural Reproduction via Civil Service Examination in Late Imperial China*, in *The Journal of Asian Studies*, vol. 50, N. 1 (Feb., 1991), 7 ss.; J. GERNET, *Le monde chinois* (1972), trad. it. *Il mondo cinese. Dalle*

di stampo medioevale (venalità delle cariche, ereditarietà) e contribuisce all'affermazione di una burocrazia professionale con una crescente specializzazione.

Il consolidarsi della professionalità come elemento caratterizzante la burocrazia europea è segnato dal diffondersi di concorsi ed esami professionali quale metodo predominante di selezione e dall'individuazione di saperi propri dell'amministrazione, in cui il ruolo predominante è certo svolto dalla cultura giuridica (c.d. *juristenmonopol*), ma che si contraddistinguono altresì per la contaminazione di elementi di scienza dell'amministrazione, scienze delle finanze, economia politica, ecc.³⁷ e in cui non manca l'apporto della "tecnica" in senso stretto, che si tratti delle scienze statistiche e matematiche, di quelle ingegneristiche o – in tempi più recenti – di quelle informatiche³⁸.

L'apporto dell'ordinamento europeo – anzitutto dell'Unione, ma anche della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – con l'affer-

prime civiltà alla Repubblica popolare, Torino, 1978, 283 ss.; E. BALAZS, *La bureaucratie céleste. Recherches sur l'économie et la société de la Chine traditionnelle* (1968), trad. it. *La burocrazia celeste: ricerche sull'economia e la società della Cina nel passato*, Milano, 1971, 20-22. Un altro esempio di interesse è offerto dall'impero Ottomano del XV sec., ove i funzionari erano formati nella scuola del Palazzo di Topkapi: B. MILLER, *The Palace School of Muhammad the Conqueror*, Cambridge, 1941.

³⁷ Sulla predominanza del diritto nella formazione dei funzionari pubblici (in Italia e non solo): F. CAMMARANO, *La costruzione dello stato e la classe dirigente*, in G. SABBATUCCI, V. VIDOTTO (a cura di), *Storia d'Italia. 2. Il nuovo stato e la società civile, 1861-1887*, Roma-Bari, 1995, 29; S. CASSESE, *Questione amministrativa e questione meridionale. Dimensioni e reclutamento della burocrazia dall'unità ad oggi*, Milano, 1977, 19 ss.; S. SEPE, *Burocrazia e apparati amministrativi: evoluzione storica e prospettive di riforma*, Milano, 1996, 154 ss.; C. ALBA TERCEDOR, *Les élites administratives en Espagne: vieilles inerties et nouveaux défis*, in *Revue française d'administration publique* (RFAP), 2012, 41; M.B. VINCENT, *Serviteurs de l'Etat: les élites administratives en Prusse de 1871 à 1933*, Paris, 2006, 17. Sulle scienze camerali e d'amministrazione: P.A. SCHIERA, *Dall'Arte di Governo alle Scienze dello Stato. Il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano, 1968, 206; E.R.L. LABOULAYE, *De l'enseignement et du noviciat administratif en Allemagne*, in *Revue de législation et de jurisprudence*, 1839, 576. Si consenta inoltre il rinvio a B. GAGLIARDI, "Al servizio dell'integrazione": il funzionario pubblico europeo, cit., 564 ss.

³⁸ Sul ruolo dei tecnici nell'amministrazione italiana: G. MELIS, *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 469 ss.

mazione del “diritto pubblico (o amministrativo) europeo”³⁹, insieme al consolidarsi della dimensione internazionale della comunità scientifica anche nei settori delle scienze umane e sociali, rendono sempre più evidente la portata sovranazionale della legittimazione burocratica. Ne consegue la crescente difficoltà a giustificare riserve di nazionalità per posti d’impiego la cui precipua legittimazione sia data dalla titolarità di una tal cultura specialistica e sovranazionale, specie ove questi non si accompagnino all’esercizio di pubblici poteri, ma al contrario comporino la mera erogazione di prestazioni di servizio (es. medici, insegnanti), o ancora l’esercizio di compiti a carattere economico-gestionale sprovvisti di elementi di autoritatività. Tale osservazione può valere anche nell’ambito di amministrazioni di per sé titolari di prerogative tipicamente pubblicistiche, inducendo per l’effetto a una differenziazione degli impieghi e della relativa accessibilità in ragione delle mansioni ad essi associate, secondo un assunto che circoscrive le possibilità di rotazione degli incarichi e mette effettivamente in discussione lo “*ius variandi*” del datore di lavoro pubblico, o – secondo l’espressione in uso nell’ordinamento francese – la separazione del grado dall’impiego⁴⁰.

Nel caso di esercizio di pubblici poteri è la dimensione di diritto politico dell’accesso agli impieghi (art. 51, Cost.) a porsi quale freno all’apertura nei confronti dei cittadini europei, ove il peculiare vincolo di fedeltà (art. 54, Cost.), sotteso allo *status* di cittadinanza nazionale⁴¹,

³⁹ Si vedano di recente: J.-B. AUBY - J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Introduction*, in J.-B. AUBY - J. DUTHEIL de la ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e ed., Bruxelles, 2014, 21 ss.; B. STIRN, *Vers un droit public européen*, Paris, 2012; G. DELLA CANANEA, *Il diritto amministrativo europeo e i suoi principi fondamentali*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, III ed., 2011, 1 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, III ed., 2011, 121 ss.

⁴⁰ Vedi *supra*, nt. 27.

⁴¹ Sulla fedeltà come presupposto della riserva di nazionalità: M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, vol. II, pt. III, 1935, CXXXVIII. Sul dovere di fedeltà: G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 129 ss.; A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, 4; C. PINELLI, *Il 1° comma dell’art. 98. Il vincolo dei funzionari al «servizio esclusivo della Nazione»*, in *La Pubblica Amministrazione, Art. 97-98, Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, 420-421; L. VENTURA,

impedisce il reclutamento di quanti non condividano l'appartenenza a quella medesima comunità sovrana, poiché, secondo il lessico dell'Unione, non sono ad essa legati da quel «rapporto particolare di solidarietà» – o “*affectio societatis*” – proprio della cittadinanza⁴². Il limite si afferma tutte le volte che l'impiego determini l'esercizio di poteri d'autorità capaci di limitare, nei casi previsti dalla legge, i diritti dei singoli nell'interesse di quella medesima comunità (secondo la nozione di “funzione”)⁴³, poteri che non trovano equivalenti nel lavoro alle dipendenze delle imprese, cui manca quella rilevanza giuridica nei confronti dei terzi che tuttora fonda la specialità del «servizio della Nazione» (art. 98, Cost.)⁴⁴, ove il termine, come noto, allude a quella comunanza di territorio, lingua, cultura, religione, costumi e storia che «compone la natura di ciascun popolo»⁴⁵.

La cittadinanza non è un requisito necessario nel caso dei direttori dei musei perché agli stessi non sono normalmente attribuiti poteri autoritativi, né, come espressamente afferma il giudice amministrativo, si tratta di “apicali”, ove ad essere richiamato è il criterio, e linguaggio, in uso nella giurisprudenza costituzionale per circoscrivere l'ammissibilità dei modelli di *spoils system*, caratterizzati dalle nomine fiduciarie e dalla decadenza automatica degli incarichi dirigenziali al rinnovo degli organi di governo.

Nei casi, circoscritti, di incarichi apicali, al vincolo di fedeltà alla Nazione si giustappone un carattere fiduciario che deriva da consonanza politica, poiché – a prescindere dal tipo di poteri esercitati – si ritiene imprescindibile un rapporto con gli organi politici caratterizzato da fi-

La fedeltà alla Repubblica, Milano, 1984; A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, 169 ss.

⁴² Cfr. giurisprudenza citata *supra*, in nt. 5.

⁴³ Da ultimo sul legame tra sovranità nazionale, diritti soggettivi e autorità, affermatosi sin dalla Rivoluzione francese: R. CAVALLO PERIN, *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, 20. Sul nesso tra perseguimento degli interessi pubblici e requisito di cittadinanza: Cons. St., sez. II, parere 31 marzo 2004, n. 2592/03.

⁴⁴ Si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, cit., 327 ss.

⁴⁵ P.S. MANCINI, *Della Nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino nel dì 22 gennaio 1851*, Torino, 1851, 22 ss.

ducia personale, fondata essenzialmente sulla comune militanza⁴⁶. Tali sono gli incarichi di quanti siano destinati a operare a diretto contatto con gli organi di governo, fungendo da “elemento di raccordo” rispetto alla struttura amministrativa, perché chiamati alla concreta realizzazione del “compromesso” tra livello politico e amministrativo. Compromesso con cui si impone agli organi di governo come a quelli burocratico-professionali di individuare soluzioni rispettose del principio di “distinzione” tra politica e amministrazione⁴⁷ e coerenti, allo stesso tempo, con quello di legittimazione democratica, che esclude una qualsiasi soluzione di continuità tra organi politici e struttura burocratica.

Occorre infine osservare come i caratteri assunti dall'amministrazione pubblica per influenza del diritto dell'Unione autorizzino a intro-

⁴⁶ Si vedano Corte cost., 22 febbraio 2019, n. 23; Corte cost., 10 marzo 2017, n. 52; Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 15; Corte cost., 22 novembre 2016, n. 269; Corte cost., 11 febbraio 2016, n. 20; Corte cost., 17 marzo 2015, n. 37; Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 27; Corte cost., 17 giugno 2013, n. 152; Corte cost., 30 luglio 2012, n. 212; Corte cost., 23 novembre 2011, n. 310; Corte cost., 25 luglio 2011, n. 246; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 228; Corte cost., 11 aprile 2011, n. 124; Corte cost., 20 ottobre 2010, n. 304; Corte cost., 24 giugno 2010, n. 224; Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 34; Corte cost., 24 ottobre 2008, n. 351; Corte cost., 20 maggio 2008, n. 161; Corte cost., 28 novembre 2008, n. 390; Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103; Corte cost., 23 marzo 2007, n. 104; Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233; Cass., sez. lav., 5 maggio 2017, n. 11015. Cfr. in questo volume i contributi di R. CAVALLO PERIN, *Atti di indirizzo politico e attività di gestione tra spoils system e difetto assoluto di giurisdizione*, cit., 31 ss.; S. BATTINI, *Responsabilità dirigenziale e spoils system: complementarità o contraddizione?*, cit., 37 ss.; oltre a C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, 183 ss.; L. SALTARI, *Profili strutturali: la nomina dei dirigenti*, in S. BATTINI e L. FIORENTINO (coord. da), *Venti anni di “politica e amministrazione” in Italia*, IRPA Working Paper – Policy Papers Series No. 1/2014, 79 ss.; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 39 ss.; G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in G. GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, Bologna, 2012, 193 ss.; F. MERLONI, *L'autonomia professionale della dirigenza pubblica*, *ivi*, 135 ss.

⁴⁷ Sul principio di distinzione (o separazione) tra politica e amministrazione, da ultimo: C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 17 ss.; F. MERLONI, *L'autonomia professionale della dirigenza pubblica*, in G. GARDINI (a cura di), *op. ult. cit.*, 163 ss.; S. BATTINI, *La separazione tra politica e amministrazione in Italia: ieri, oggi e domani*, *ivi*, 193 ss.; ID., *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 39 ss.

durre una differenziazione tra cittadini europei ed extraeuropei, superando la lettera delle norme di legge che hanno, come si è detto, ormai parificato i soggiornanti di lungo periodo, a prescindere dalla provenienza geografica (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 38, c. 3 *bis*).

Non solo il diritto di circolazione dei primi trova copertura nei Trattati – e dunque in fonti parificate a quelle costituzionali (art. 117, co. 1°, Cost.) – ma è la stessa caratterizzazione dell'amministrazione pubblica nazionale in "funzione europea", non importa ora se secondo i modelli dell'amministrazione indiretta, integrata o della c.d. co-amministrazione⁴⁸, a legittimare soltanto per essi un'interpretazione ulteriormente riduttiva della riserva di nazionalità.

Da tempo è stato evidenziato il *continuum* istituzionale in cui operano le amministrazioni nazionali e le istituzioni dell'Unione, secondo un modello che si estende anche alle più classiche funzioni d'autorità, che si tratti delle forze di polizia (si pensi ad es. alla cooperazione di polizia⁴⁹), agli organi di controllo (es. la Corte dei conti⁵⁰), o sinanco alla funzione giurisdizionale, ove è il "dialogo tra le Corti" a segnare la continuità. Da tale continuità istituzionale, che porta al mescolarsi e so-

⁴⁸ In tema si vedano, da ultimo: R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, in *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, cit., 3 ss.; C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione europea*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, 256 ss.; L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007; J. ZILLER, *Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen*, in *Traité de droit administratif européen*, cit., 327 ss.; J.L. SAURON, *Les réseaux d'administrations nationales et de l'Union européenne*, *ivi*, 401 ss.; E. CHITI e C. FRANCHINI, *Le figure organizzative*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, cit., 67 ss.

⁴⁹ In tema da ultimo: P. RUBECHINI, *L'ordine pubblico: verso una funzione amministrativa europea*, in L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010, 407 ss. Un altro esempio di interesse è rappresentato dalla c.d. "gendarmeria" europea (*Eurogendfor*) istituita dal Trattato di Velsen del 2007, la cui ratifica è stata autorizzata con l. 14 maggio 2010, n. 84, che pur riguarda solo alcuni stati membri (Spagna, Francia, Italia, Paesi Bassi e Portogallo).

⁵⁰ R. CAVALLO PERIN, *Le nuove prospettive del ruolo della Corte dei conti italiana nel sistema delle Istituzioni*, in *La cooperazione tra Corte dei Conti europea e Corte dei conti italiani. Esame comparato delle metodologie e dei procedimenti di controllo*, Corte dei Conti, Quaderno n. 1, 2009, 45 ss.

vrapporsi di funzioni disciplinate dall'ordinamento europeo e svolte "per conto" delle istituzioni dell'Unione, o secondo le regole da queste definite, e altre viceversa riservate alla sovranità degli Stati membri, deriva altresì il c.d. "doppio cappello"⁵¹ dei funzionari delle amministrazioni nazionali, che sono al contempo, anche, funzionari dell'ordinamento sovranazionale.

Il medesimo *continuum* istituzionale autorizza a "rileggere" il vincolo di fedeltà tradizionalmente sotteso allo *status* di cittadinanza: se la fedeltà europea non può sostituire quella nazionale, così come la cittadinanza europea non è sostitutiva di quella nazionale ma ad essa si giustappone, certo può ritenersi che l'una si vada ad "aggiungere" all'altra, segnando una duplice dimensione di appartenenza.

4. Il reclutamento tra dimensione fiduciaria e professionalità

Se la legittimazione tecnico-professionale dei dirigenti – insieme all'assenza, o scarsa rilevanza dei poteri autoritativi associati all'incarico – giustifica l'apertura del ruolo a candidati privi della cittadinanza nazionale, ne dovrebbe altresì discendere la selezione mediante procedura a carattere comparativo, atteso che, come si è anticipato, non solo il modello concorsuale si è storicamente affermato contestualmente alla professionalizzazione della burocrazia amministrativa, ma più precisamente si tratta di una componente della medesima legittimazione professionale.

Il concorso, infatti, si caratterizza in quanto idoneo all'accertamento della rispondenza del profilo professionale del candidato rispetto alle esigenze dell'amministrazione (verifica minima di professionalità), ma ancor più come strumento capace di selezionare il miglior candidato tra quelli disponibili secondo un modello che presuppone come proprio essenziale carattere quello comparativo.

Di talché stupisce la qualificazione offerta dal giudice ordinario per tali procedure, definite come "procedure di interpello" in cui predomina la fase non comparativa poiché il Ministro sceglie il candidato nell'ambito

⁵¹ O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, 23 e 55.

di una terna di idonei compilata da una commissione appositamente nominata, senza essere vincolato da una graduatoria in senso proprio⁵². Ne discende, per l'effetto, il disconoscimento del carattere concorsuale e l'affermazione della giurisdizione ordinaria in luogo di quella del giudice amministrativo, che viceversa l'ordinamento mantiene per le sole procedure di assunzione a carattere concorsuale, oltretutto per gli impieghi tutoria in regime di diritto pubblico (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63).

In tal modo gli incarichi dirigenziali sono assimilati ad atti di gestione del rapporto d'impiego assunti con le capacità di diritto privato del datore di lavoro (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 5, c. 2), senza che rilevi il fatto che, nel caso dei direttori dei musei, si costituisce direttamente il rapporto di lavoro e per di più con una procedura aperta al pubblico.

Come noto, ad analoga conclusione si è giunti con riguardo al conferimento degli incarichi dirigenziali al personale di ruolo dell'amministrazione, che – anche in ragione dell'espressa qualificazione ad essi offerta dal legislatore⁵³ – sono ritenuti atti di gestione del rapporto e dunque attratti all'orbita della giurisdizione ordinaria.

L'attribuzione della competenza al giudice ordinario porta coerentemente con sé la cultura di riferimento del medesimo, con un sindacato volto alla tutela dei diritti soggettivi del dirigente, e dunque precipuamente alla luce dei principi di correttezza e buona fede nell'adempimento dell'obbligazione contrattuale (artt. 1175 e 1375 c.c.)⁵⁴, che ta-

⁵² Cass. civ., sez. un., 18 gennaio 2019, n. 1413, con nt. di M. RAMAJOLI, *Sulle nomine dei direttori dei musei decide il giudice ordinario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 489 ss.; nello stesso senso già Cass. civ., sez. un., 5 aprile 2017, n. 8799. Contraria Cons. St., sez. VI, n. 677/2018, cit.

⁵³ La giurisdizione sugli incarichi dirigenziali è espressamente attribuita al giudice ordinario dal d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, c. 1. In tema: Cass. civ., sez. lav., 30 ottobre 2014, n. 23062; Cass. civ., sez. lav., 18 dicembre 2012, n. 23351; Cass. civ., sez. lav., 30 dicembre 2009, n. 27888. Cfr. G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione, Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, 2003; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 57 ss.; P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, 2007, 220 ss.

⁵⁴ Cass. civ., sez. un., 17 aprile 2007, n. 9095; Cass. civ., sez. lav., 10 gennaio 2007, n. 251; Cass. civ., sez. un., 8 luglio 2005, n. 14330; Id., 1 ottobre 2003, n. 14672; Id., 6 febbraio 1998, n. 1274; Id., 25 maggio 1998, n. 5199; Cass. civ., sez. lav., 5 novembre 1998, n. 11142. Il superamento di un concorso, «indipendentemente dalla nomina e, a

lora si ritiene diano consistenza a un “interesse legittimo di diritto privato” del ricorrente⁵⁵. Ciò che manca è, ovviamente, un sindacato attento ai profili di interesse pubblico, secondo i caratteri offerti anzitutto dal vizio di eccesso di potere.

E ciò benché nel tempo lo stesso giudice ordinario si sia aperto a una tutela costituzionalmente orientata, ove i canoni sulle obbligazioni definiti dal codice civile sono letti «alla luce dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione»⁵⁶, dunque con una peculiare considerazione degli interessi pubblici sottesi alla scelta dei dirigenti, da cui è discesa l'affermazione di obblighi di pubblicità e trasparenza certo estranei alla tutela del lavoratore nell'impresa⁵⁷.

Allo stesso tempo il giudice ordinario si arresta a una tutela prevalentemente risarcitoria, e ciò nonostante la legge gli attribuisca il potere di adottare «tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati»⁵⁸, secondo una conclu-

fortiori, dopo la conclusione del contratto di lavoro, consolida nel patrimonio dell'interessato una situazione giuridica individuale di diritto soggettivo»: Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2017, n. 7483 e n. 7484.

⁵⁵ Cass. civ., sez. lav., 1 luglio 2019, n. 17636; Id., 21 febbraio 2019, n. 5191; Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2018, n. 32625; Id., 4 settembre 2018, n. 21599; Cass. civ., sez. lav., 31 luglio 2012, n. 13710; Id., 17 aprile 2012, n. 5999; Id., 15 febbraio 2010, n. 3451; Id., 19 dicembre 2008, n. 29817.

⁵⁶ Tra le molte si vedano Cass. civ., sez. lav., 26 febbraio 2014, n. 4583, ove si evidenzia come «la riconduzione della disciplina del lavoro pubblico alle regole privatistiche del contratto e dell'autonomia privata individuale e collettiva, con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice ordinario, non ha eliminato la perdurante particolarità del datore di lavoro pubblico che, pur munito nella gestione degli strumenti tipici del rapporto di lavoro privato, per ciò che riguarda l'organizzazione del lavoro resta pur sempre condizionato da vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse e di compatibilità finanziaria generale».

⁵⁷ Ad es. con l'affermazione dell'obbligo di motivare l'attribuzione dell'incarico comparando i curricula dei candidati: Cass. civ., sez. lav., 10 novembre 2017, n. 26694.

⁵⁸ D.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 63, c. 2. Ove venga in rilievo un atto amministrativo presupposto, è ribadito il potere di disapplicazione del giudice, che tuttavia non pare pertinente nell'ipotesi considerata, atteso l'affermato carattere di diritto privato del potere esercitato. Per un'ipotesi di disapplicazione dell'atto di macro-organizzazione illegittimo da cui è conseguita la revoca di un incarico dirigenziale, con condanna della p.a. al ripristino: Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3677. Per l'esclusione del potere di annullamento: Cass. civ., sez. lav., 26 marzo 2014, n. 7107. Viceversa spetta al giudice amministrativo la giurisdizione sul ricorso (esperito da un'organizzazione sindacale)

sione che si appunta proprio sull'assenza di un diritto soggettivo in senso stretto in capo al dirigente, la cui posizione è per lo più ritenuta, come si è detto, un interesse legittimo di diritto privato⁵⁹.

V'è da dire, tuttavia, che gli incarichi dirigenziali rispetto a cui si è affermato tale orientamento sono effettivamente rivolti a personale di ruolo, il cui rapporto di servizio è già costituito per effetto di una selezione concorsuale, che si tratti di un concorso o di un corso-concorso (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 28), viceversa attratta alla giurisdizione amministrativa e conformata secondo il modello del concorso pubblico delineato dalla tradizione giuridica generalizzatasi a partire dalla Rivoluzione francese e dalla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 (se non da epoca precedente)⁶⁰.

Diversamente nel caso in esame, ove il procedimento è finalizzato all'assunzione in ruolo del personale, seppur in forza di un contratto a tempo determinato. Ciò che tuttavia rileva, ai fini del disconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario, è, come si è detto, la supposta natura non concorsuale della selezione che è definita "procedura d'interpello", con una sovrapposizione – o confusione – rispetto a quella rivolta al personale interno, effettivamente normalmente qualificata in tal senso in contrapposizione a quella "per avvisi pubblici". Conclusione invero non dissimile da quella formulata in via generale per i "dirigenti a contratto" della pubblica amministrazione⁶¹.

per l'annullamento degli atti di macro-organizzazione con cui la p.a. abbia discrezionalmente scelto di conferire un incarico dirigenziale all'esterno invece che al personale di ruolo: Cass. civ., sez. un., 13 novembre 2018, n. 29080 e n. 29081.

⁵⁹ Cass. civ., sez. lav., n. 26694/2017, cit., ove si riconosce in capo al dirigente il risarcimento del danno da perdita di *chance*. In tema si veda L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

⁶⁰ Cfr. F. EDEL, *Deux siècles de principe d'égalité admissibilité aux emplois publics*, cit., 348 ss.

⁶¹ Cioè assunti ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 19, c. 6; cfr. Cass. civ., sez. un., 21 settembre 2018, n. 22431, secondo cui la procedura di conferimento dell'incarico di direttore generale dell'Università non ha carattere concorsuale perché «la commissione si limita alla verifica dei requisiti di idoneità dei candidati alla copertura dell'incarico, in base alla valutazione dei curricula ed all'esito di un colloquio, senza attribuire punteggi o formare una graduatoria; manca una valutazione comparativa tra i diversi candidati in relazione a parametri preordinati e vincolanti; la nomina viene effettuata solo sulla base del confronto con il profilo ideale del candidato che sia più corrispondente alla professionalità ricercata»; Cass. civ., sez. un., 8 giugno 2016, n. 11713,

Nel caso dei direttori dei musei, la selezione prende avvio da un avviso pubblico volto a suscitare le candidature poi esaminate da una commissione di esperti nominata *ad hoc*, che procede altresì a una serie di colloqui con i migliori candidati, ai fini dell'individuazione di una "terna" da sottoporre all'organo competente alla nomina (ministro o direttore generale della direzione musei, a seconda che l'incarico sia di livello generale o meno). Più precisamente, questi individua «il candidato cui conferire l'incarico (...) sulla base dell'analisi condotta dalla commissione e del giudizio finale da questa espresso», ove la nomina è formalizzata con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri per gli incarichi di livello dirigenziale generale, o con determinazione del direttore generale Musei per quelli di seconda fascia⁶².

Il riferimento alla "terna" dei candidati, insieme a una certa indeterminatezza del criterio di selezione del vincitore – che come si è detto avviene «sulla base dell'analisi condotta dalla commissione» – consente al giudice di concludere per il carattere non necessariamente comparativo della procedura: benché la commissione proceda all'attribuzione di punteggi, l'organo di nomina ne sarebbe svincolato, potendo decidere in base ad autonome valutazioni discrezionali sulla falsa riga di quanto avviene per gli incarichi dirigenziali in ambito sanitario (d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 102, art. 15, c. 7 *bis*)⁶³.

ove per escludere il carattere concorsuale si fa leva sull'assenza della nomina di una commissione esaminatrice come della formazione di una graduatoria finale di merito dei candidati redatta all'esito di una valutazione comparativa, privilegiandosi la scelta, «del tutto fiduciaria, del candidato da collocare in posizione di vertice»; Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2018, n. 21600; Id., 30 settembre 2014, n. 20571; Cons. St., sez. V, 27 marzo 2017, n. 1367; lascia perplessi la differenziazione formulata dal giudice tra le procedure consistenti in una «selezione comparativa» (concorsi pubblici) e quelle volte «ad accertare tra coloro che hanno presentato domanda quale sia il profilo professionale maggiormente rispondente alle esigenze di copertura dall'esterno dell'incarico dirigenziale» (non concorsuali): Cons. St., sez. V, 10 ottobre 2017, n. 4684, sugli incarichi ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

⁶² Si veda in particolare la procedura definita dal bando di concorso di cui al D. Dir. gen. MiBACT, 7 gennaio 2015, artt. 5-6, in attuazione del d.M. MiBACT, 27 novembre 2014, recante la *disciplina dei criteri e delle procedure per il conferimento degli incarichi dirigenziali*, e del d.M. MiBACT, 23 dicembre 2014, recante *Organizzazione e funzionamento dei musei statali*.

⁶³ In particolare sul carattere non concorsuale della procedura di conferimento degli incarichi dirigenziali in sanità, in ragione della scelta «essenzialmente fiduciaria ope-

Si omette peraltro di evidenziare come per la dirigenza sanitaria la “terna” dei candidati idonei abbia sostituito la previgente “rosa”, ove la prima è effettivamente redatta in ordine di merito, mentre la seconda seguiva quello alfabetico e lasciava l’organo di nomina evidentemente libero nell’individuazione del prescelto⁶⁴. Conseguentemente si precisa che, qualora il direttore generale dell’azienda sanitaria intenda nominare uno dei candidati che non ha conseguito il migliore punteggio, debba «motivare analiticamente la scelta», evidenziando le speciali ragioni – a carattere senz’altro professionale – che inducono a preferirne il profilo (d.lgs. n. 102 del 1992, cit., art. 15, c. 7 *bis*).

L’enfaticizzazione del carattere “fiduciario” della scelta conclusiva induce a ritenere la nomina dei direttori dei musei estranea al modello concorsuale, secondo una conclusione che suscita perplessità anzitutto poiché in contraddizione con la legittimazione professionale che viceversa ne consente l’apertura ai cittadini europei. Se questi ultimi possono essere selezionati perché non si tratta di “fiduciari” degli organi di governo, pare illogico tornare a qualificare la scelta in termini di fiduciarità ai fini del riparto di giurisdizione. Ancor più è irragionevole escludere la selezione comparativa e concorsuale fondata sull’accertamento dei meriti professionali, ove si tratti per l’appunto di selezionare soggetti legittimati proprio ed esclusivamente per tali meriti, in quanto sprovvisti di quell’“apicalità” che il giudice costituzionale ha definito come una necessaria contiguità agli organi di governo, di per sé capace di legittimare la deroga al principio del concorso pubblico⁶⁵.

rata dal direttore generale»: Cass. civ., sez. un., 9 maggio 2016, n. 9281, contraria Cons. St., sez. III, 24 marzo 2014, n. 1402 ove se ne ritiene il carattere concorsuale, avendo il direttore conferito l’incarico sulla base delle valutazioni espresse da una commissione all’uopo nominata, in ragione di una valutazione comparativa; Cass. civ., sez. un., 13 ottobre 2011, n. 21060.

⁶⁴ Il riferimento alla rosa degli idonei è stato superato con il d.l. 13 settembre 2012 n. 158, conv. in l. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. decreto Balduzzi). In tema: Cass. civ., sez. lav., 1 dicembre 2017, n. 28880; Id., 31 gennaio 2017, n. 2511; Id., 9 maggio 2016, n. 9281.

⁶⁵ Si veda M. RAMAJOLI, *Sulle nomine dei direttori dei musei decide il giudice ordinario*, cit., ove si conclude come il rischio di una lettura “pan-privatistica” del rapporto di lavoro pubblico lo «ammanti di insindacabilità», svalutando le garanzie di parità di trattamento tra i candidati e imparzialità della selezione.

ANOTAÇÕES SOBRE A EFICIÊNCIA, O CONTRATO DE DESEMPENHO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL¹

di Ilton Norberto Robl Filho

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. Administração pública e *accountability* no Brasil na década de oitenta do século passado. – 3. No caminho da administração pública gerencial no Brasil a partir da década de noventa do século XX. – 4. Contrato de gestão e resultados nas Leis Federais nº9.649/1998 e nº 13.934/2019 com a previsão de responsabilidade gerencial. – 5. Algumas considerações sobre a implementação do contrato de desempenho e da responsabilidade gerencial. – 6. Conclusão.

1. Introdução

Os grandes temas da administração pública são tratados nas Constituições do século XX, conforme se observa na Constituição Italiana de 1948 e na Constituição Federal Brasileira de 1988– CF/88.

No Brasil, o tema da administração pública gerencial começa a ganhar corpo na década de noventa do século XX, sendo um marco a adoção do § 8º, no artigo 37, Constituição Federal Brasileira de 1988-CF/88, por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, a qual fixa que: «A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade», devendo ser regulamentada por meio de lei. Por sua vez, a Lei Federal nº 13.934, de 11 de dezembro de 2019, disciplinou o contrato de desempenho, também conhecido pela literatura jurídica brasi-

¹ As seções 2, 3 e 4 deste texto foram escritas por Ilton Norberto Robl Filho e publicadas originalmente em: C. CELONE, I. N. ROBL FILHO, *A Garantia Constitucional da Responsabilidade Gerencial no Brasil e na Itália* in *Revista Jurídica da Presidência*, v. 21, n. 125, 2020, 452-481.

leira como contrato de gestão, na administração pública federal direta dos Poderes da União e das autarquias e fundações públicas federais.

Dentre os objetivos do contrato de desempenho, observa-se a finalidade de «fixar a responsabilidade de dirigentes quanto aos resultados» (art. 5º, V, Lei Federal nº 13.934/2019). Este artigo jurídico analisará elementos centrais da busca de resultados pela administração pública em benefício dos cidadãos e especialmente a responsabilidade dos dirigentes no Brasil. Desse modo, no capítulo 2, a administração pública e os instrumentos de *accountability* na década de oitenta do século passado no Brasil objeto de escrutínio. De outra banda, a introdução de elementos de administração pública gerencial, a Reforma do Estado e as alterações jurídicas para adoção desse novo modelo de administração pública são temas desenvolvidos no capítulo 3. Os contratos de gestão e de resultados e a responsabilidade gerencial a partir das Leis Federais nº 9.649, de 1998, e nº 13.934, de 2019, são enfrentados no capítulo 4. Ainda, alguns desafios e dificuldades na implementação da administração gerencial e do contrato de desempenho são discutidas no capítulo 5. Por fim, algumas palavras finais são apresentadas a título de conclusão.

2. Administração pública e accountability no Brasil na década de oitenta do século passado

Durante o governo militar brasileiro (1964-1985), observou-se um substancial retorno ao modelo patrimonialista da administração pública, com loteamento de cargos, empregos e funções públicas por critérios pessoais em razão dos vínculos com agentes políticos. Dessa forma, a CF/88 apostou corretamente na valorização da profissionalização e na impessoalidade da administração pública, promovendo profunda regulamentação constitucional. Sobre a administração pública, especialmente na CF/88, Rocha² afirma que: «A Administração Pública constitucionizou-se. Os fundamentos de seu regime já não se põem na norma in-

² C. L. A. ROCHA, *Princípios constitucionais da administração pública*, Belo Horizonte, 1994, 15.

fraconstitucional. Repousam, antes, na Constituição, que lhes traça os princípios fundamentais e, inclusive, as regras referentes a alguns comportamentos e decisões considerados pelo constituinte como dotados de magnitude. (...). O regime jurídico administrativo tem, pois, neste final de século, natureza constitucional decorrente da sede normativa na qual repousa a principiologia diretora dos comportamentos administrativos. (...) As atividades de governo e de administração, que se pretendiam anteriormente diversas (...) estreitaram-se por se verificar que a tomada de decisões primárias não guarda significação mais séria e densa senão mediante o passo subsequente necessário: o da concretização das decisões afirmadas».

Na década de oitenta do século passado, as transições de regimes autoritários para democracias, na Argentina e no Brasil, depositaram grande crença nas eleições periódicas e competitivas como instrumentos para as modificações sociais necessárias na busca por liberdade e igualdade materiais. Em verdade, grande parte da população acreditava que as eleições e as práticas da democracia representativa seriam uma fórmula mágica para solução de problemas complexos³.

Inegavelmente, a adoção de eleições competitivas é condição necessária para democracia constitucional, mas deve ser complementada com outros instrumentos de *accountability*, pela qual se entende: a) a necessidade de os agentes públicos eleitos ou não eleitos de informarem os cidadãos das suas ações e das omissões e b) de justificarem o exercício do poder e dos resultados alcançados, c) devendo ser sancionados os agentes positivamente ou negativamente pelos resultados e pela forma de exercício do poder⁴. As eleições são apenas um dos instrumentos de *accountability*, existindo ainda o controle exercido pelos cidadãos e pelos mecanismos de comunicação social de forma constante, o qual é conhecido por *accountability* social, por meio de investigações e críticas

³ G. O'DONNELL, *Accountability horizontal e novas poliarquias*, in *Lua nova: revista de cultura e política*, n. 44, 1998, 27-54; G. O'DONNELL, *Democracia delegativa*, in *Journal of democracy em español*, Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile, v. 1, 7-23, jul. 2009.

⁴ A. SCHEDLER, *Conceptualizing accountability*, in *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*, L. DIAMOND - M. PLATTNER - A. SCHEDLER (orgs), Colorado, 1999, 13-28.

jornalísticas, atuações de associações e organizações não governamentais e críticas e reivindicações formuladas pela sociedade, por exemplo⁵.

De outro lado, além das *accountabilities* eleitoral e social, há necessidade a) de controle interno dentro de um poder estatal sobre seus órgãos e agentes públicos, b) de controle recíproco dos atos de um poder estatal por outro poder estatal ou Instituição autônoma e c) de controle de organismos regionais e internacionais sobre poderes, órgãos e agentes públicos nacionais. Essas três formas de controles integram a *accountability* horizontal, pois organismos e autoridades promovem a avaliação e a responsabilização de outros órgãos e agentes.

Sobre os mecanismos de *accountability* e acerca da administração pública no Brasil antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, Anna Maria Campos aponta que os instrumentos de *accountability* são essenciais para o aperfeiçoamento e as melhorias na administração pública, porque os governos e a administração pública necessitam ser controlados e responsivos aos pedidos, direitos e interesses dos cidadãos⁶. Por sua vez, antes da CF/88: “*testemunhamos um sério desrespeito pelos cidadãos, em numerosos aspectos da vida civil. O cidadão brasileiro não tem sido apenas desrespeitado como contribuinte, eleitor e cliente de um órgão público: é também um consumidor impotente ante qualquer organização privada fornecedora de bens e serviços. Não é respeitado nem mesmo como pedestre nas ruas*”⁷.

A Constituição Federal brasileira preocupou-se em atacar esses problemas, fixando um relevante rol de direitos fundamentais dos cidadãos, que inclui, por exemplo, a promoção e a defesa do consumidor, nos termos do art. 5º, XXXII, CF/88, as quais foram densificadas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/1990). Também diversos foram os direitos reconhecidos aos cidadãos em relação à administração pública, como o direito dos indivíduos receberem infor-

⁵ E. PERUZZOTTI - C. SMULOVITZ, *Accountability social: la outra cara del control*, in E. PERUZZOTTI - C. SMULOVITZ, *Controlando la política, Ciudadanos e medios en las nuevas democracias latinoamericanas*, Buenos Aires, 2002, 23-52.

⁶ A. M. CAMPOS, *Accountability: quando poderemos traduzir para o português?*, in *Revista de administração pública*, Rio de Janeiro, fev/abr, 30, 1990.

⁷ A. M. CAMPOS, *Accountability: quando poderemos traduzir para o português?*, in *Revista de administração pública*, Rio de Janeiro, fev/abr, 38, 1990. *Ivi*, 38.

mações de interesses particular, coletivo ou geral dos órgãos públicos, que se encontra previsto no art. 5º, XXXIII, CF/88 e na Lei Federal nº 12.527, de 2011.

Por sua vez, a redação originária do caput do art. 37 da CF/88 fixou que a administração pública direta e indireta é pautada nos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, os quais são elementos centrais para promoção de órgãos e agentes públicos responsivos aos anseios da cidadania.

De um lado, utilizou-se do momento constituinte para concretizar um modelo de administração pública burocrática, a qual possui como forma de investidura principal nos cargos, empregos e funções públicas o concurso público (art. 37, II, CF/88). No âmbito do Poder Executivo Federal, há a organização hierárquica, competindo ao Presidente da República com o auxílio dos Ministros de Estado exercer a direção superior da administração pública, nos termos do art. 84, II, CF/88. De outro lado, há preocupação clara desde o texto originário da Constituição brasileira com os resultados da administração pública, prevendo as reclamações dos cidadãos em relação à prestação de serviços públicos (art. 37, § 3º, CF/88).

A administração pública burocrática pauta-se na profissionalização da máquina estatal, a qual deve agir por meio de processos legais previamente estabelecidos, e na existência de vínculos hierárquicos claros na organização da prestação do serviço público e na tomada de decisões. Nesse modelo, preocupa-se mais com a observância formal da lei em detrimento de uma visão mais comprometida com os resultados e a eficiência das atividades públicas.

3. No caminho da administração pública gerencial no Brasil a partir da década de noventa do século XX

Em primeiro lugar, impõe-se registrar a nítida melhoria na qualidade dos serviços públicos e a ampliação dos mecanismos de *accountability* depois da promulgação da CF/88. De outro lado, após vinte anos de vigência da CF/88, a literatura especializada apontava que: “*Ao observar as alterações políticas, sociais e institucionais ocorridas no Brasil nesses 20 anos constata-se que, embora muitos passos importantes tenham sido da-*

dos em direção à accountability, com criação de novas instituições, fortalecimento institucional em geral, a caminhada promete ser longa, principalmente porque ficou caracterizado que no Brasil o surgimento de um novo valor não necessariamente implica extinção do tradicional”⁸.

Apesar dos avanços na prestação de serviços públicos, a busca por resultados e por eficiência na administração pública necessitava ser enfrentada com mais afinco, sendo esse o tema por excelência da administração pública gerencial. Importante observar que a administração pública gerencial não se constitui em completa negação dos pilares da administração pública burocrática, representando, em verdade, uma parcial complementação e modernização da administração pública burocrática. Em outras palavras, a profissionalização e a observância do direito, as quais são pilares da administração pública burocrática, não podem ser desconsideradas, mas é preciso estabelecer institutos, mecanismos e instrumentos jurídicos mais adequados para a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos por meio de prestação da administração pública ou por meio de interações entre os particulares e a administração pública.

Nesse sentido, observou-se, no final do século XX, a preocupação do governo federal brasileiro com a Reforma do Estado e a modernização na prestação dos serviços públicos. Em síntese, o Plano Diretor de Reforma do Estado, da Câmara de Reforma do Estado da Presidência da República, em 1995, parte da premissa de que a Reforma do Estado é «instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia. Somente assim será possível promover a correção das desigualdades sociais e regionais»⁹. Ainda, as alterações nos aparelhos de Estado, sendo estes constituídos pela administração pública em sentido amplo, ou seja, a estrutura organizacional do Estado, em seus três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e três níveis (União, Estados-membros e Municípios)¹⁰, possuíam como norte a construção de políticas públicas mais eficientes, a qual impõe

⁸ J.A.G. PINHO - A.R.S. SACRAMENTO, *Accountability: já podemos traduzi-la para o português?*, in *Revista de administração pública*, v. 43, n. 6, 1364, 2009.

⁹ BRASIL, *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, 9.

¹⁰ *Ivi*, 16.

modificações na dimensão legal-institucional para adequar o sistema jurídico, na dimensão cultural para adoção de valores da administração moderna e na dimensão gerencial para as práticas administrativas¹¹.

As propostas de alterações dos aparelhos de Estado foram divididas em quatro setores¹². O primeiro é composto pelo núcleo estratégico, o qual é designado como governo em sentido amplo, definindo as leis e as políticas públicas e tomando decisões estratégicas para o Estado. Os integrantes deste setor são os membros dos Poderes Judiciário (juízes) e Legislativo (legisladores), cúpula do Poder Executivo (Presidente da República, ministros de Estado e assessores diretos do chefe de Estado e dos ministros), Ministério Público (promotores e procuradores) e Defensoria Pública a partir das Emendas Constitucionais n° 45 de 2004, n. 74 de 2013 e n° 80 de 2014. O segundo e o terceiro setores são formados, respectivamente, pelas atividades exclusivas de Estado como poderes de regulamentar, fiscalizar e fomentar (por exemplo, cobrança de impostos, polícia, previdência social, controle do meio ambiente, etc.) e pelas atividades que não são exclusivas, sendo que o Estado atua «simultaneamente com organizações públicas não-estatais e privadas»¹³, como educação e saúde. Por fim, há o setor de produção de bens e serviços para o mercado, as quais são atividades voltadas para o lucro, mas que são prestadas pelo Estado.

O Plano Diretor de Reforma do Estado¹⁴ entende que, para as funções estratégicas, as decisões devem ser as melhores possíveis e, para os demais setores, a eficiência e os resultados são fundamentais. Para novos parâmetros de interação entre, de um lado, o núcleo estratégico e, de outra banda, as atividades exclusivas de Estado e os serviços não exclusivos foram pensadas as entidades executoras e o contrato de gestão e resultados. Nos contratos de gestão e de resultados, «o núcleo estratégico definirá os objetivos das entidades executoras do Estado e os respectivos indicadores de desempenho, e garantirá a essas entidades os meios humanos, materiais e financeiros para sua consecução»¹⁵.

¹¹ *Ivi*, 16 e 33.

¹² *Ivi*, 52-53.

¹³ *Ivi*, 52.

¹⁴ *Ivi*, 53-54.

¹⁵ L.C.B. PEREIRA, *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*, São Paulo, 1996, 284.

As agências executivas ou autônomas, no âmbito das atividades exclusivas de Estado, e as organizações sociais, na esfera dos serviços não exclusivos, seriam as entidades executoras. Nas agências executivas, o ministro de Estado nomearia um dirigente e posteriormente negociaria os termos e as condições do contrato de gestão. Por sua vez, depois de «estabelecidos os objetivos e os indicadores de desempenho, não apenas qualitativos mas também quantitativos, o dirigente terá ampla liberdade (...)»¹⁶. As organizações sociais, que são entidades não-estatais, possuem personalidade jurídica de direito privado e asseguram serviços públicos com autonomias administrativa e financeira.

Nesse contexto, as modificações legais e constitucionais foram realizadas na década de noventa do século passado. A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, dentre as diversas alterações promovidas, a) incluiu o princípio constitucional da eficiência no caput do art. 37, b) previu formas de participação do cidadão na administração pública com avaliação interna e externa da qualidade dos serviços públicos, além da representação contra exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função pública, nos termos da novel redação do § 3º do art. 37. Por sua vez, a referida Emenda Constitucional previu a autonomia gerencial das agências executivas e a figura do contrato de gestão ou desempenho, conforme se observa abaixo: “§ 8º *A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal*”.

Em virtude de uma visão especial pautada no paradigma da administração pública burocrática, a inclusão deste parágrafo na Constituição Federal brasileira causou perplexidade em parte da literatura jurídica brasileira: «Estranha inovação trazem os §§ 8º e 9º do art. 37, também introduzidos pela reforma administrativa de 1998»¹⁷. A inserção do

¹⁶ *Ivi*, 285.

¹⁷ M.A.R. LOPES, *Comentários à reforma administrativa: de acordo com as emendas constitucionais* 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998, Revista dos Tribunais, 1998, 142.

princípio constitucional da eficiência foi objeto de impugnação pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4, Distrito Federal, indeferindo o Supremo Tribunal Federal (STF) a cautelar para suspender os efeitos da alteração do art. 37, *caput* da CF/88, encontrando-se de outro lado pendente de julgamento o mérito da questão pelo STF¹⁸.

No nível legal, foi editada a Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998, a qual estabeleceu a possibilidade de qualificação das pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações sociais, prestando serviços de ensino, pesquisa, proteção ao meio ambiente e à cultura e saúde, na forma do seu art. 1º. O conselho de administração das organizações sociais é composto de 10 a 20% (dez a vinte por cento) de membros natos representantes do poder público (art. 2º, I, Lei Federal nº 9.637, de 1998), devendo o conselho aprovar a proposta de contrato de gestão, o orçamento da entidade e o programa de investimentos, assim como designar os membros da diretoria, fixando os salários, segundo o art. 4º, II a IV, Lei Federal nº 9.637, de 1998.

Especificamente acerca do contrato de gestão, é elaborado entre órgão ou entidade supervisora da administração pública e a organização social, fixando atribuições, responsabilidades e obrigações de ambas as partes, de acordo com art. 6º, *caput*, Lei Federal nº 9.637, de 1998. Esse contrato, além de seguir os princípios constitucionais da administração pública, deve especificar o programa de trabalho, prever metas e prazos de execução, critérios de avaliação de qualidade e produtividade, limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens para dirigentes e empregados das organizações sociais, podendo o ministro de Estado ou autoridade supervisora incluir demais cláusulas após proposta de minuta da organização social, de acordo com art. 7º, Lei Federal nº 9.637, de 1998.

Sobre a execução do contrato de gestão, o órgão da administração pública ou autoridade supervisora fiscalizará o cumprimento, necessitando a entidade de organização social ao término de cada exercício ou a qualquer momento por pedido do órgão fiscalizador apresentar rela-

¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2135*, Redatora para o Acórdão: Min. Ellen Gracie, 2 de agosto de 2007.

tório contendo os resultados alcançados e realizando a devida prestação de contas, conforme art. 8º, *caput* e § 1º, Lei Federal nº 9.637, de 1998. Ainda irregularidades e ilegalidades devem ser comunicadas para o Tribunal de Contas da União, além de os responsáveis pela fiscalização representarem ao Ministério Público, à Advocacia Geral da União e à procuradoria da autoridade supervisora nas situações de malversação de bens e recursos públicos, de acordo com arts. 9º e 10, *caput*, Lei Federal nº 9.637, de 1998.

De outro lado, a integralidade da Lei Federal nº 9.637, de 1998, foi objeto de impugnação por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, sendo indeferida a suspensão cautelar da citada lei em 24/06/2007 e julgado o mérito em 16/04/2015 com parcial procedência para «por maioria, em julgar parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (...) (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal»¹⁹. Sobre a possibilidade de organizações prestarem serviços públicos não exclusivos, o Ministro Ayres Brito asseverou que os particulares «podem desempenhar atividades que também correspondem a deveres do Estado, mas não são exclusivamente públicas. Atividades, em rigor, mistamente públicas e privadas, como efetivamente são a cultura, a saúde, a educação, a ciência e tecnologia e o meio ambiente»²⁰. De outro lado, a previsão de controle por meio do Ministério Público e do Tribunal de Contas a partir de provocação da autoridade supervisora não obsta os controles de ofício por esses órgãos, conforme voto do Relator para o acórdão Ministro Luiz Fux²¹.

Sobre o contrato de gestão, o STF brasileiro entende que tanto as organizações sociais como as autoridades supervisoras possuem o mesmo objetivo, o qual consiste na prestação eficiente de atividades e serviços públicos, inexistindo objetivo de lucro e interesses contrapostos. Dessa forma, não se trataria de um contrato administrativo tradicional

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1923*, *Relator* para o Acórdão: Min. Luiz Fux, 16 de abril de 2015, 8-9.

²⁰ *Ivi*, 14.

²¹ *Ivi*, 34.

ou típico, encontrando-se o contrato de gestão mais próximo de um convênio²².

Por sua vez, a doutrina²³, analisando especialmente as relações entre órgão público e organizações sociais, já apontava que o contrato de gestão não possui natureza jurídica de contrato administrativo, pois a) os órgãos públicos não detêm personalidade jurídica, sendo somente repartições internas de competência ou unidades de atuação da administração pública desprovida da capacidade jurídica para ocupar um dos polos da relação contratual, b) esse acordo não busca lucro ou distribuição de riquezas, não sendo sinalagmático e comutativo, e c) se trata de acordo para concretização de fim público comum entre órgão público e organização social. Em verdade, a natureza jurídica do contrato de gestão é acordo cooperativo funcionalizado, consistindo em manifestações plurilaterais de compromisso.

4. Contrato de gestão e resultados nas Leis Federais nº 9.649/1998 e nº 13.934/2019 com a previsão de responsabilidade gerencial

O contrato de gestão e de resultado também foi previsto na Lei Federal nº 9.649, de 27 de maio de 1998, a qual estabelece a organização da Presidência da República do Brasil e dos Ministérios. Dessa forma, as autarquias e as fundações, as quais compõem a administração pública indireta, podem ser qualificadas como agências executivas, mediante existência de plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional e de celebração de contrato de gestão com o Ministério de Estado supervisor, conforme art. 51, I e II, da citada Lei Federal. De outro lado, a qualificação de autarquia ou fundação em agência executiva depende de ato da Presidência da República do Brasil, devendo o poder Executivo assegurar a autonomia de gestão e disponibilidade de recursos para cumprimento de metas e objetivos pela agência executiva, de acordo com art. 51, §§ 1º e 2º, Lei Federal nº 9.649/1998.

²² *Ivi*, 25-26.

²³ E.B. MOREIRA, *Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus "vínculos contratuais"*, in L. CUÉLLAR - E.B. MOREIRA, *Estudos de direito econômico*, Belo Horizonte, 272-273.

Ainda, nos termos do art. 52, § 1º, Lei Federal nº 9.649/1998, os «Contratos de Gestão das Agências Executivas serão celebrados com periodicidade mínima de um ano e estabelecerão os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento». Por sua vez, o Decreto nº 2.487, de 2 de fevereiro de 1998, regulamenta parte da referida Lei Federal e estabelece que o contrato de gestão conterá: «III - responsabilidades dos signatários em relação ao atingimento dos objetivos e metas definidos, inclusive no provimento de meios necessários à consecução dos resultados propostos» e «VI - penalidades aplicáveis à entidade e aos seus dirigentes, proporcionais ao grau do descumprimento dos objetivos e metas contratados, bem como a eventuais faltas cometidas».

Também, o Decreto nº 2.488, de 02 de fevereiro de 1998, define medidas de organização administrativa específicas para autarquias e fundações qualificadas como agências executivas, fixando que: a) os limites anuais de realização de serviços extraordinários não se aplicam às agências executivas (art. 2º), b) poderá o ministro de Estado subdelegar ao dirigente máximo da agência executiva a «aprovação ou readequação das estruturas regimentais ou estatutos das Agências Executivas, sem aumento de despesa» (art. 3º), a concessão de autorização para o afastamento do país dos servidores para, por exemplo, estudos e capacitação (art. 4º) e a fixação de limites específicos para concessão de suprimento de fundos para atender despesas de pequeno vulto (art. 8º), c) as agências executivas podem editar regulamento próprio de avaliação dos servidores, o qual deve ser aprovado pelo Ministério supervisor (art. 5º), e normas próprias sobre valores de diárias no país e no exterior (art. 9º), d) não se aplica o registro de assiduidade e pontualidade do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995 (art. 6º); e e) execução orçamentária não se sujeitará a limites para movimentação, empenho e pagamento, observando de outro lado o contrato de gestão (art. 7º).

Desde 1998, por exemplo, o Ministério de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo (MICT), atualmente de Ministério da Economia, e o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO) firmam contratos de gestão e de resultados, nos termos da Lei Federal nº 9.649/1998. O primeiro contrato de gestão tinha vigência de 3 (três) anos e previu, na cláusula primeira, a pactuação

de resultados a serem alcançados pelo INMETRO. Ainda, nos termos da cláusula terceira, observou-se a ampliação da autonomia de gestão²⁴.

Os objetivos que o INMETRO deveria alcançar por contrato eram resultados globais sobre imagem, reconhecimento e confiabilidade, acréscimo de receita própria, resultados de atendimentos sobre os macroprocessos de certificação, de controle metrológico, de educação para a qualidade, de padronização e disseminação de unidades de medida, de informação tecnológica para qualidade. A autonomia gerencial foi ampliada também pelo contrato de gestão, não se aplicando os limites anuais de realização de serviços extraordinários e sendo delegado ao Presidente do INMETRO a aprovação ou readequação da estrutura regimental e seu estatuto, sem aumento de despesa, a concessão de autorização para o afastamento do país dos servidores, a regulamentação do registro de frequência dos funcionários e a fixação de limites específicos para concessão de suprimento de fundos para atender despesas de pequeno vulto.

A cláusula oitava estabelece a possibilidade de rescisão, por recomendação do Comitê de Avaliação, em razão de descumprimento de metas e resultados sem justificativa aceita, podendo, antes da rescisão, recomendar o afastamento dos dirigentes do INMETRO²⁵ e sendo essa disciplina mantida no contrato de gestão entre MDIC e INMETRO, de 2001²⁶. De outro lado, os contratos de gestão de 2006, 2009, 2012 e 2016 previram que os «dirigentes que derem causa ao descumprimento dos objetivos avençados, bem como a eventuais faltas cometidas, serão responsabilizados, proporcionalmente ao grau da inadimplência»²⁷.

²⁴ BRASIL, *Contrato de gestão que entre si celebram o Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo – MICT e o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO*, 1998, Brasília, DF, 1-7.

²⁵ *Ivi*, 9.

²⁶ BRASIL, *Contrato de gestão que entre si celebram o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC e o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO*, 2001, Brasília, DF, 7.

²⁷ BRASIL, *Contrato de gestão que entre si celebram o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC e o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO*, 2006, Brasília, DF, 6; BRASIL, *Contrato de gestão que entre si celebram o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC e o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, com a interveniência do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e do*

Por sua vez, o contrato de gestão de 2016, nas subcláusulas quinta, sexta e sétima da cláusula décima segunda, estabelece que o descumprimento injustificado do contrato poderá acarretar advertência ou destituição do cargo em comissão dos dirigentes, aplicando-se a destituição após a terceira advertência, além de essas penalidades não obstarem a responsabilização civil, penal e administrativa²⁸. Em verdade, essa novel previsão do contrato de gestão de 2016 aponta para a existência de um modelo de responsabilidade gerencial que busca ser diverso da responsabilização penal, civil e administrativa, sendo esse tema desenvolvido com mais profundidade na literatura italiana, conforme se verá abaixo.

De outro lado, foi publicado no Diário Oficial da União de 12/12/2019, a Lei Federal nº 13.934, a qual regulamenta o contrato de desempenho previsto no art. 37, § 8º, CF/88, no âmbito da administração pública direta de qualquer dos Poderes da União e das autarquias e fundações públicas federais. O artigo 2º define esse contrato como: “*acordo celebrado entre o órgão ou entidade supervisora e o órgão ou entidade supervisionada, por meio de seus administradores, para o estabelecimento de metas de desempenho do supervisionado, com os respectivos prazos de execução e indicadores de qualidade, tendo como contrapartida a concessão de flexibilidades ou autonomias especiais.*”

Além dos objetivos e das finalidades do contrato desempenho, a Lei Federal nº 13.934 fixa que há obrigações dos administradores do supervisor (art. 9º, Lei Federal nº 13.394/2019) e do supervisionado, devendo este «alcançar as metas e cumprir as obrigações estabelecidas, nos respectivos prazos» (art. 8º, II, Lei Federal nº 13.394/2019) e podendo ser aplicadas «penalidades (...) aos responsáveis, em caso de falta pessoal

Ministério da Fazenda, 2009, Brasília, DF, 6; BRASIL, Contrato de gestão que entre si celebram o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC e o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, com a interveniência do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministério da Fazenda, 2012, Brasília, DF, 7; BRASIL, Contrato de gestão que entre si celebram o Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços - MDIC e o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, com a interveniência do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e do Ministério da Fazenda, 2016, Brasília, DF, 9.

²⁸ *Ibidem.*

que provoque descumprimento injustificado do contrato» (art. 7º, VI, Lei Federal nº 13.394).

5. Algumas considerações sobre a implementação do contrato de desempenho e da responsabilidade gerencial

O impacto da Lei Federal nº. 13.934 nº. 13.934/2019 nas discussões jurídicas e políticas até junho de 2020 foi quase nula. Esse fenômeno explica-se, por um lado, em razão da situação de emergência de saúde pública internacional provocada no mundo e no Brasil pelo COVID-19, a qual impõe reflexões e ações específicas no direito e na sociedade em contexto de graves crises sociais e econômicas²⁹.

Ainda, no Brasil, a pequena discussão jurídica sobre o contrato de desempenho e a responsabilidade gerencial parcialmente explica-se em virtude do grande impacto, nas reflexões teóricas e institucionais, das relações não harmoniosas entre o governo central e importantes governantes subnacionais (de alguns Estados-Membros e Municípios), assim como das tensões nas interações entre Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no âmbito nacional³⁰.

De outro lado, a reflexão crítica e propositiva sobre essa novel legislação precisa ocorrer, pois sem uma regulamentação adequada por decreto do Presidente da República, nos termos do art. 6º, *caput*, Lei Federal nº. 13.934/2019, e por ato normativo próprio dos chefes dos Poderes, conforme o art. 4º, Lei Federal nº. 13.934/2019, os impactos das inovações legais serão pequenos na administração pública. O artigo 6º

²⁹ Sobre o COVID-19 e o direito, cfr. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Coronavirus Pandemic in the EU – Fundamental Rights Implications*, Publications Office of the European Union, April 2020 e M. JUSTEN FILHO (org.), *COVID-19 e o Direito Brasileiro*, Curitiba, 2020.

³⁰ Nessa questão, observa-se o Inquérito nº. 4.781 sobre *Fake News* e ameaças ao Supremo Tribunal Federal, aos Ministros desse Tribunal e dos familiares desses magistrados, tendo sido cumpridos, por exemplo, mandados de busca e apreensão em endereços de deputados federais e senador que apoiam o Presidente da República, cfr. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, Relator: Min. Edson Fachin, Julgamento 18 de junho de 2020.

da referida lei estabelece uma regulamentação minimalista acerca das flexibilidades e das autonomias especiais, fixando a possibilidade de criação autônoma por estrutura regimental, nos termos do decreto, e a ampliação dos limites e delegações relativos à celebração de contratos, a gastos de pequena monta e à autorização para banco de horas. Essas flexibilizações e autonomias expressas são insuficientes para implementação de maior eficiência do Estado e dos serviços públicos, tendo corretamente o *caput* do citado artigo 6º permitido a ampliação da autonomia da entidade supervisionada por outra lei ou por decreto.

Deve-se registrar que o Anteprojeto de Lei Orgânica sobre normas gerais sobre administração pública direta e indireta (BRASIL, MPOG, 2009), as entidades paraestatais e as de colaboração, propôs regulamentação mais adequada acerca do artigo 37, § 8º, CF/88, podendo alguns desses instrumentos serem adotados por legislações posteriores e pelo decreto – desde que não verse sobre uma questão com reserva legal - a ser editado pelo Presidente da República. O art. 29, I a III, do Anteprojeto de Lei Orgânica, prevê a) medidas gerenciais como procedimentos próprios de contratação e autorização para concessão de bônus para servidores, b) previsões orçamentárias como a simplificação da programação orçamentária, permitindo o remanejamento administrativo das dotações entre ações a ser executadas e c) instrumentos financeiros com permissão de empenho integral das despesas referentes à execução do contrato.

A alteração dos mecanismos orçamentários e financeiros é medida essencial para que as entidades supervisionadas possam atuar de forma mais dinâmica, prestando serviços públicos mais eficientes. Por óbvio, essa modificação em algumas regras orçamentárias e financeiras não pode ser feita sem um processo fiscalizatório adequado, porém o foco precisa ser o desenho institucional adequado para que as entidades supervisionadas atuem adequadamente e em benefício dos cidadãos. Ainda, o modelo de contratação da Lei Geral de Licitações (Lei Federal nº. 8.666, de 21 de Junho de 1993)³¹ tem se mostrado insuficiente em diversas situações, estabelecendo procedimentos com exacerbada buro-

³¹ Para uma análise da Lei Federal nº. 8.633/1993, cfr. V.A.J. DE AMORIM, *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e jurisprudência*, II ed., Brasília, 2018.

cratização e sem garantir ainda muitas uma contratação favorável aos interesses coletivos e públicos. Dessa forma, uma revisão da forma de contratação é medida que se impõe, podendo ser implementada nos contratos de desempenho, conforme proposta do artigo 29, I, Anteprojeto Lei Orgânica.

Outro tema relevante para implementação da administração gerencial e do contrato de desempenho diz respeito à responsabilidade dos agentes públicos. Em primeiro lugar, o controle dos atos estatais não deve promover um modelo de responsabilização que dificulte as inovações institucionais e a busca por decisões adequadas pelos gestores públicos. Mesmo em situação de grande controvérsia sobre a correta atuação do governo federal e especialmente do Poder Executivo Federal, a Comissão Nacional de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados Brasil, a qual tem apontado inconstitucionalidades de outros atos normativos editados pelo Executivo Federal³², entendeu como constitucional a Medida Provisória n.º 966, de 13 de maio de 2020, a qual fixa que “Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados”, no combate às situações sociais e econômicas advindas do COVID-19, nos termos do seu art. 1.º, *caput*, I e II.

Em verdade, os diversos órgãos de controle da administração pública possuem uma compreensão equivocada sobre o administrador público, pois “Mesmo que a aplicação da lei implique algum juízo interpretativo, essa exegese (idêntica ao dos órgãos de controle) seria verificável de forma certa por esse gestor, espécie de Hércules interpretativo”³³.

³² Entendendo pela constitucionalidade da Medida Provisória n.º 966, de 13 de maio de 2020, CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, *Processo n. 49.0000.2020.003282-8*, Parecer Aprovado de Ruy Samuel Espíndola, 18 de maio de 2020. De outro lado, sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória n.º 979, de 09 de junho de 2020, CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, *Processo: 49.0000.2020.003824-7*, Parecer Aprovado de Ilton Norberto Robl Filho, 12 de junho de 2020.

³³G. BINENBOJM - A. CYRINO, *O Art. 28 da LINDB A cláusula geral do erro administrativo*, in *Rev. Direito Adm.*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018), nov. 2018, 205.

Essa percepção equivocada, por exemplo, do Tribunal de Contas da União produz uma responsabilização inadequada dos gestores públicos principalmente na análise do dolo e do erro dos agentes públicos.

Nesse contexto, quando as modalidades tradicionais de responsabilização dos servidores públicos não são bem aplicadas pelos órgãos de controle, impõe-se cuidado redobrado na introdução no ordenamento jurídico brasileiro da nova modalidade da responsabilidade gerencial, a qual se trata em linhas gerais do descumprimento dos objetivos e das metas fixadas no contrato de desempenho³⁴. A violação aos deveres funcionais dos servidores públicos necessita ser apurada pela responsabilidade administrativa disciplinar, que não se confunde com a ausência da consecução dos resultados acordados entre entidade supervisora e entidade supervisionada.

Em outras palavras, se o agente público cumpre seus deveres funcionais, mas não obtém os resultados fixados no contrato administrativo de resultados, não há ilícito disciplinar ou ato de improbidade e somente descumprimento de dever gerencial, nos termos do art. 8º, II, Lei Federal nº. 13.934/2020. Esse descumprimento pode produzir a rescisão do contrato de resultado, conforme o art. 10, Lei Federal nº. 13.934/2019.

De outro lado, apesar de a referida lei não prever a possibilidade de exoneração do cargo em comissão do responsável pela entidade supervisionada, parece que esta previsão é indicada, devendo ser regulamentada no decreto do Presidente da República. Nos termos da Constituição Federal brasileira, os cargos de comissão, os quais são de livre nomeação e exoneração, são ocupados para funções de direção, de acordo com o art. 37, II e V, CF/88³⁵. A discricionariedade da escolha do ocu-

³⁴ Sobre a responsabilidade gerencial especialmente no modelo italiano, cfr. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018.

³⁵ Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral: “Fixada a seguinte tese: a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o nú-

pante do cargo em comissão é limitada, devendo o exercício das funções desse cargo produzir atos e ações eficientes da administração pública. Dessa forma, o descumprimento injustificado das metas e do resultado deve causar a exoneração do cargo em comissão de função de direção.

6. Conclusão

A boa administração pública é princípio central da atuação estatal contemporânea. De outro lado, inexistente gestão pública adequada, eficiente e constitucional sem a obtenção de resultados que promovam os interesses coletivos e públicos. Apesar da relevante disciplina da administração pública no texto original da Constituição Federal brasileira de 1988, faltou uma preocupação em maior intensidade com a eficiência dos agentes e dos órgãos estatais.

Nesse sentido, corretamente a Emenda Constitucional n.º 19/1998, previu a possibilidade de ampliação da autonomia gerencial para órgãos da administração direta e indireta mediante contrato firmado entre entidades supervisora e supervisionado. Por sua vez, somente em 2019, foi aprovada e sancionada a Lei Federal n.º 13.934 sobre o tema, a qual foi minimalista sobre os contratos de desempenho e a responsabilidade gerencial, impondo-se o aprofundamento em legislações posteriores e na regulamentação infralegal.

mero de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir”, cfr. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário n.º 1.041.210*, Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de setembro de 2018.

A DISCRICIONARIEDADE ORÇAMENTÁRIA
COMO FERRAMENTA PARA SUBVERSÃO
DA GARANTIA CONSTITUCIONAL
À EDUCAÇÃO NO BRASIL

di Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Gustavo Buss¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. O direito à educação no ordenamento constitucional brasileiro. – 3. A judicialização da educação e a insuficiência do critério orçamentário. – 4. A discricionariedade como ferramenta de subversão do sistema educacional brasileiro. – 5. Conclusão.

1. *Introdução*

No rol dos direitos sociais elencados pela Constituição brasileira de 1988, a educação figura com proeminência junto à saúde, tendo cada um recebido, ademais, minuciosa atenção quando da estipulação das diretrizes básicas no capítulo devotado à ordem social. Assim, ambos constituem o núcleo central da atenção dispendida sobre a matéria, compondo a base tangível do sistema de prestação de serviços públicos dentro da estrutura administrativa brasileira.

Entretanto, a discussão acerca da efetividade na prestação dos direitos sociais sempre se atrelou, indissociavelmente, a questões orçamentárias atinentes à disponibilidade de recursos pelo gestor público na concretização dos ditames constitucionais. Nesse contexto, foram construídas as teses acerca da reserva do possível e da discricionariedade do administrador público como mecanismos para atrelar a necessidade de implementação das garantias colocadas com as possíveis limitações práticas advindas de uma interpretação extensiva dessas mesmas garantias.

O próprio sistema constitucional e infraconstitucional buscou se moldar às imposições orçamentárias, traduzindo a exigência de eficiência dos serviços públicos essenciais em uma exigência de gasto público mínimo na curatela dos direitos sociais. No entanto, ainda que o mode-

¹ O presente artigo foi pensado, estruturado, discutido e escrito pelos dois autores, com a escrita e reescrita feita por ambos.

lo adotado no ordenamento brasileiro, com ênfase aos sistemas de vinculação de receitas públicas a gastos prioritários, tenha inegável importância, a centralização da discussão sobre tais marcos pode se revelar insuficiente e lesiva à tutela da educação pública em aspecto macro.

A realidade brasileira denota, especialmente em face do discurso empregado pelo governo do Presidente Jair Bolsonaro, um movimento de utilização dos marcos constitucionais colocados quanto às exigências formais de financiamento da educação pública para subversão das principais diretrizes imputadas ao sistema. Dessa forma, sob o argumento técnico de escassez de recurso e distribuição prioritária de verbas aos setores tecnológicos de resultado imediato, o governo promove a perseguição contra grupos e setores da produção científica onde predomina o embate crítico às medidas e políticas endossadas pelo executivo federal brasileiro.

O objeto do presente artigo, portanto, reside na investigação do panorama da educação pública brasileira como fio condutor de um embate centrado justamente sobre a cooptação dos mecanismos constitucionais formais e de discursos de discricionariedade administrativa e orçamentária para viabilizar uma agenda política persecutória de caráter eminentemente autocrático. Destarte, o trabalho se subdividirá em três partes. Na primeira, haverá o escrutínio do direito à educação pública pela Constituição brasileira, com ênfase sobre aspectos atrelados ao mínimo existencial e à reserva do possível ínsitos ao regime da tutela de garantias sociais prestacionais. Em seu segundo momento, o trabalho buscará analisar o fenômeno da judicialização da educação no Brasil, destacando o papel central dado à questão formal orçamentária e sua insuficiência. Por fim, a terceira parte trará a discussão acerca da subversão e uso dos requisitos constitucionais formais pelo atual governo do Presidente Jair Bolsonaro, reforçando a necessidade de controle substantivo sobre o direito à educação pública e de respeito a valores nucleares constitutivos do sistema.

2. O direito à educação no ordenamento constitucional brasileiro

O direito à educação no Brasil encontra proteção expressa na Carta Constitucional de 1988, ao incluí-lo, em seu artigo 6º, dentre o rol dos

assim denominados direitos sociais.² O traço distintivo de tal proteção, comparativamente ao rol dos direitos fundamentais individuais elencados no art. 5º, residiria em uma natureza prescritiva da garantia concedida, que, ademais de uma postura de contenção estatal, demandaria a implementação positiva de serviços públicos para sua efetivação.

Inicialmente, houve discussão acerca da possibilidade de inclusão de tais direitos sob o regime protetivo dos direitos fundamentais, ainda que a Constituição brasileira englobe ambas sob o título único de “direitos e garantias fundamentais”. O embate que se instaurou envolvia definir qual a eficácia da proteção dispensada aos direitos denominados sociais, na medida em que, para sua plena proteção, não bastaria a simples omissão estatal.

Tal separação entre direitos de defesa, de cunho negativo, e prestaacionais, de cunho positivo, não é restrita ao plano nacional e tampouco representa inovação do ordenamento brasileiro. No âmbito internacional, a diferenciação entre ambos é sedimentada e remonta às negociações para introdução do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966, como tratados multilaterais distintos a comporem a Carta Internacional dos Direitos Humanos.³

Destarte, garantias como a da educação e saúde, bem como as demais elencadas no rol do artigo 6º da Carta brasileira, para que efetivamente lograssem eficácia plena, demandariam uma série de condutas e gastos públicos para sua adequada implementação. Não por outra razão, o sistema de direitos humanos consagrado nos acordos multilaterais pautados pela Organização das Nações Unidas proclamou o princípio da progressividade como indispensável à efetivação dos direitos ditos sociais: “*Tal princípio, expressamente consagrado no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, submetia ou condici-*

² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³ F. PIOVESAN, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 3º ed., São Paulo, 1997, 199.

onava os direitos humanos econômicos, sociais e culturais a realização progressiva, na medida do máximo dos recursos disponíveis."⁴

Se os direitos fundamentais de defesa, de cunho negativo, podem ser facilmente posicionados entre os marcos da proteção e violação, os direitos sociais positivos demandam a substituição da racionalidade dicotômica por um espectro graduado de concretização das garantias colocadas pelo texto constitucional. Nesse sentido, se admitiria a substituição da discussão clássica acerca da eficácia dos direitos, por uma noção de efetividade que compreende o escopo e a natureza da norma que lhe consagra.⁵

A tutela dos direitos sociais demanda a compreensão de que tais previsões estão intimamente associadas à estrutura constitucional desenhada para prestação de serviços públicos. Destarte, cunhou-se a teoria do mínimo existencial para justificar a proteção gradual dispensada aos direitos sociais, autorizando a existência de discricionariedade no manejo orçamentário mesmo de serviços reputados essenciais, ressaltando sempre a prestação de um núcleo indispensável, sem o qual a garantia constitucional se esvaziaria por completo.

A compreensão do mínimo existencial demanda uma dupla remissão ao princípio reitor do sistema constitucional, de proteção da dignidade humana. De um lado, em sua vertente individual, a dignidade permeia a interpretação constitucional para assegurar que todo indivíduo ostente condições mínimas para o exercício de suas faculdades básicas, com garantia de prestações sociais positivas pelo Estado. De outro, em sua vertente coletiva, a dignidade demanda a compreensão da natureza intersubjetiva da existência humana, com ênfase na solidariedade e comunhão para efetivação das garantias fundamentais dos cidadãos.⁶

No que se refere ao direito à educação, em específico, o constituinte brasileiro se ocupou de dispensar maior atenção, densificando de ma-

⁴ L. SGARBOSSA, *Crítica à teoria dos custos dos direitos*, v. 1, *Reserva do possível*, Porto Alegre, 2010, 132.

⁵ E. MOURA e J. RIBEIRO, *Direitos fundamentais sociais, orçamento público e reserva do possível: o dever de progressividade nos gastos públicos*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2017, v. 16, n. 7, 225–241, 226.

⁶ E. BITENCOURT NETO, *O direito ao mínimo para uma existência digna*, Porto Alegre, 2010, 111.

neira mais exaustiva aquilo que se compreende como o núcleo indispensável da garantia positivada. No capítulo devotado à ordem social, em seu artigo 208, a Constituição brasileira estipula que há um dever imposto ao Estado de prestar serviços públicos educacionais, garantindo expressamente o direito universal ao acesso à educação pública gratuita, sob pena de responsabilidade do agente competente.⁷

Para tentar acomodar os direitos sociais constitucionalmente tutelados em face da demanda orçamentária que lhes é inerente, desenvolveu-se, com remissão à doutrina constitucional alemã, a noção de reserva do possível, como um fator de direcionamento na alocação dos recursos em prol da efetivação de direitos.⁸ Destarte, seria possível conciliar uma dimensão de eficácia e efetividade mínima com a permissão de discricionariedade na condução e desenho de políticas públicas.

A necessidade de construção de uma teoria compreensiva acerca do limite da tutela conferida constitucionalmente a direitos sociais ostenta uma dupla relevância. Inicialmente, diante da necessidade de fixação de marcos claros para a implementação de serviços públicos indispensáveis. Adicionalmente, o reconhecimento de um marco limitador serviria à manutenção do sistema global, garantindo que todos os direitos sociais arrolados possam ostentar adequada proteção. É nesse sentido a lição de Ingo Wolfgang Sarlet: “*A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exem-*

⁷ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

(...)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

⁸ S. PIVETTA, *Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais e a relevância jurídica da escassez de recursos financeiros*, in D. HACHEM, E. GABARDO e E. SALGADO (Coord.), *Direito administrativo e suas transformações atuais: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, 2016, 123.

plo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos como intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.”⁹

Entretanto, o texto constitucional brasileiro protege o direito subjetivo de acesso à educação de maneira distinta, através de um desenho que não se encontra integralmente à disposição do administrador público. A margem de discricionariedade em matéria de educação é reduzida, pois a própria Carta se ocupa de estabelecer uma moldura mínima que não se sujeita a qualquer ponderação acerca da viabilidade econômica ou escassez de recursos públicos.

A estrutura protetiva dispensada pelo ordenamento brasileiro à educação revela a dupla natureza da garantia fundamental desenhada constitucionalmente. De um lado, há o aspecto orçamentário, que imputa ao Estado o dever de empregar recursos mínimos necessários à manutenção e ao desenvolvimento do ensino público. De outro, e umbilicalmente atrelado, está o dever do Estado de promover uma educação pública que respeite aos requisitos materiais de estrutura e conteúdo previamente traçados.

Se houvesse apenas o primeiro, seria possível a subversão da obrigação constitucional pela manipulação dos gastos. Já se houvesse apenas o segundo, seria possível esvaziar seu caráter impositivo pela subtração do custeio que lhe é inerente. Assim, a Constituição brasileira encontra equilíbrio ao impor um gasto mínimo com educação, ao mesmo tempo em que demanda uma estrutura educacional impositiva pautada em diretrizes e bases rígidas.

Delineado o escopo teórico sobre o qual se eleva a discussão ora apresentada, os tópicos subsequentes avançarão de maneira mais minuciosa sobre as duas dimensões atreladas à garantia constitucional do direito social à educação, primeiramente se atentando ao aspecto orçamentário de cunho formal e objetivo, cuja centralidade alcançada nos embates judiciais pode revelar sua insuficiência enquanto critério de eficiência, para, então, propor a análise centrada sobre o aspecto material do serviço educacional, principalmente quando a administração se

⁹ I. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 8. ed., Porto Alegre, 2007, 305.

utiliza da discricionariedade orçamentária para subverter valores basilares traçados na Constituição.

3. A judicialização da educação e a insuficiência do critério orçamentário

A natureza singular dos direitos sociais prestacionais, pela aproximação intrínseca à gestão administrativa e ao desenho de serviços públicos, implica em uma discussão natural acerca da esfera de justiciabilidade que lhes pode ser atribuída. Destarte, enquanto os direitos fundamentais negativos permitiriam a fácil tutela judicial para vedação da ação estatal comissiva, surge um embate quanto à possibilidade de imposição judicial de prestações ativas ao Estado, para suprir a insuficiência na prestação de direitos sociais.

Ainda assim, prevalece o entendimento quanto à possibilidade de movimentação da esfera judiciária para suprir falhas imputadas no cumprimento e efetivação das garantias constitucionais prestacionais. A convergência entre a obrigação de progressividade no regime dos direitos humanos sociais impostas pelo Pacto Internacional e a consolidação do mínimo existencial enquanto uma garantia nuclear e intransponível dos direitos sociais constitucionalmente tutelados permitiria a afirmação da plena justiciabilidade: *“Se a face prestacional dos direitos fundamentais, incluídos os direitos sociais, dependem de intervenção legislativa, a dimensão das prestações minimamente necessárias para uma existência digna compõe um direito subjetivo público, plenamente justiciável.”*¹⁰

A intervenção judicial, nesse sentido, admitiria duas vertentes. A primeira para assegurar uma prestação mínima consubstanciada em direito subjetivo público indisponível à administração. Ademais, em um segundo viés, para resguardar a proibição de retrocesso, assegurando a plena progressividade na tutela dos direitos sociais. De qualquer modo, em ambos os casos, resta afirmada a possibilidade de demanda judicial com o objetivo de obtenção de uma ação estatal positiva e fática: *“São, em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e,*

¹⁰ E. BITENCOURT NETO, *O direito ao mínimo para uma existência digna*, cit., 157.

*considerando a importâncias destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado, por força de disposição constitucional.*¹¹

No cerne da questão colocada pela judicialização de direitos sociais está a possibilidade de interferência sobre aquilo que se considera como espaço político de decisão do administrador público. Há muita margem para embates acerca do que pode efetivamente constituir o núcleo mínimo de tais garantias, lançando grande parte das considerações para uma zona cinzenta que não permite fácil definição. De um lado, há a pressão social para proteção máxima dos direitos postulados, de outro, há a pressão governamental exigindo respeito ao limite orçamentário e à discricionariedade necessária à construção de um sistema complexo de serviços públicos que se revele financeiramente viável.

Destarte, ainda que se afirme de maneira consensual pela justiciabilidade em matéria de direitos sociais, permanece existindo amplo embate acerca da compreensão exata da dimensão dada à apreciação pelo judiciário, especialmente quando implique em interferência na condução de políticas públicas. Não por outra razão, cogita-se uma aproximação, pela introdução do sistema de tutela dos direitos fundamentais, à racionalidade judicial ínsita ao *common law*, quando se admite ao juiz que opere um exercício de criação e densificação legal na interpretação da Constituição.¹²

O direito à educação, no entanto, conforme anteriormente demonstrado, se encontra em posição singular quando comparado aos demais direitos incluídos no rol constitucional das garantias sociais. Isso porque o constituinte brasileiro se ocupou não apenas de proteger e garantir o direito à educação em termos amplos, mas traçou um desenho exato dos elementos indispensáveis ao sistema educacional público e gratuito a ser implementado universalmente.

Há na Constituição uma preocupação não apenas com o conteúdo material daquilo que constitui a prestação do serviço público de educação no Brasil, mas também quanto à capacidade de custeio do sistema.

¹¹ P. LEIVAS, *Teoria dos direitos fundamentais sociais*, Porto Alegre, 2006, 86.

¹² E. BARBOZA e K. KOZICKI, *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*, in *Revista Direito GV*, 2012, v. 8, n. 1, 59-85, 63.

Dessa forma, a Constituição brasileira disciplina, em seu artigo 212, a obrigatoriedade de destinação de um percentual mínimo de 25% do valor arrecadado com impostos para a manutenção e desenvolvimento de serviços educacionais.¹³

O constituinte brasileiro limitou, portanto, a discricionariedade do administrador público em matéria orçamentária, restringindo sua capacidade de livre alocação de recursos. Se, usualmente, a construção de políticas públicas permitiria ao gestor dedicar maior ou menor atenção a setores distintos da sua agenda política, as amarras constitucionais impõem que a educação seja sempre prioritária em qualquer gestão, recebendo recursos mínimos e respeitando uma moldura básica que é impositiva.

A educação, ainda que componha o rol dos direitos sociais ao lado de outras tantas garantias, possui uma disciplina constitucional singular que limita ativamente a possibilidade de manipulação pelo gestor público. Mesmo na esfera infraconstitucional, a Lei nº 9.394/96, que dispõe acerca das diretrizes e bases da educação nacional no Brasil, amplia a garantia colocada constitucionalmente, elencando todos os gastos que se consideram incluídos e não incluídos para fins de análise do limite mínimo do artigo 212 da Constituição.¹⁴

¹³ Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

¹⁴ Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;

II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;

III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;

IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;

V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;

VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;

VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;

A adoção da estratégia de vinculação no custeio da educação pública não representa inovação da Carta brasileira de 1988, sendo um mecanismo com respaldo em sistemas estrangeiros e mesmo em sistemas implementados em Constituições anteriores. Entretanto, o modelo vigente é o mais compreensivo, inclusive com sistemas de subvinculação para erradicação do analfabetismo e universalização do acesso à educação.

Naturalmente, dada a centralidade e importância dos mecanismos de vinculação de receitas a despesas prioritárias, a discussão judicial acerca da tutela efetiva do direito social à educação passou a se concentrar em discussões emanadas dos Tribunais de Contas para análise do cumprimento dos limites constitucionais de gasto com o ensino público. A vinculação de receitas representou, à época, uma forma de proteção dispensada à área de educação que logrou garantir, mesmo em contextos de crise econômica mais graves, a efetiva destinação de recursos mínimos para ao setor.¹⁵ Entretanto, a despeito da absoluta relevância de tal mecanismo, o que se observa atualmente é a predominância da

VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com:

I - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão;

II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;

III - formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;

IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;

V - obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar;

VI - pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino.

¹⁵ J. CASTRO, *Financiamento da educação no Brasil*, in *Em Aberto*, Brasília, 2001, v. 18, n. 74, 11-32. Explica o autor: “Castro (1997) mostrou que a vinculação foi um dos principais determinantes para os gastos do MEC terem subido de 1,2% do Produto Interno Bruto (PIB), em 1980, para 1,9% do PIB, em 1989”.

discussão técnica orçamentária na judicialização de temas ligados à efetiva tutela do direitos social à educação.

A título exemplificativo, no Estado do Alagoas, o Ministério Público de Contas e o Ministério Público Estadual ajuizaram ação civil pública de improbidade administrativa, respaldada em possíveis violações no cálculo do gasto mínimo com educação pelo governo estadual.¹⁶ O ponto central da discussão instaurada residiu na inclusão de rubricas que não consistiriam em gasto efetivo com a manutenção e desenvolvimento do ensino, implicando em um falseamento do limite mínimo de gasto.

Tal situação denota um comportamento patológico do administrador público, que tenta incluir dentro do gasto mínimo previsto constitucionalmente o máximo de situações que possam ser formalmente enquadradas como educação pública. Dessa forma, ele se vale de despesas com servidores inativos e investimentos indiretos que acabam sendo usadas para inflar o percentual e permitir o preenchimento do requisito constitucionalmente colocado.

Ademais, há também margem para manipulação do numerário em operações de remoção e alocação de algumas verbas entre diferentes fundos, disponíveis ao gestor público, conforme sejam incluídos ou excluídos da base de cálculo para incidência do percentual constitucional. Assim, valores recebidos e destinados a fundos específicos podem acabar afetando no cálculo do valor mínimo e impactando na análise quantitativa dos recursos destinados ao custeio da educação.

Esse movimento de manipulação orçamentária em face da vinculação orçamentária imposta pela Constituição tem se revelado um fenômeno bastante disseminado na realidade brasileira, denotando uma pa-

¹⁶ Na apuração da prestação de contas de 2011, os Ministérios Públicos constataram que o ex-Governador se valeu de dois artifícios ilegais na tentativa de cumprir o dever de gasto mínimo com educação pública estadual. Em primeiro lugar, houve uma redução ilegal da base cálculo da receita pública sobre a qual é calculado o percentual de 25% de gasto mínimo, uma vez que foram deduzidos dela os valores destinados ao FECOEP (Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza), que deveriam obrigatoriamente compor a base de cálculo. A segunda ilegalidade constatada foi o registro indevido das despesas com servidores inativos da educação dentro da rubrica dos profissionais do magistério, contabilizando-a ilegalmente como efetivo gasto para a manutenção e desenvolvimento do ensino público. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. 16ª Vara Cível de Maceió/AL. 0800205-06.2016.8.02.0001.

tologia sistêmica no trato da obrigação constitucional, que resultou em diversas ações civis públicas ajuizadas para responsabilização dos gestores encarregados.¹⁷ Ademais, tal tendência demonstra a fragilidade do

¹⁷ Ação de improbidade administrativa. Fragmentação de despesa. Não aplicação de percentual mínimo de recursos na educação. Caracterização. 1. Comprovadas a fragmentação indevida de despesas e a não aplicação do percentual mínimo legalmente exigido em ações de educação, é de se manter a sentença que condenou o ex-gestor nas sanções da Lei de Improbidade Administrativa. 2. O julgamento das contas pela Câmara Municipal não condiciona a atuação do Poder Judiciário quanto à verificação da ocorrência de ato de improbidade administrativa. 3. Apelação conhecida e improvida. Unanimidade. (TJ-MA - AC: 00001778120128100068 MA 0255472017, Relator: Paulo Sérgio Velten Pereira, Data de Julgamento: 19/03/2019, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 01/04/2019).

Ementa – apelação cível – ação civil pública – improbidade administrativa – preliminar de cerceamento de defesa – proposta de parcelamento de honorários – recusa do expert – ausência de intimação – prejuízo não verificado – indeferimento prova pericial – preliminar afastada. Mérito – destinação de recursos financeiros para educação e saúde inferior ao mínimo constitucional – atentado contra legalidade e moralidade – improbidade administrativa verificada nos termos do art. 11 da lei 8.429/92 – sentença ultra petita – não verificada – sanções do art. 12 da lei 8.429/92 – proporcionalidade e razoabilidade – com o parecer ministerial – recurso conhecido e desprovido. I - Sem a demonstração de prejuízo processual, não há que se falar em cerceamento de defesa. II - Cabe ao Juiz, enquanto destinatário da prova, definir acerca da necessidade e utilidade da produção de provas para a formação do seu convencimento motivado, a teor do disposto no art. 130 CPC vigente à época (art. 370 CPC/15), não sendo obrigado a deferir a produção probatória quando verificar sua desnecessidade. III - Enquanto prefeito, detinha o múnus público de cumprir com preceitos legais vigentes, sobretudo aqueles designados à conservação da qualidade na prestação de serviços essenciais, destinando o mínimo constitucionalmente estabelecido para a efetivação dessas políticas, mas não o fez, e assim está configurado o ato ímprobo. IV - A inobservância da aplicação de percentual mínimo consagrado na Constituição Federal, tanto para educação como para a saúde, caracterizam vício insanável e ato doloso de improbidade administrativa, por violar os princípios da administração pública. V - Em se tratando de ação civil pública, não há que se falar em sentença ultra petita na aplicação da sanção, uma vez que cabe ao magistrado a dosimetria da pena dentro dos critérios estabelecidos pela legislação. Precedente STJ. VI - O magistrado deve sopesar a aplicação das sanções de acordo com a situação em concreto, podendo aplicá-las cumulativamente ou não. Sempre pautando-se pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Considerando a conduta e a extensão do dano. VII - Considerando a reprovabilidade da conduta do apelante que, pela inobservância de princípios constitucionais, manteve em desvantagem financeira serviços públicos essenciais - educação e saúde, somados ainda à reiteração da conduta ímproba, entendendo ser proporcional e razoável o valor da multa arbitrado pelo magistrado a quo,

critério objetivo colocado na Constituição, quando dissociado da análise substantiva e qualitativa do ensino público efetivamente prestado.

A ação movida contra o governador de Alagoas pelos gastos insuficientes em educação pública no ano de 2011 permite demonstrar a propensão natural de tradução da exigência de uma prestação mínima em matéria de direito social à educação na simples fiscalização do cumprimento do limitador de gastos previsto constitucionalmente. Tal ênfase se alinha à imposição pragmática advinda do sistema de fiscalização nacional, pautado primordialmente em Tribunais de Contas técnicos, cuja análise é centrada em discussões orçamentárias e fiscais.

Destarte, a facilidade na demonstração e a possibilidade de produção de prova contábil irrefutável tornaram a análise orçamentária o caminho necessário para a tentativa de judicialização em matéria de educação no Brasil. No caso do governo do Estado de Alagoas, a ação civil pública foi movida apenas após o prévio parecer emitido pelo Tribunal de Contas estadual, que rejeitou as contas prestadas pelo governador quanto ao ano em análise, nutrindo o Ministério Público com os cálculos e pareceres utilizados para embasar o pedido judicial de condenação por improbidade administrativa.¹⁸

O controle exercido, portanto, está centrado no aspecto formal, que alcança o embate quanto aos valores percentuais empregados no custeio do sistema educacional, sem que se precise enfrentar questões substantivas quanto à qualidade do serviço efetivamente prestado. É possível observar a inclinação primária dos órgãos de fiscalização à análise quantitativa, reduzindo o dever constitucional de promoção da educação pública ao simples dever de cumprimento da cláusula contida no artigo 212 da Constituição.

Entretanto, o aspecto material inerente à garantia da educação não é

consistente no valor de 30 vezes a última remuneração percebida no cargo. (TJ-MS - APL: 00000112920058120039 MS 0000011-29.2005.8.12.0039, Relator: Des. Amaury da Silva Kuklinski, Data de Julgamento: 21/03/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 25/03/2019).

¹⁸ No âmbito do Tribunal de Contas de Alagoas, o Ministério Público de Contas também já se posicionou pelo não acolhimento dos argumentos de defesa do ex-Governador e pela rejeição da prestação de contas do ano de 2011 (Processo TC n. 5165/2012), que aguarda o julgamento final pelo Pleno da Corte de Contas e tem como Relator o Conselheiro Anselmo Brito.

facilmente esquecido. Mesmo quando se discutiu a necessidade de responsabilização do Governador de Alagoas na ação civil de improbidade respaldada no elemento percentual objetivo, houve sempre remissão aos efeitos advindos do emprego insuficiente de recursos públicos, que se consubstanciavam em violações substantivas à garantia constitucional de educação: “O descumprimento do investimento constitucional mínimo em educação referido nesta ACP, relativamente ao ano de 2011, constitui negativa de materialização do direito à educação, dentro dos padrões de qualidade, continuidade e melhoria exigidos pela legislação. O fato constitui lesão irreparável ao direito à educação de mais de sessenta e sete mil alunos e materializa flagrante violação do princípio da proibição de retrocesso. Ressalte-se que não há medidas compensatórias que autorizem qualquer espécie de negociação quanto ao cumprimento do dever constitucional de gasto mínimo em educação, pois os cidadãos prejudicados com a reiterada improbidade governamental não têm como recuperar a oportunidade de crescimento que lhes foi negada pela redução do percentual ora discutido e nem há como reparar o risco a que ficaram expostos em decorrência disso, como violência e abuso de toda a sorte, inclusive sexual e de morte, que não se apagam com o cumprimento a destempo da obrigação estabelecida pelo artigo 212 da Constituição Federal.”¹⁹

A análise dos argumentos aventados para a oposição da ação civil pública demonstra a evidente utilização do critério objetivo de vinculação constitucional de tributos como o caminho para resguardar a progressividade do sistema e para resguardar, inclusive, a prestação substantiva de um serviço público educacional de qualidade. O respeito ao gasto percentual mínimo com educação significaria, assim, um critério objetivo de presunção de efetividade da garantia constitucionalmente posta.

Em outras palavras, a interpretação dispensada ao requisito formal do artigo 212 da Constituição brasileira autorizou que o controle sobre a adequada prestação do ensino público se concentrasse em uma análise estrita do cumprimento da ordem de emprego do percentual mínimo de 25% sobre arrecadação com impostos. O emprego do valor percentual previsto na Constituição passou a repercutir sobre a própria construção

¹⁹ 16ª Vara Cível de Maceió, 27/05/2018, Ação Civil Pública, 2016, 0800205-06.2016.8.02.0001.

do mínimo existencial demandado em termos de educação pública. Se foram empregados os recursos, então restou garantido o mínimo necessário à tutela educacional, sujeitando-se as demais questões à reserva do possível e ao limite orçamentário discricionário.

Destarte, a simples inobservância critério numerário constitui, na esteira da interpretação conferida pelo Tribunal Superior Eleitoral brasileiro, causa suficiente para a responsabilização do agente público²⁰. A

²⁰ Recurso especial eleitoral. Eleições 2012. Inelegibilidade. Art. 1º, i, g, da LC 64/90. Não aplicação. Percentual mínimo recursos. Educação. Art. 212 CF/88. Irregularidade insanável. Ato doloso. Improbidade administrativa. Negado provimento. 1. A educação é direito indisponível, prioritariamente garantido, na esfera municipal, para o ensino infantil e fundamental (art. 211, § 2º, da CF/88) e imune à discricionariedade do agente político. Precedente do STF. 2. A desaprovação de contas de prefeito, por meio de decreto legislativo, em virtude da não aplicação do percentual mínimo de 25% exigido pelo art. 212 da CF/88, configura irregularidade insanável e ato doloso de improbidade administrativa, incidindo a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC 64/90. Precedente. 3. Na espécie, é incontroverso que o recorrente deixou de aplicar em educação 10% dos 25% exigidos pelo art. 212 da CF/88, irregularidade insanável e hipótese de violação de princípios da administração pública. Configurou-se, ainda que em tese, o ato doloso de improbidade administrativa previsto no art. 11, II, da Lei 8.429/92. Recurso especial não provido. (TSE - REspe: 24659 SP, Relator: Min. Fátima Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 27/11/2012, Data de Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 27/11/2012).

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Eleições 2012. Registro de candidatura. Prefeito. Inelegibilidade. art. 1º, i, g, da lei complementar 64/90. Não aplicação. Percentual mínimo. Recursos. Educação. Irregularidade insanável. Ato doloso de improbidade administrativa. art. 11, ii, da lei 8.429/92. Desprovimento. 1. A desaprovação de contas de prefeito, por meio de decreto legislativo, em virtude da não aplicação do percentual mínimo de 60% da receita do FUNDEB em favor da remuneração do magistério de educação básica, conforme preceitua o art. 60, XII, do ADCT, configura irregularidade insanável e ato doloso de improbidade administrativa, incidindo a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC 64/90. 2. Com relação ao elemento subjetivo, não se exige o dolo específico de causar prejuízo ao erário ou atentar contra os princípios administrativos. O dolo, aqui, é o genérico, a vontade de praticar a conduta em si que ensejou a improbidade. 3. Este Tribunal, na sessão jurisdicional de 13.12.2012, ao julgar o REspe 263-20/MG, Redator Designado Min. Marco Aurélio, decidiu por maioria de votos que os fatos supervenientes à propositura da ação, que influenciem no resultado da lide, só podem ser considerados até o julgamento em segundo grau de jurisdição, não sendo possível a arguição destes em sede de recurso especial. 4. Agravo regimental não provido. (TSE - AgR-REspe: 43898 SP, Relator: Min. Fátima Nancy Andrighi, Data de

exigência de dolo respaldado em uma análise material e compreensiva do serviço educacional prestado é, portanto, mitigada, prevalecendo a interpretação segundo a qual a inobservância do critério constitucional de gasto mínimo em educação é considerada violação insanável, havendo prejuízo à sociedade que é presumido.

Ainda que o movimento de enrijecimento e vinculação constitucional do orçamento público para a educação seja um instrumento importante de garantia de efetivação de direitos básicos através da sua inerente necessidade de custeio, o que se cogita é a insuficiência desse critério diante dos demais elementos compreendidos dentro do desenho constitucional brasileiro. Se o gasto mínimo representa um limite do qual não pode se esquivar o gestor público, tal não pode ser o único critério a lhe ser imposto, sob pena de tornar inócua as demais provisões colocadas no texto da Constituição.

No âmbito do Ministério Público, é possível observar a introdução de mecanismos de direcionamento das ações civis de improbidade não limitadas apenas às hipóteses de descumprimento formal do percentual mínimo de gasto. O que se observa, para além do critério percentual objetivo, é a devoção de atenção para hipóteses de má-aplicação dos recursos, mediante análise compreensiva dos resultados obtidos pelos gestores com o sistema educacional desenhado.²¹

Julgamento: 05/03/2013, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 73, Data 19/04/2013, 48).

²¹ Recomendação 44 de 2016 do CNMP: Leis orçamentárias preveem gasto mínimo em educação? Se não, representar pela sua inconstitucionalidade; A execução orçamentária cumpriu o patamar de gasto mínimo em manutenção e desenvolvimento do ensino em suas três vertentes (1. 25% de impostos e transferências, 2. aplicação dos recursos recebidos do FUNDEB e 3. 60% do FUNDEB na valorização do magistério)? Se não, demandar, já para o exercício seguinte, medida compensatória do déficit diagnosticado no parecer prévio do TCE/SP e/ou no julgamento das contas da Câmara, sob pena de suspensão de transferências voluntárias, na forma do art. 25, § 1º, IV, alínea “b” da LRF; intervenção na forma do art. 35, III da CR/1988 e responsabilização no âmbito do art. 1º, I, alínea “g” da LC 64/1990 e do art. 208, § 2º da Constituição de 1988; Embora a execução orçamentária tenha atingido o patamar mínimo de gasto em educação, os resultados de IDEB da rede pública municipal que atestam a qualidade do ensino têm se revelado abaixo da média nacional e regressivos ao longo do tempo? Se sim, propor ao gestor público municipal a adoção da estratégia 7.6 da Lei Federal nº 13.005/14 (novo PNE) e, em havendo recusa pela Prefeitura de tal estratégia de cooperação federativa com a União e com o Estado, encaminhar análise para eventual discussão de

De fato, sem que se enfrente a dimensão substantiva e material do direito social à educação, não será possível afirmar peremptoriamente a eficiência e eficácia da garantia constitucional, pois ainda que se destine o mínimo de recursos previsto, haverá sempre margem para a subversão dos valores, afetando diretamente a qualidade do serviço que é prestado. A justiciabilidade dos direitos sociais, nessa seara, não pode ser traduzida singularmente como a possibilidade de responsabilização judicial do gestor público pelo cumprimento dos parâmetros objetivos de gasto mínimo constitucionalmente colocados. Ainda que tais limites integrem a concepção de mínimo existencial, a complexidade do desenho constitucional demanda que tal critério seja subdividido em sua dimensão orçamentária e substantiva.

O controle exercido sobre a efetivação do direito social à educação não pode se limitar ao fator orçamentário formal, devendo avançar, sempre que necessário, à investigação do cumprimento das diretrizes lançadas pela Constituição como elemento indispensável do desenho constitucional do sistema público de educação. Dessa forma, a parte final deste artigo abordará justamente a dimensão substantiva encapsulada na garantia constitucional à educação, evidenciando a importância do controle sobre aspectos materiais do sistema de educação, especialmente em face do emprego, por atais gestores públicos, de argumentos de escassez de recursos e discricionariedade em escolhas prioritárias como mecanismo para a subversão do sistema.

improbidade administrativa pela má aplicação dos recursos públicos; Embora a execução orçamentária tenha atingido o patamar mínimo de gasto em educação e os resultados de IDEB da rede pública municipal não sejam regressivos, há descumprimento de obrigações legais de fazer, fixadas pelo legislador com prazo de execução, seja no novo PNE e em outras legislações, como, por exemplo, pagamento do piso remuneratório para os profissionais da educação, a elaboração e/ou atualização do Plano Municipal de Educação à luz do novo PNE, a universalização de acesso ao ensino infantil pré-escolar etc? Se sim, encaminhar análise para eventual discussão de improbidade administrativa pela inadequada aplicação dos recursos públicos em face do descumprimento das obrigações legais de fazer, cujo lapso temporal para seu atendimento já tenha se escoado.

5. *A discricionariedade como ferramenta de subversão do sistema educacional brasileiro*

A introdução do princípio da progressividade como norma reitora para o sistema de proteção dos direitos sociais em cartas internacionais, especialmente no Pacto Internacional firmado junto à ONU, impôs uma dimensão de caráter substantivo ao controle exercido sobre o a adequada efetivação dos direitos sociais previstos.²² Dessa forma, houve uma afirmação clara acerca da insuficiência do critério estritamente orçamentário, ressaltando a importância de exigências qualitativas na prestação dos direitos sociais básicos à população.

A questão inerente aos limites do controle exercido sobre a definição e implementação de serviços públicos – que, de um lado, são constitucionalmente tutelados e, de outro, enquanto serviços públicos, sujeitar-se-iam à discricionariedade administrativa – demanda solução. Não por outra razão, as análises dispendidas quanto ao ativismo e à autocontenção judicial buscaram evidenciar a importância da exaustividade do desenho constitucional na definição da esfera de controle sobre as escolhas do gestor público. Assim, o âmbito de ingerência e fiscalização passa a ser maior conforme forem maiores as exigências colocadas na Constituição, demandando o cumprimento estrito do desenho traçado.²³

No Brasil, o constituinte se ocupou principalmente da garantia à chamada “educação básica”, impondo a obrigatoriedade e gratuidade do sistema a ser colocado universalmente ao alcance da população. A Lei nº 9.394/96, ao estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional, cristaliza a imposição constitucional, afirmando as garantias de educação infantil, de ensino fundamental e de ensino médio.

O acesso à educação superior, nessa seara, se encontraria fora da garantia impositiva, cogitando-se sua ausência na construção do desenho mínimo da educação pública brasileira. Entretanto, ainda que haja preferência pela tutela da educação básica na definição do mínimo existencial em matéria educacional, a progressividade do sistema dos direitos

²² R. CALDAS, *Há progressividade e não retrocesso nos direitos humanos sociais no Brasil?*, in *Revista TST*, 2017, v. 83, n. 3, 226.

²³ L. BARROSO, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, in *(SYN)THESIS*, 2012, v. 5, n. 1, 23–32.

fundamentais sociais implica na existência de uma dimensão mínima de proteção também deferida ao ensino superior público.

Em 2019, sob o argumento da necessidade de contingenciamento de gastos, se observou o primeiro movimento de ataque às universidades públicas pelo governo federal do Presidente Jair Bolsonaro. Naquela ocasião, houve um corte de 28,46% sobre o total das verbas orçadas para o setor de educação pelo executivo federal, distribuído de maneira claramente inequânime: “O corte realizado nas dotações das universidades correspondeu a 35,9% da redução total realizada nas despesas do Ministério da Educação, que ficou em R\$ 5,714 bilhões, mostrando que o governo escolheu as verbas destinadas ao ensino superior como o principal alvo do contingenciamento.”²⁴

Ademais, quando considerada a proporção dos cortes de maneira isolada, houve variação entre 12,79% e 52,47% para diferentes instituições, demonstrando a parcialidade no direcionamento do contingenciamento. Assim, o congelamento de verbas se revelou como ferramenta propícia para afetar de maneira distinta as diferentes universidades. Posteriormente, diante de fortes manifestações da sociedade civil contrárias à política, houve recuo do governo com manutenção integral do orçamento.

A política adotada pelo Ministério da Educação brasileiro sob o comando do Ministro Abraham Weintraub é de constante embate com as universidades públicas. No curso do governo que se iniciou em janeiro de 2019, registraram-se reiteradas passagens e entrevistas com acusações por parte da administração executiva, contrárias à gestão universitária, demonstrando irresignação do executivo federal com a autonomia concedida ao ensino superior público brasileiro.²⁵

Em março de 2020, sob ordem do MEC, a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior introduziu, mediante Portaria nº 34/20, a alteração nos critérios de distribuição de bolsas para estudantes de pós-graduação, implicando em extensivo corte na ferramenta de custeio para programas avaliados nos extratos inferiores, de nível 3 e 4. Dessa forma, o governo busca se exonerar da responsabili-

²⁴ R. OLIVEIRA, *Corte em universidade chega a 52% da verba*, in *Valor Econômico*, 2019.

²⁵ K. DUNDER, *Weintraub afirma que universidades são "centros de drogas"*, in *R7*, 2019.

dade de promoção e incentivo igualitário, para suprir os déficits constatados, direcionando o orçamento em privilégio de cursos mais bem avaliados.²⁶

Não obstante, os critérios de redistribuição e corte de verbas têm reiteradamente denotado a repartição desproporcional dos ônus não apenas em função da avaliação e prestígio das instituições de ensino, mas, principalmente, em desfavor de áreas do conhecimento e de regiões geográficas específicas. O orçamento é usado, assim, em prol de uma agenda política de perseguição aos grupos vítimas dos ataques da equipe ministerial do governo Bolsonaro, que identifica certas áreas do conhecimento e certas circunscrições geográficas como redutos de pensamento crítico e, portanto, possíveis adversários a serem combatidos.

Não por outra razão, em 23 de abril de 2020, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico publicou edital para ofertar 25 mil bolsas de pesquisa, excluindo cursos de áreas como educação, direito, economia, ciências sociais e filosofia, incluindo apenas as ciências ditas exatas.²⁷ O que se observa por detrás do discurso governamental de escassez de recursos e discricionariedade administrativa na preferência pelo endosso de pesquisas tecnológicas de retorno imediato, é a manutenção de uma perseguição sistêmica contra grupos e campos de pensamento crítico.

O uso do orçamento e da própria ferramenta de vinculação constitucional contemplada na Carta de 1988 por governos brasileiros recentes demonstra a capacidade evidente de subversão da garantia em prol de uma abordagem claramente abusiva.²⁸ Destarte, o governo diz que está formalmente cumprindo a Constituição e empregando verbas necessárias ao custeio da educação pública, entretanto, a forma como o destina e as amarras que busca introduzir demonstram sua preocupação central de tolhimento da autonomia educacional e da capacidade de nutrir um ensino crítico e humanitário.

Tal movimento está intimamente associado ao fenômeno do constitucionalismo abusivo descrito originalmente por David Landau, especi-

²⁶ C. MADEIRO, *Capes altera critérios de bolsas de pesquisas; entidades temem cortes*, in *Portal UOL Educação*, 2020.

²⁷ P. SALDAÑA, *Governo Bolsonaro exclui humanas de edital de bolsas de iniciação científica*, in *Folha de São Paulo*, 2020.

²⁸ S. LEVITSKY e D. ZIBLATT, *Como as democracias morrem*, Rio de Janeiro, 2018.

almente quando demonstra a possibilidade de violação à democracia liberal dentro dos próprios marcos constitucionais.²⁹ Em sentido análogo, Kim Lane Scheppele descreve o mesmo processo usando o termo *democratura*³⁰, para evidenciar a posição de líderes autocráticos³¹ na manipulação dos marcos da democracia em favor de projetos de opressão específicos: “De um lado, os líderes populares obtêm mandatos por meio de eleições, porém se utilizam do poder, das competências e dos institutos constitucionais para restringir a separação dos poderes, a transparência no trato com a coisa pública e as liberdades constitucionais especialmente de grupos opositoristas, de grupos da sociedade civil, de mecanismos de comunicação social e de coletivos.”³²

O uso político das ferramentas orçamentárias, principalmente quando afetam a consolidação de garantias constitucionais sociais, podem se inserir na dinâmica autocrática e autoritária de novos governos.³³ Nesse contexto, a construção de um discurso público enfático contrário às universidades públicas e sua autonomia de ensino e gestão busca justamente posicionar os pesquisadores e as pesquisas produzidas no campo crítico das ciências ditas humanas como inimigas.

O governo de Jair Bolsonaro nunca escondeu que, a despeito da discussão formal, seu objetivo último é o de influenciar e direcionar aspectos substantivos do ensino público brasileiro, em todos os níveis, ainda que concentre ataques ao ensino superior. Ilustrativo é o caso da cruzada movida contra a suposta “ideologia de gênero” que predominaria no âmbito da educação pública brasileira, tendo culminado com o

²⁹ D. LANDAU, *Abusive Constitutionalism*, in *UC Davis Law Review*, 2013, v. 189, n. 47.

³⁰ K. SCHEPPELE, *Worst Practices and the Transnational Legal Order (Or How to Build a Constitutional “Democratorship” in Plain Sight)*, in *Background paper: Wright Lecture*, Toronto, 2016.

³¹ K. SCHEPPELE, *Autocratic Legalism*, in *The University of Chicago Law Review*, 2018, v. 85, n. 2, 545–583.

³² E. BARBOZA e I. ROBL FILHO, *Constitucionalismo Abusivo*, in *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, 2019, v. 12, n. 39, 79–97, 85.

³³ Nesse sentido, convém o estudo realizado quanto aos marcos da autocracia evidentes no governo do Presidente Jair Bolsonaro: E. BARBOZA e A. INOMATA, *Constitucionalismo Abusivo e o Ataque ao Judiciário na Democracia Brasileira*, in L.G.A. CONCI e R. DIAS (org.), *Crise das democracias liberais*, Rio de Janeiro, 2019.

anúncio pelo, em maio de 2020, acerca da propositura de uma nova legislação ao Congresso, buscando proibir tal conduta.³⁴

A situação vivida hoje no Brasil demonstra a importância do constitucionalismo liberal enquanto projeto ativo e militante³⁵ na proteção das garantias constitucionais em seu aspecto material e substantivo. Dessa forma, o crescente uso do argumento de escassez de recursos e de crise econômica, como corolário para a defesa da discricionariedade administrativa na condução de políticas públicas essenciais, ainda que importantes quando se fala de direitos prestacionais, não pode obstar a concretização substantiva das garantias colocadas: *“Embora se saiba, por outro lado, que a simples previsão de direitos sociais nos textos constitucionais, mas também nas leis, não é suficiente, por si só, para que se possa ter assegurada a sua efetiva fruição, bem como se tenha presente que o fenômeno da escassez não pode ser pura e simplesmente desconsiderado pelo Direito, o fato é que o direito – inclusive o princípio da proibição de retrocesso social – pode ser um fato poderoso para prevenir ou reduzir o impacto da crise, notadamente quando se cuida de assegurar níveis mínimos de igualdade de oportunidades e impor ao Estado obrigações de controle do desperdício, transparência, informação, entre outras. Além disso, é perceptível que a proteção jurídico-constitucional dos direitos sociais, inclusive e em especial na sua condição de direitos a prestações, tem sido um fato relevante tanto como pauta permanente de reivindicações na esfera das políticas públicas quanto como poderoso instrumento para, na ausência ou insuficiência daquelas, ou mesmo pela falta de cumprimento das próprias políticas públicas, propiciar o designado “empoderamento” do cidadão individual e coletivamente considerado para uma ação concreta, ainda que nem sempre idealmente efetiva e, muitas vezes, mais simbólica.”*³⁶

Ainda que os direitos sociais possam ser facilmente definidos em seu aspecto objetivo formal, enquanto mera disponibilização do serviço público e mediante atenção ao gasto mínimo estabelecido, a sua tutela somente pode ser plena quando associada à dimensão material que lhe é

³⁴ G. MAIA, *Bolsonaro anuncia que vai enviar projeto de lei ao Congresso para proibir 'ideologia de gênero'*, in *O Globo*, 2020.

³⁵ J.W. MÜLLER, *Militant Democracy*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Londres, 2012.

³⁶ I. SARLET, *Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações*, in *Espaço Jurídico Journal of Law*, 2015, v. 16, n. 2, 459–488, 483.

inerente. Isso quer dizer que, ainda que formalmente e procedimentalmente se destinem recursos mínimos à implementação dos direitos sociais, devem ser respeitados os traços constitucionais que impõem balizas de progressividade, equidade e autonomia ao sistema.

O orçamento público é, naturalmente, uma ferramenta indispensável ao gestor na construção de políticas públicas e na implementação de serviços essenciais, tendo obtido atenção especial no ordenamento brasileiro desde o advento da Constituição de 1988, que buscou redesenhar o quadro ditatorial com maior vinculação e transparência.³⁷ Entretanto, é imperativo o reconhecimento de que, sozinho, o critério formal pode ser facilmente subvertido e convertido em um instrumento ativo à serviço do autoritarismo e da autocracia.

A discricionariedade conferida ao gestor público na implementação de direitos sociais não pode ser erroneamente convertida em uma abstenção de controle material sobre o conteúdo e desenho do sistema implementado. Se a própria Constituição traz exaustivos princípios e diretrizes a nortearem a prestação de serviços públicos essenciais, trata-se de um elemento indispensável cuja fiscalização deve ser igualmente assegurada.

Quando se fala em educação pública superior no Brasil, a autonomia de ensino e gestão, bem como a progressividade e isonomia no trato das diferentes instituições e das diferentes áreas do saber, integram a garantia social básica traçada no texto constitucional. A construção de um discurso de oposição e luta contra o saber técnico e crítico revela uma posição autocrática evidente no atual governo do Presidente Jair Bolsonaro, que não pode ser admitida, ainda que busque se esconder por detrás de um aparente cumprimento formal de requisitos colocados na Constituição.

O uso do orçamento público discricionário em detrimento da autonomia universitária e, principalmente, para promover perseguição contra determinados grupos que promovem discussões críticas contrárias aos interesses e políticas governamentais, denota prática de constitucionalismo abusivo e de evidente cunho autocrático. De tal sorte, o contro-

³⁷ C. ABREU e L. CÂMARA, *O orçamento público como instrumento de ação governamental: uma análise de suas redefinições no contexto da formulação de políticas públicas de infraestrutura*, in *Revista de Administração Pública*, 2015, v. 49, n. 1, 73–90.

le e judicialização em matéria de direito social à educação deve compreender a necessidade de superação do marco formal orçamentário, para permitir a promoção de embates compreensivos acerca do conteúdo material mínimo assegurado pelo texto constitucional.

6. Conclusão

O presente artigo logrou demonstrar a imbricação natural entre a tutela do direito social à educação pela Constituição brasileira de 1988 e a discussão acerca da sua efetivação, através de embates que se alternam entre a ideia de discricionariedade administrativa na implementação de serviços públicos e a necessária proteção de um núcleo mínimo à garantia colocada no texto constitucional.

A análise devotada ao fenômeno da judicialização da educação dentro da realidade jurídica brasileira evidenciou a inclinação existente ao movimento de simplificação da garantia social à educação, traduzida enquanto aplicação mínima do gasto percentual obrigatório com a manutenção do sistema público educacional. Entretanto, a mesma análise indicou, igualmente, a insuficiência do vetor orçamentário como ferramenta de controle, diante de inúmeras possibilidades de falseamento e alteração ficta dos gastos efetivamente dispensados.

O ponto central do artigo, portanto, residiu na problematização do mecanismo de discricionariedade na gestão orçamentária diante de um quadro atual que aponta para uma manifesta subversão das próprias estruturas constitucionais limitadoras e impositivas em prol de uma agenda política autoritária e autocrática. Nesse contexto, a análise de reiteradas medidas adotadas pelo governo do Presidente Jair Bolsonaro evidenciou a utilização do mecanismo orçamentário discricionário em prol do dismantelamento de garantias substantivas básicas, como a autonomia universitária e a isonomia no trato do saber científico, cuja tutela substantiva também pode ser atribuída à Constituição.

A conclusão, portanto, aponta para a valorização do aspecto substantivo atribuído ao direito social à educação pela Carta brasileira, impondo o exercício de um controle que supere as amarras formais de discricionariedade e vinculação, em prol da preservação dos aspectos materiais mínimos necessários à manutenção de um sistema educacional

público autônomo e crítico. Tal concepção deve caminhar, inclusive, pela assunção de uma postura ativa e militante por parte da academia na defesa do projeto constitucional liberal que, tolhido de seus valores substantivos – ainda que os golpes lhe sejam dispensados sob o véu da legalidade formal – sucumbirá completamente à autocracia.

LA DIRIGENZA PUBBLICA PROFESSIONALE
IN SPAGNA:
UNA DISCIPLINA MERAMENTE FORMALE
E PRIVA DI CONTENUTI*

di Àlex Grau i Orts e Josep Ramon Fuentes i Gasó

“È proprio della ‘dirigenza’ scegliere la più giusta delle opzioni dopo averle considerate partendo dalla propria responsabilità e dall’interesse del bene comune; per questa strada si va al centro dei mali della società per vincerli anche con l’audacia di azioni coraggiose e libere. È nostra responsabilità, pur sempre limitata, questa comprensione di tutta la realtà, osservando, soppesando, valutando, per prendere decisioni nel momento presente, ma allargando lo sguardo verso il futuro, riflettendo sulle conseguenze delle decisioni. Chi agisce responsabilmente colloca la propria azione davanti ai diritti degli altri e davanti al giudizio di Dio. Questo senso etico appare oggi come una sfida storica senza precedenti, dobbiamo cercarlo, dobbiamo inserirlo nella stessa società. Oltre alla razionalità scientifica e tecnica, nella situazione attuale si impone il vincolo morale con una responsabilità sociale e profondamente solidale”, PAPA FRANCESCO, 2013¹.

“La funzione dirigenziale è profondamente mutata nel corso delle riforme degli anni 90: passando da un sistema che riservava agli organi politici l’adozione di ogni manifestazione di volontà imputabile all’ente, al principio che attribuisce ai dirigenti ‘tutti i compiti, compresa l’adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l’amministrazione verso l’esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto’ tra le funzioni di indirizzo e controllo riservate agli organi di governo”, LUCIANO VANDELLI, 2018².

SOMMARIO: 1. Prefazione. – 2. Introduzione. – 3. La dirigenza pubblica. – 4. Lo *status* giuridico della funzione dirigenziale. – 5. Il quadro normativo ai vari livelli amministrativi. – 6. La responsabilità dei dirigenti pubblici. – 7. Alcuni esempi. – 8. La dirigenza pubblica professionale negli enti locali. – 9. Il futuro della funzione dirigenziale. – 10. Riflessioni finali.

* In omaggio al grande Maestro, Luciano Vandelli, Bologna, 3.7.1946 - + 22.7.2019.

¹ PAPA FRANCESCO, *Incontro con la classe dirigente del Brasile. Discorso del Santo Padre Francesco*, Teatro Municipale, Rio de Janeiro, 27 luglio 2013, http://www.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2013/july/documents/papa-francesco_20130727_gmg-classe-dirigente-rio.pdf.

² L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, 7° ed., Bologna, 2018, 278.

1. Prefazione

In ogni democrazia moderna si possono distinguere due livelli di governo: quello della politica e quello della dirigenza pubblica professionale³. Il primo è costituito da tutti coloro che sono stati eletti o nominati politicamente e che appartengono ai partiti o sono altrimenti riconducibili agli stessi. Il secondo è composto da professionisti in carriera o reclutati sulla base di procedimenti variamente disciplinati⁴.

Negli ultimi anni, molti Stati hanno istituito un livello dirigenziale professionale all'apice dell'Amministrazione pubblica che funge da elemento di collegamento tra il potere politico e la burocrazia: questo è quello che è stato chiamato il *Senior Civil Service* o "funzione dirigenziale professionale". Per BLANCO GAZTÁÑAGA, "*la definición y la amplitud de la función directiva, la selección de sus miembros y su estatuto han sido y continúan siendo objeto de un amplio debate. Las soluciones que se han adoptado en los diferentes países están en gran medida vinculadas a su tradición histórica y constitucional y al sistema de relaciones entre la Administración y el Gobierno*"⁵.

Questo passaggio, sostiene PIN ARBOLEDAS, è "*una interfase necesaria pero difusa. No es pura. Una parte de esta interfase está compuesta por*

³ L'uso dell'aggettivo "professionale" (al quale contrapponiamo quello di "politico") fa riferimento al dato caratteristico inerente la disciplina del reclutamento e dello status giuridico della dirigenza pubblica, nella misura in cui i dirigenti pubblici dovranno essere nominati tenendo conto dei principi di merito e capacità, secondo criteri di idoneità, attraverso procedure selettive che garantiscano la pubblicità e la concorrenza, saranno inamovibili, per tanto, l'accesso e la continuità nella posizione dirigenziale non dipenderà da criteri meramente politici. *Vid. in totum*, R. CATALÁ POLO, *Directivos públicos*, in *Revista Presupuesto y Gasto Público*, n. 41, 2005, 211-226. C. RAMIÓ MATAS, *El model directiu a les entitats locals*, in *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, J. GIFREU I FONT e J. R. FUENTES I GASÓ, *Associació Catalana de Municipis i Comarques (ACM)*, 2009, 705-725. Anche J. M. CANALES ALIENDE e A. ROMERO TARÍN, *Los nuevos valores de la función pública del siglo XXI y su incidencia en los procesos de selección, formación y promoción de los directivos públicos*, in J. M. CANALES ALIENDE, A. ROMERO TARÍN (coord.), *Estudios sobre la nueva cultura y valores del empleo público*, 2018, 67-106.

⁴ J. R. PIN ARBOLEDAS, *¿Qué directivos públicos necesitamos?*, in *Nueva revista de política, cultura y arte*, n. 154, 2015, 48.

⁵ C. BLANCO GAZTÁÑAGA, *La figura del directivo público profesional: reclutamiento y estatuto*, in *Documentación Administrativa*, n. 286-287, gennaio-agosto 2010, 180.

*profesionales con un tinte político, la otra por profesionales con un tinte administrativo. Su selección, en España, corresponde a los políticos, y en ella intervienen criterios de diverso tipo, como la afinidad ideológica o la competencia técnica. Según predominen unos u otros criterios, esa interfase intermedia es de la zona más profesional o más política”*⁶. Poiché il dirigente pubblico è un ponte tra la sfera politica e quella tecnico-burocratica, uno dei suoi obiettivi è quello di fungere da collegamento tra entrambi i campi, permettendo al politico di avere tutte le informazioni necessarie per l'adozione delle decisioni più adeguate nella consapevolezza dei possibili inconvenienti o difficoltà che possono sorgere nell'attuazione delle varie politiche pubbliche⁷.

L'evoluzione della regolamentazione della dirigenza pubblica in Europa⁸ è stata piuttosto disomogenea; la Spagna ha infatti tardato nello sviluppo di un sistema dirigenziale pubblico. Per questo motivo è stata classificata nelle ultime posizioni (29 su 34) nel Rapporto dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) del 2011. Ciò è dovuto, soprattutto, alla mancanza di un sistema specifico per i dirigenti pubblici e a carenze nei sistemi di selezione e di controllo delle loro competenze, condividendo, inoltre, con l'Italia, una debole risposta istituzionale riguardo al problema di una dirigenza troppo dipendente dalla volontà politica⁹. Questa problematica, peraltro, si presenta anche in Germania seppur con i limiti alle facoltà di libera nomina dei dirigen-

⁶ J. R. PIN ARBOLEDAS, *¿Qué directivos públicos necesitamos?* cit., 48.

⁷ C. BLANCO GAZTAÑAGA, *La figura del directivo público profesional: reclutamiento y estatuto*, cit., 184.

⁸ R. JIMÉNEZ ASENSIO, *La Dirección Pública: perspectiva comparada y diagnóstico de la situación en España*, in R. JIMÉNEZ ASENSIO, M. VILLORIA MENDIETA, A. PALOMAR OLMEDA, *La dirección pública profesional en España*, Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP), Madrid – Barcelona - Buenos Aires, 2009, 9-64.

⁹ *Vid. in totum* la pregevole monografia di C. CELONE, *La Responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, in cui analizza a lungo lo status giuridico del dirigente pubblico italiano e, in particolare, il sistema di responsabilità per l'esercizio delle sue funzioni. *Vid. anche* C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza pubblica: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione?*, in *Rivista trim. dir. pubbl.*, n. 1, 1994, 151-208. S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la 'riforma Brunetta': verso un equilibrio tra distinzione e fiducia?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1, 2010, 39-44.

ti pubblici derivate dalla c.d. “*politische Beamte*”¹⁰, secondo l’opinione esposta da BRIONES GAMARRA¹¹.

In questo quadro, ARENILLA SÁEZ mette in evidenza come il nuovo *management* pubblico sia impegnato nel porre in essere una nuova concezione della pubblica amministrazione, differenziando chiaramente tra politica e amministrazione e configurando i dirigenti pubblici come *manager*, in modo che “*estos no son responsables, como lo son los políticos, pero sí imputables*”¹². In relazione al modello italiano, il Maestro LUCIANO VANDELLI in merito alla “separazione tra politica e amministrazione” osservava che “*il ruolo dei dirigenti si incentra, anzitutto, nella direzione degli uffici e dei servizi, secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti. I quali, nel riservare i poteri di indirizzo e di controllo agli organi di governo, devono rispettare – e applicare in termini concreti – il principio secondo cui la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo*”¹³.

Infine, ci sembra opportuno richiamare la riflessione della Camera dei Lords del Regno Unito sul *Civil Service* che, dopo aver affermato, nel

¹⁰ I “*politische Beamte*” o funzionari politici ricoprono cariche, il cui esercizio richiede la costante conformità alle opinioni e agli obiettivi politici fondamentali del governo. L’istituzione del funzionario politico ha lo scopo di garantire, nelle posizioni chiave, il costante rispetto della politica del governo e il buon funzionamento del rapporto tra il vertice politico e l’amministrazione (art. 54 della *Bundesbeamtenengesetz* de 14 luglio 1953 (BBG, Legge sul pubblico impiego federale) e art. 30.1 della *Beamtenstatusgesetz* de 17 giugno 2008 (*BeamtenStG*, Legge che regola lo status dei funzionari pubblici nei *Länder*)). <https://www.dbb.de/lexikon/themenartikel/p/politische-beamte.html>. LINDNER definisce un funzionario politico come “*ein Beamter, der jederzeit in den einstweiligen Ruhestand (früher: „Wartestand“) versetzt werden kann. Er gehört seit dem 19. Jahrhundert zum festen Inventar des Beamtenrechts. „Politischer Beamter“ war bis vor kurzem allerdings weniger ein Rechtsbegriff, sondern eine nicht rechtsförmliche Begriffsbildung zur Charakterisierung eines Phänomens an der sog. „Schnittstelle“ zwischen (Regierungs-)Politik und Exekutive (insbesondere in der Ministerialverwaltung)*”. J. F. LINDNER, “*Der politische Beamte als Systemfehler*”, *Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR)*, n. 5, 2011, 150.

¹¹ O. BRIONES GAMARRA, *La obsoleta función directiva pública en España y su relación con un ¿marco normativo común?*, in *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, vol. 6, n. 2, 2019, 147.

¹² M. ARENILLA SÁEZ, *Cuatro décadas de modernización vs. reforma de la Administración pública en España*, in *Methaodos. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 5, n. 2, 2017, 305.

¹³ L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, cit., 278.

1997 che “*the Civil Service in the United Kingdom has been described as the envy of the world*”, si è interrogata sul ruolo essenziale della funzione manageriale nella Pubblica Amministrazione: “*We draw attention elsewhere in this Report to its special characteristics: lack of political bias, integrity, impartiality, objectivity, loyalty and freedom from corruption. There has in the last thirty years been a substantial reduction in the extent of operations which are carried out under the auspices of the Civil Service and in accordance with its ethos. Some of those operations are now carried out in whole or in part by companies in the private sector whose primary responsibility is to their shareholders. It may well be that they can provide a better service at lower cost, but the question whether a service should be provided by the traditional Civil Service only, or by public bodies to which powers are delegated or assigned, or by the private sector is not simply a matter of management and efficiency, it is a matter of public policy*”¹⁴.

2. Introduzione

Il sistema del pubblico impiego in Spagna ha una duplice dimensione in cui convivono due grandi categorie di personale, attualmente regolate dal *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (TREBEP, Testo consolidato dello Statuto di base del pubblico impiegato)¹⁵.

Proprio BOLTAINA BOSCH afferma che “*entre las razones que justifican la elaboración [del TREBEP], quizás la más significativa y de mayor trascendencia, es que frente a la dicotomía entre personal funcionario y personal laboral, que ha lastrado el debate sobre el empleo público en las dos últimas décadas en España, es la existencia de un colectivo muy relevante, cuantitativa y cualitativamente, de personal vinculado por un contrato de trabajo y sometido, en mayor o menor intensidad, al Estatuto de los Trabajadores y a la legislación laboral, incluida la convencional*”¹⁶.

¹⁴ HOUSE OF LORDS, *Public Service Report, Publications on the internet Public Service Committee Reports*, London, 1998, n. 421, <https://publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldselect/ldpubsrv/055/psrep21.htm>.

¹⁵ *Vid. in totum*: M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública*, Madrid, 2019; J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho del empleo público*, Madrid, 2007.

¹⁶ X. BOLTAINA BOSCH, *La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados*

Pertanto, tra i pubblici impiegati, secondo le disposizioni dell'articolo 8 del TREBEP¹⁷, si distinguono queste due grandi categorie, alle quali se ne aggiunge una terza:

a. “Funcionari pubblici” o “*funcionarios públicos*” soggetti al Diritto Amministrativo e classificati in varie tipologie, scale, subscale e categorie. È la categoria maggioritaria negli ambiti statali e delle autonome regionali. In particolare, si distinguono due categorie:

- “Funcionari di ruolo” o “*funcionarios de carrera*”, ex articolo 9.1 del TREBEP sono quelli che, “*en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente*”.

- “Funcionari interinali” o “*funcionarios interinos*”, ex articolo 10.1 del TREBEP, sono quelli che, “*por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias*”¹⁸.

b. “Personale a contratto di lavoro” o “*personal laboral*” soggetto al Diritto del Lavoro, che comprende una ampia varietà di impiegati pubblici che svolgono mansioni che non implicano l'esercizio di funzioni di autorità, controllo o consulenza legale. Si dedica principalmente all'ambito locale e agli enti o organi periferici. Secondo l'articolo 11.1 del TREBEP, “*es personal laboral el que, en virtud de contrato de trabajo*

públicos, in *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 13, straordinario, 2011, 152.

¹⁷ Art. 8 del TREBEP. *Concepto y clases de empleados públicos.*

1. *Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.*

2. *Los empleados públicos se clasifican en: a) Funcionarios de carrera. b) Funcionarios interinos. c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. d) Personal eventual.*

¹⁸ *La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.*

a. *La sustitución transitoria de los titulares.*

b. *La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.*

c. *El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses”.*

formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas".

c. "Personale con incarico fiduciario" o "*personal eventual*". Gli elementi che caratterizzano questa tipologia di impiegati pubblici sono le funzioni loro assegnate e la procedura di nomina e rimozione. Per quanto riguarda le funzioni, sono espressamente classificate come "fiduciarie" o di "consulenza speciale"; in relazione alla nomina e alla revoca, queste sono riservate al potere ampiamente discrezionale dell'autorità, sebbene si mantengano due automatismi: la scadenza dell'incarico o la decadenza derivata dalla cessazione dell'organo politico che aveva disposto l'incarico. Secondo l'articolo 12 del TREBEP, "*es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin*".

Pertanto, il cosiddetto "*directivo público profesional*" (DPP) o dirigente pubblico professionale non rientra nelle classi di dipendenti pubblici previste dall'articolo 8 della *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público* (EBEP, nella sua versione originale, che diventerà un testo consolidato nel 2015). Ciononostante, il preambolo dello stesso EBEP afferma che il dirigente pubblico "*está llamado a constituir en el futuro un factor decisivo de modernización administrativa, puesto que su gestión profesional se somete a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de los objetivos. Aunque por fortuna, no han faltado en nuestras Administraciones funcionarios y otros servidores públicos dotados de capacidad y formación directiva, conviene avanzar decididamente en el reconocimiento legal de esta clase de personal, como ya sucede en la mayoría de los países vecinos*".

Dunque, per quanto riguarda il dirigente pubblico, la prima questione da chiarire è se si abbia a che fare con una categoria specifica e concreta del pubblico impiego, oppure se debba essere inteso come un organo o una funzione inserita al vertice organizzativo della pubblica amministrazione¹⁹.

¹⁹ *Vid. in totum* R. JIMÉNEZ ASENSIO, *La alta dirección pública en España y en otros sistemas comparados*, relazione discussa durante il Convegno/Corso sulla Dirigenza

3. *La dirigenza pubblica*

L'attuazione dell'autonomia locale da parte della Costituzione del 1978 e la democratizzazione dei comuni con le elezioni locali del 1979 ha portato a una progressiva professionalizzazione della politica locale, nel senso che buona parte dei consiglieri ha fatto dell'attività politica locale la sua professione principale, dedicandosi al governo e all'amministrazione locale. Secondo JIMÉNEZ ASENSIO, se "*la política local no requería la suficiente dedicación, ese déficit se paliaba ejerciendo 'funciones gerenciales' o, incluso, tareas propias de los funcionarios públicos (...)* Resulta, pues, obvio que se apropiaron de funciones que no les competían, y esa apropiación se llevó a cabo tanto por la ausencia en aquellos momentos de una gerencia pública institucionalizada como por la necesidad vital de ocupar el tiempo de trabajo"²⁰.

Così, si può dire che nelle autorità locali degli anni Ottanta e Novanta non è stato possibile istituzionalizzare una gestione pubblica professionale, soprattutto perché tali funzioni dirigenziali erano svolte dai politici locali. Tuttavia, nell'ambito delle medie e grandi città, le esigenze sociali e la complessità stessa del sistema istituzionale e giuridico locale hanno imposto la ricerca di alternative a questa cosiddetta "*gerencialización de la política*". Così, "*se fueron dotando de forma un tanto intuitiva y asistemática de un nivel gerencial o de una dirección pública local que pudiese dar satisfacción a las exigencias cada vez más constantes de un entorno de complejidad*". Dunque, "*si algo caracterizaba a las soluciones aportadas en el sistema normativo anterior era la dispersión de regímenes jurídicos a los que se podía recurrir para insertar al personal directivo*"²¹ e alle formule di designazione, tra cui quella più diffusa era la fiducia politica, poiché "*la necesidad de mejorar el rendimiento institucional de las Administraciones de nuestro entorno a través de la figura*

Pubblica organizzato dalla *Escuela de Administración Pública de la Junta de Castilla y León*, 19 aprile 2018, <https://rafaeljimenezasensio.files.wordpress.com/2018/06/alta-direccion-publica.pdf>.

²⁰ R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Política y administración en la reforma del gobierno local (un estudio sobre la forma de gobierno y la alta administración en los 'municipios de gran población')*, in *Anuario del Gobierno Local 2003*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2004, 89.

²¹ *Ibidem*.

*del directivo público profesional coincidió en nuestro país con la llegada de la democracia, lo que permite hasta cierto punto explicar que la preocupación por someter la Administración a la efectiva dirección política del gobierno acabara imponiendo la confianza política como el criterio determinante en la designación de los puestos directivos*²².

Non c'è dubbio che la dirigenza pubblica è sempre esistita nel mondo degli enti locali. C'è sempre stato uno spazio riservato alla gestione pubblica; come sia stato istituzionalizzato è un'altra questione. In ogni caso, secondo il parere di JIMÉNEZ ASENSIO, *“a pesar de las notables dificultades que el marco normativo y la realidad fáctica presentaban, el fenómeno de implantación de la gerencia pública en la administración local ha ido calando ya sea como necesidad objetiva previamente diagnosticada o ya sea, más comúnmente, a través de experiencias puntuales en algunos municipios y en otras entidades locales*”²³.

Così, la creazione di una figura dirigenziale pubblica presuppone: *“un model d'organització que assenyala al cos polític un paper diferenciat de l'atorgat a un aparell tècnic professional de direcció pública. És a dir, l'articulació d'una funció directiva pressuposa una diferenciació funcional entre càrrecs electes i òrgans directius que resulta de difícil aplicació en un sistema fonamentat en el principi d'autoadministració*”. Quindi, a seconda delle dimensioni e dell'entità di una particolare azienda pubblica locale, dobbiamo considerare se esiste uno spazio reale per la dirigenza pubblica. In altre parole, *“si és possible diferenciar el govern local de l'administració local*”, per MAURI MAJOS²⁴.

Se osserviamo il regolamento di base del *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP, Testo consolidato dello Statuto di base del pubblico impiegato)*: a una prima lettura si potrebbe pensare che ci troviamo di fronte ad una tipologia specifica

²² X. ARESES VIDAL, *et. al.*, *Nuevos tiempos para la función pública*, in *Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)*, 2017, 190. Più critico, R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Los directivos públicos en España (tres tesis y algunas propuestas)*, *Segundo Congreso de Gestión Pública*, Barcelona, 2006, 6.

²³ R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Política y administración en la reforma del gobierno local*, cit., 90.

²⁴ J. MAURI MAJOS, *Personal directiu i personal eventual després de la LRSAL*, in *Seminari de Dret Local*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 5 marzo 2015, 2, <https://docplayer.es/82203919-Personal-directiu-i-personal-eventual-despres-de-la-lrsal.html>.

di personale; ma ad un'analisi più approfondita dovremmo escludere tale possibilità e fare riferimento a un concetto funzionale, cioè è da considerare personale dirigente quello che eserciti funzioni dirigenziali nell'ambito dell'amministrazione pubblica secondo la disciplina normativa specifica al riguardo.

In questa direzione, BOLTAIÑA BOSCH, espone chiaramente l'iter convulso dell'EBEP proprio per quanto riguarda i dirigenti pubblici. *“En el trámite de enmiendas del Senado, se suprimió al personal directivo como una clase de empleado público, resituándose nuevamente la tipología en la clasificación inicial del primer texto – aunque incorporando un tercer subgénero dentro del personal laboral, al distinguir entre trabajadores fijos, indefinidos y temporales – y trasladando los directivos profesionales a un Subtítulo específico (el I), que no obstante supone una sistemática peculiar, pues los ‘empleados públicos’ se clasifican finalmente en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral y personal eventual, despojándose de tal condición de ‘empleado’ a los directivos, pese a que el art. 13 del EBEP los acoge bajo el frontispicio de ‘personal directivo’ y regula su régimen jurídico como tal ‘personal directivo profesional’”*²⁵.

L'esistenza o meno di personale dirigenziale è quindi una scelta organizzativa propria di ogni Pubblica Amministrazione, fatte alcune eccezioni. Inoltre, come si approfondirà in seguito, la sua regolamentazione e le sue caratteristiche sono praticamente delegate a ciascun livello di Amministrazione senza un quadro comune al di là di alcuni principi ispiratori di base.

È quindi più prudente affermare che non ci si trova innanzi a una questione riguardante una tipologia specifica del pubblico impiego, quanto piuttosto a un aspetto organizzativo e funzionale. Di conseguenza, è possibile concettualmente intendere il dirigente pubblico come “quel funzionario o quell'impiegato pubblico titolare di un organo di direzione o che occupi un incarico dirigenziale definito come tale dalla norma giuridica appartenente all'ordinamento di una determinata Amministrazione Pubblica”, la cui funzione “*consiste en formular las políticas públicas en consonancia con los ejes de la acción de Gobierno, movilizar los*

²⁵ X. BOLTAIÑA BOSCH, *La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos*, cit., 130-131.

apoyos necesarios, y ejecutarlas con eficacia y eficiencia mediante la dirección de los recursos humanos y materiales situados bajo su responsabilidad”²⁶.

In particolare, per VILLORIA MENDIETA, la funzione dirigenziale è “la que participa profesionalmente – es decir, con selección específica y permanente – en la definición de programas y formulación de políticas y/o en la implementación o gestión de los programas públicos, dirigiendo organizaciones y personas con una cierta autonomía operativa y responsabilizándose de la intermediación con los intereses sociales organizados y reconocidos legalmente”²⁷. E, per GORRITI BONTINGUI, “es el empleo público que hace factible la estrategia política mediante su matización técnica y legal, la gestión de proyectos, la dirección de personas y la gestión de recursos económicos y materiales que han sido puestos bajo su responsabilidad, en orden a conseguir un servicio público eficaz”²⁸.

4. Lo status giuridico della dirigenza pubblica

Il 26 ottobre 2012 è stata istituita la *Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas* (CORA) e, con l’obiettivo di produrre proposte per rendere le pubbliche amministrazioni più austere, utili ed efficaci, il 21 giugno 2013 ha emesso il primo *Informe CORA*.

Nel settembre 2014, l’Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), nel *Informe España: de la reforma de la Administración a la Mejora continua*, analizza il Rapporto CORA ed emette una serie di raccomandazioni sulla *governance* pubblica in Spagna²⁹, tra

²⁶ X. ARESES VIDAL, *et al.*, *Nuevos tiempos para la función pública*, cit., 189.

²⁷ M. VILLORIA MENDIETA, *La función directiva profesional*, in *La dirección pública profesional en España*, cit. 81.

²⁸ M. GORRITI BONTINGUI, *Los directivos públicos profesionales (DPP) en la AGE (origen, ubicación, funciones, perfil, profesionalización y cambio)*, in *La alta dirección pública: análisis y propuestas*, L. I. ORTEGA ÁLVAREZ, L. F. MAESO SECO, INAP, 2010, 69.

²⁹ L’obiettivo del *Informe OCSE* è quello di valutare l’agenda di riforma del CORA alla luce delle buone pratiche e delle esperienze dei paesi OCSE, individuando le opportunità di miglioramento e analizzando in modo approfondito le diverse aree di riforma come la finanza pubblica, la gestione delle TIC, la *governance* multilivello o il miglioramento normativo, prestando particolare attenzione alle sfide dell’attuazione. Il

le quali la necessità di regolare la figura del dirigente pubblico in termini di garanzia della sua professionalità e imparzialità, nella misura in cui “*un estatuto del directivo público permitirá establecer nítidamente la separación entre política y administración, al tiempo que responsabilizaría a los directivos públicos de los resultados de gestión de sus organizaciones*”³⁰.

Questa raccomandazione dell’OCSE riflette fedelmente l’attuale situazione della Spagna: regolamentazione scarsa e superficiale; confusione di posizioni tecniche, dirigenziali e politiche; disciplina della responsabilità non vincolata ai sistemi di gestione pubblica né da una prospettiva politica né dirigenziale.

In Spagna la regolamentazione del personale dirigente si basa su una definizione e su alcuni principi dell’articolo 13 del TREBEP, non vi è dunque una disciplina dettagliata ed esaustiva³¹. L’*Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* è molto chiaro sulle regole di base che questa figura deve seguire³².

Sembra chiaro a BRIONES GAMARRA che il dirigente pubblico “*no ha de corresponderse necesariamente con alguno de los tipos de empleados públicos previstos en el EBEP, y además su configuración definitiva queda para un desarrollo legislativo posterior que aún “no parece haber llegado o cuando lo ha hecho – a nivel autonómico – ha sido mimetizando el modelo estatal con fórmulas más sofisticadas*”³³.

rapporto individua le potenziali sinergie nell’ambito del programma di riforma del CORA, nonché con le altre riforme in corso nei settori del bilancio, della trasparenza e dell’integrità, dell’unità del mercato, ecc.

³⁰ OCDE, *España: de la reforma de la Administración a la Mejora continua. Informe de la OCDE sobre gobernanza pública en España*, in INAP, Madrid, 2014, https://read.oecd-ilibrary.org/governance/espana-de-la-reforma-de-la-administracion-a-la-mejora-continua_9789264234192-es#page1.

³¹ Vid. J. L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, *Comentario al artículo 13. Personal directivo profesional*, in *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, dirigido por J. L. MONEREO PÉREZ, Granada, 2008, 175-198. L. F. MAESO SECO, *El personal directivo: comentarios en torno al art. 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, in *Estatuto Básico del Empleado Público*, dirigido por L. I. ORTEGA ÁLVAREZ, Madrid, 2010, 113-115.

³² *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, INAP, Madrid, 25 aprile 2005, 68, http://www.uhu.es/ccoo/comunicados/2005_04_25_informe_comision.pdf.

³³ O. BRIONES GAMARRA, *La obsoleta función directiva pública en España y su relación con un ¿marco normativo común?* cit., 152.

All'articolo 13 del TREBEP si distinguono i seguenti elementi, che costituiscono lo *status* giuridico del dirigente pubblico ufficiale, e che commenteremo brevemente:

a. Il Governo e i governi delle *Comunidades Autónomas* (CCAA) potranno stabilire il regime giuridico specifico del personale dirigenziale nonché i criteri per determinarne lo *status*, in conformità con i principi di base del TREBEP stesso (art. 13 *incipit* del TREBEP)³⁴.

Questa disposizione autorizza lo Stato e le CCAA ad approvare il proprio ordinamento giuridico (quello autonomo coprirà anche gli Enti Locali), rinunciando ad un quadro comune. Solo il Paese Basco ha regolamentato in modo specifico tale funzione dirigenziale con la *Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (LILE)*³⁵. L'EBEP, secondo PENSABENE LIONTI, “*no construye el firme andamio de la disciplina jurídica del personal directivo, ni establece el alcance o el significado concreto de dicha figura, sino que remite prácticamente in toto el desarrollo de su regulación a la norma estatal o autonómica*”³⁶.

b. Il personale dirigente è definito come quello che svolge funzioni professionali dirigenziali presso le pubbliche amministrazioni, esplicitate come tali dalle norme specifiche di ciascuna amministrazione (art. 13.1 del TREBEP)³⁷.

Ogni amministrazione pubblica ha il potere di definire le funzioni di gestione e quali posti di lavoro avranno questo *status*. Può essere che l'EBEP, per SÁNCHEZ MORÓN, “*no quisiera imponer ningún límite a la legislación de desarrollo*”³⁸ o che, “*simplemente, el legislador básico se enfrentó con la seria o cuasi insalvable dificultad de expresar un concepto único de personal directivo que pudiese dis-*

³⁴ Art. 13 *incipit* del TREBEP, “*El Gobierno y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo; así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios*”.

³⁵ *Vid. post*, la regolamentazione della funzione dirigenziale basca sulla LILE.

³⁶ G. PENSABENE LIONTI, *El personal directivo en la administración española*, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 207, marzo 2018, 19.

³⁷ Art. 13.1 del TREBEP, “*Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración*”.

³⁸ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Clases de personal*, in *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, dirigido por M. SÁNCHEZ MORÓN, Madrid, 2007, 107.

tinguir, en concreto, o bien entre los cargos reservados a los directivos profesionales y las funciones desempeñadas por razones de mera confianza política, o bien entre los primeros y los puestos de trabajo reservados a funcionarios de carrera y a personal laboral", per PENSABENE LIONTI³⁹.

c. La designazione soddisferà i principi di merito, capacità e criteri di idoneità, e sarà effettuata attraverso procedure che garantiscano i principi di pubblicità e concorrenza (art. 13.2 del TREBEP)⁴⁰.

In linea di principio, viene esclusa la designazione diretta o in virtù dell'affiliazione politica e si stabilisce che la procedura selettiva avvenga per concorso anche se, purtroppo, la realtà si discosta notevolmente da questa previsione⁴¹. Secondo il parere di PENSABENE LIONTI, "*aunque parezca prima facie que el EBEP ha establecido un sistema de designación del personal directivo que, basado en los requisitos de mérito, capacidad, idoneidad, publicidad y concurrencia, pueda finalmente contribuir a la concreta creación de un personal directivo profesional, en realidad, hay que reconocer que la confianza política no podrá, en la práctica, no tenerse en cuenta en la designación de dicho personal*"⁴².

d. Il personale dirigente sarà soggetto a valutazione in conformità con i criteri di efficacia ed efficienza, responsabilità di gestione e controllo dei risultati relativi agli obiettivi loro assegnati (art. 13.3 del TREBEP)⁴³.

Si stabilisce la necessità di valutare la loro gestione secondo gli obiettivi precedentemente stabiliti⁴⁴, anche se la realtà è che viene valu-

³⁹ G. PENSABENE LIONTI, *El personal directivo en la administración española*, cit., 20.

⁴⁰ Art. 13.2 del TREBEP, "*Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia*".

⁴¹ Vid. V. M. ESCARTÍN ESCUDÉ, *Los métodos de designación del personal directivo*, in *El personal directivo en las administraciones públicas*, coordinado por J. BERMEJO VERA, *Cizur Menor*, 2011, 61-96.

⁴² R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Dirigir el sector público en Cataluña: retos pendientes*, in *La alta dirección pública: análisis y propuestas*, coordinado por L. I. ORTEGA ÁLVAREZ, L. F. MAESO SECO INAP, 2010, 166.

⁴³ Art. 13.3 del TREBEP, "*El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados*".

⁴⁴ Vid. C. DE GUERRERO MANSO, *La evaluación del desempeño de los directivos públicos*, in *El personal directivo en las administraciones públicas*, cit., 97-136.

tato solo il livello di rispetto degli obiettivi per stabilire la parte variabile della loro remunerazione⁴⁵. Per PENSABENE LIONTI, “*se trata de una novedad importante porque la evaluación bajo parámetros de eficiencia y eficacia del personal directivo se configura, sin duda alguna, como ‘conditio sine qua non’ de su profesionalización*”⁴⁶. A pesar de ello, PALOMAR OLMEDA, sostiene che “*la presión sobre los objetivos y los resultados no es apreciable en el ámbito público donde el halo de la contingencia de los directivos superiores de las organizaciones por su elección y extracción política acaba condicionando la seriedad de la organización en su actuación gestora*”⁴⁷.

e. La determinazione delle condizioni di impiego del personale dirigente non sarà considerata materia di contrattazione collettiva (art. 13.4 *incipit* del TREBEP)⁴⁸.

È stabilito che le condizioni di lavoro sono fissate unilateralmente da ogni Amministrazione Pubblica⁴⁹. Per PENSABENE LIONTI, il motivo “*de la exclusión de la negociación colectiva de las condiciones de empleo del directivo laboral obedece a la necesidad, (...), de eliminar la paradoja por la que los directivos públicos pudieran negociar las condiciones laborales que se aplican también a ellos; como si, de cierta manera, se admitiese la coincidencia, en el ámbito del personal directivo, entre la figura del empresario y la del empleador*”⁵⁰.

f. Quando il personale dirigenziale ha un contratto di lavoro, sarà soggetto al rapporto di lavoro speciale dell’alta dirigenza⁵¹ e, qualora sia

⁴⁵ Vid. J. L. BERMEJO LATRE, *Las retribuciones del personal directivo de las administraciones públicas*, in *El personal directivo en las administraciones públicas*, cit., 137-156.

⁴⁶ G. PENSABENE LIONTI, *El personal directivo en la administración española*, cit., 22.

⁴⁷ A. PALOMAR OLMEDA, *Impasse y deterioro del marco jurídico. ¿Habrá que cambiar el EBEP antes de aplicarlo?*, in *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 3, 2012, 83.

⁴⁸ Art. 13.4 *incipit* del TREBEP, “*La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta ley*”.

⁴⁹ Art. 27.2 del TREBEP, “*Quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación, las materias siguientes: (...) c) La determinación de condiciones de trabajo del personal directivo*”.

⁵⁰ G. PENSABENE LIONTI, *El personal directivo en la administración española*, cit., 24.

⁵¹ Vid. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Estatuto Jurídico del alto directivo laboral*. Nue-

funzionario pubblico, passerà alla posizione dei “servicios especiales” o servizi speciali (art. 13.4 *incipit* e art. 87.1 c) e f) del TREBEP, rispettivamente)⁵².

La dualità dei regimi giuridici nel sistema della funzione pubblica viene mantenuta e consente, con alcune eccezioni, che le posizioni dirigenziali possano essere occupate anche da personale a contratto di lavoro del settore privato, in particolare attraverso il *Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*. Per PENSABENE LIONTI, “lo más cuestionable es la complejidad del régimen jurídico aplicable al personal directivo laboral en el ámbito público resultante [del *Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades*]. En efecto, con carácter general, y no sin dificultades, algunas apuntadas aquí, al personal directivo público laboral le es de aplicación [el *Real Decreto 1382/1985*], tanto si ejerce su función en el sector público estatal, autonómico o local”⁵³.

Per quanto riguarda i “servicios especiales”, previsti dall’articolo 87 dell’EBEP, si tratta di una situazione amministrativa che consente al pubblico ufficiale di ricoprire determinate cariche di natura politica o di particolare responsabilità⁵⁴.

g. L’esercizio delle funzioni dirigenziali richiede dedizione esclusiva al posto di lavoro⁵⁵.

Si stabilisce un regime molto più rigido di incompatibilità e l’im-

vas perspectivas en el ámbito privado y en el ámbito público, in *Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social*, n. 118, 2015, 15-47. P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, *Altos directivos y Administraciones Públicas: ¿un nuevo espacio para la laboralización?*, in AA.VV. *El Estatuto Básico de Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad*, vol. I, Ministerio del Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, 571-589.

⁵² Art. 13.4 *in fine* del TREBEP, “Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección”.

⁵³ G. PENSABENE LIONTI, *El personal directivo en la administración española*, cit., 27-28. *Vid.* allo stesso modo, T. SALA FRANCO, *La relación laboral especial del empleo público*, in *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., 116-130.

⁵⁴ J. CANTERO MARTÍNEZ, *Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público: claves para armar el nuevo modelo*, in *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 176, maggio-agosto, 2008, 179.

⁵⁵ *Vid.* M. A. BERNAL BLAY, *El régimen de incompatibilidades del personal directivo*, in *El personal directivo en las administraciones públicas*, cit., 157-172.

possibilità di avere una seconda attività al di là della posizione dirigenziale nella Pubblica Amministrazione (art. 16.1. della *Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas*)⁵⁶. MOREU CARBONELL *et al.* sostengono che “*el precepto es taxativo y su interpretación ha de ser necesariamente rigurosa y estricta so pena de desvirtuar la finalidad de la norma*”⁵⁷.

Nelle parole di SÁNCHEZ MORÓN, “dirigente pubblico” è “*todo aquel que dirige la Administración o los servicios bajo las instrucciones políticas de los órganos de gobierno. De hecho, la legislación –la del Estado, la de las comunidades autónomas, la de la Administración local– se refiere a una serie de órganos o cargos públicos como ‘órganos directivos’, lo que confiere a sus titulares la cualidad correspondiente. De alguna manera es una acepción que tiene presente el artículo 13.1 del EBEP, cuando define al ‘personal directivo’ como ‘el que desarrolla funciones directivas profesionales en las administraciones públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración’*”⁵⁸.

In ogni caso, è necessario promulgare uno statuto completo per i dirigenti pubblici professionali che sviluppi questi principi contenuti nell’articolo 13 del TREBEP⁵⁹. Tale regolamentazione, per MAURI MAJOS,

⁵⁶ Art. 16.1. della *Ley 53/1984*, “*No podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b) del artículo 24 del presente Estatuto incluyan el factor de incompatibilidad al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección*”. Per MAURI MAJOS “*de lo que por cierto parece deducirse que el personal eventual al servicio de las entidades locales puede desempeñar funciones directivas, lo que iría directamente en contra de la profesionalización pretendida por el EBEP para la dirección pública*”. J. MAURI MAJOS, *Análisis general del Estatuto Básico del Empleado Público: problemas, soluciones y huidas*, in *Cuadernos del Derecho Local (QDL)*, n. 19, febbraio, 2009, 15.

⁵⁷ E. MOREU CARBONELL, J. L. BERMEJO LATRE, V. M. ESCARTÍN ESCUDÉ, M. A. BERNAL BLAY, DE C. DE GUERRERO MANSO, *La función directiva*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 45, 2012, 88.

⁵⁸ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Los directivos públicos. Análisis comparado*, in *Cuadernos del Derecho Local (QDL)*, n. 9, 2009, 4.

⁵⁹ J. R. PIN ARBOLEDAS, P. GARCÍA-MANZANO JIMÉNEZ DE ANDRADE, *El directivo público en la administración de la economía global: competencias, formación y desarrollo*, *La Administración Pública en el siglo XXI*. ICE, luglio-agosto, n. 891, 2016, 38. Al riguardo, MAURI MAJOS sostiene che “*quizás el mayor mérito del EBEP en esta materia haya sido acertar con una figura de personal directivo encuadrada profesionalmente pero*

dovrebbe riguardare l'accesso alla dirigenza, l'attribuzione legale di determinate competenze e responsabilità e il grado di autonomia con cui possono essere esercitati e le condizioni di licenziamento⁶⁰, che, secondo RAMIÓ MATAS, richiede “*establecer un límite máximo de tiempo de permanencia en un puesto directivo público (...). Se considera que un máximo de 12 años podría ser un periodo razonable. Este límite permitiría superar problemas de enquistamiento, de acomodación sedentaria y de pérdida de creatividad y de dinamismo. No se introduce un límite más bajo para no perjudicar ya que cuesta mucho tiempo la formación de los directivos para que sean eficaces y eficientes en sus puestos de trabajo*”⁶¹.

Pertanto, si può affermare, insieme a BRIONES GAMARRA, che l'EBEP, “*no ha venido a enriquecer el modelo sino a abrir aún más el debate sobre la figura del directivo público, pues ha renunciado casi por completo a regular el marco normativo de la función directiva, que sigue por tanto muy permeable a la politización, y a elaborar un auténtico Estatuto del Directivo Público*”⁶².

5. Il quadro normativo ai vari livelli amministrativi

La disposizione del TREBEP secondo cui lo Stato e le CCAA possono stabilire un proprio regime giuridico è in linea con il fatto che le caratteristiche e le condizioni della funzione di gestione non sono e non possono essere omogenee tra tutte le amministrazioni pubbliche, a causa del diverso grado di evoluzione istituzionale di ciascuna, anche se, per BRIONES GAMARRA, “*parece objetivamente clamoroso que no haya referencia alguna al ámbito local, lo que provoca en dicho ámbito territorial administrativo aun mayor confusión*”⁶³.

flexible en su desarrollo y adaptación a las necesidades de cada administración pública”. J. MAURI MAJOS, *Análisis general del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., 15.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ C. RAMIÓ MATAS, *Política y gestión: la regulación del rol del directivo público*, II Congrés Català de Gestió Pública, Barcelona, 6-7 luglio 2006, 20, http://cemical.diba.cat/publicacions/fitxers/C_RAMIO_ROL_DIRECTIU.pdf.

⁶² O. BRIONES GAMARRA, *La obsoleta función directiva pública en España y su relación con un marco normativo común?* cit., 153.

⁶³ *Ivi*, 154.

5.1. *Administración General del Estado*

La *Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado* (LACAGE, Legge che regola l'esercizio delle alte cariche dell'Amministrazione Generale dello Stato) e la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público* (LRJSP, Legge del regime giuridico del settore pubblico) costituiscono la normativa di riferimento del personale dirigente nell'Amministrazione Generale dello Stato (AGE). Le due leggi del 2015 individuano le caratteristiche principali della funzione dirigenziale, in particolare:

a. Determinano i livelli e gli organi dirigenziali e la disciplina applicabile *“a quienes ejercen un alto cargo en la Administración General del Estado y en las entidades del sector público estatal”*, ex art. 1.1 della LACAGE.

b. Stabiliscono che i titolari degli organi dirigenziali siano nominati secondo criteri di competenza professionale ed esperienza ex. art. 2.1 della LACAGE, *“se hará entre personas idóneas y de acuerdo con lo dispuesto en su legislación específica. Son idóneos quienes reúnen honorabilidad y la debida formación y experiencia en la materia, en función del cargo que vayan a desempeñar. La idoneidad será apreciada tanto por quien propone como por quien nombra al alto cargo”*. E ex. art. 2.4 della LACAGE, *“en la valoración de la formación se tendrán en cuenta los conocimientos académicos adquiridos y en la valoración de la experiencia se prestará especial atención a la naturaleza, complejidad y nivel de responsabilidad de los puestos desempeñados, que guarden relación con el contenido y funciones del puesto para el que se le nombra”*.

c. Riservano le seguenti posizioni dirigenziali ai funzionari del sottogruppo A1: *“Subsecretario”* o Sottosegretario, *“Secretario general técnico”* o Segretario tecnico generale, *“Director general”* o Direttore generale, con alcune eccezioni, *“Subdirector general”* o Vicedirettore generale, *“Subdelegado del Gobierno en la provincia”* o Subdelegato del governo nella provincia.

In relazione all'esercizio delle funzioni dei dirigenti pubblici, la LACAGE stabilisce la responsabilità dell'amministrazione, la responsabilità personale e diretta (disciplinare o penale) dei propri dirigenti; inoltre stabilisce l'assoggettamento al controllo dell'organo superiore; alle precedenti disposizioni vanno poi aggiunte quelle relative al controllo stabilito dalla normativa sul bilancio delle amministrazioni. Nonostante i princi-

pi della valutazione dei compiti e della responsabilità dirigenziale, tuttavia non sono stati previsti strumenti né misure specifiche adeguate.

5.2. *Comunidades Autónomas*

Alcune CCAA (Asturie⁶⁴, Castiglia-León⁶⁵, Isole Baleari⁶⁶, Comunità Valenziana⁶⁷, Castiglia-La Mancha⁶⁸, Estremadura⁶⁹, Galizia⁷⁰, Paese Basco⁷¹, Aragona⁷² e Catalonia⁷³) hanno regolato la figura del dirigente pubblico in modo diverso e sommario e spesso frammentario. Gli elementi comuni che vengono principalmente regolati sono quelli che riguardano le modalità di selezione, valutazione e cessazione dall'incarico, ma attraverso regolamenti meramente estetici e retorici, privi di contenuto⁷⁴.

⁶⁴ Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública, modificada dalla Ley 7/2014, de 17 de julio, de medidas en materia de función pública y organización administrativa.

⁶⁵ Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León.

⁶⁶ Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

⁶⁷ Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana.

⁶⁸ Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha. Decreto 215/2019, de 30 de julio, del Estatuto de la Dirección Pública Profesional de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

⁶⁹ Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura.

⁷⁰ Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia.

⁷¹ Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (LILE). Come è già stato sottolineato, questo è il regime giuridico più avanzato. Una menzione speciale merita la LILE, "ello es así por su cabal enfoque de la dirección pública profesional y su regulación sistemática que la hace sumamente práctica e innovadora, al señalar el camino positivo a seguir en este asunto". M. GARCÍA ROMERO, *La dirección pública profesional desde la perspectiva local. Notas sobre su regulación, naturaleza, régimen y posibles vías de desarrollo*, in *Revista digital CEMCI*, n. 35, luglio-settembre, 2017, 9.

⁷² Ley 1/2017, de 8 de febrero, de medidas de racionalización del régimen retributivo y de clasificación profesional del personal directivo y del resto del personal al servicio de los entes del sector público institucional de la Comunidad Autónoma de Aragón.

⁷³ Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (TRLMRLC), modificata per la Llei 5/2020, del 29 d'abril, de mesures fiscals, financeres, administratives i del sector públic i de creació de l'impost sobre les instal·lacions que incideixen en el medi ambient.

⁷⁴ Vid. L. F. MAESO SECO, *El personal directivo en las leyes autonómicas de desarrollo del EBEP*, in *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, n. 91, 2011, 283-284.

La prima Comunità Autonoma a legiferare sulla figura dei dirigenti pubblici dopo l'approvazione dell'EBEP è stata la Comunità Valenciana (le Isole Baleari l'avevano già fatto prima dell'EBEP), per mezzo di una norma dal contenuto generale, *Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana*, che dedica un capitolo, con un solo articolo, il 20, alla funzione dirigenziale, stabilendo limiti funzionali e temporanei, per un massimo di due anni. Insomma, non dà un carattere strutturale alla figura del dirigente pubblico professionale, configurandolo piuttosto come personale con incarico fiduciario 'camuffato'⁷⁵.

A seguire è stata approvata la *Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha*, i cui articoli 12 e 13, essenzialmente, introducono il concetto di accreditamento delle competenze manageriali, ma finiscono per regolare la figura come se fosse personale con incarico fiduciario, con nomina e licenziamento liberi. La dottrina ha evidenziato le contraddizioni di questa disciplina tesa a dimostrare una "apparente modernità"⁷⁶.

Successivamente, il Principato d'Asturia ha modificato espressamente la *Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública*, al fine di introdurre la figura del dirigente pubblico professionale con la *Ley 7/2014, de 17 de julio, de medidas en materia de función pública y organización administrativa*. La Legge definisce il personale dirigente dal punto di vista funzionale, determina le posizioni riservate al sistema di libera designazione e stabilisce una distinzione con le altre categorie dell'impiego pubblico per le quali il reclutamento viene effettuato nel rispetto dei principi di merito, capacità e idoneità. Infine, stabilisce che i dirigenti sono liberamente nominati e revocati.

⁷⁵ Per M. GARCÍA ROMERO, *La dirección pública profesional desde la perspectiva local. Notas sobre su regulación, naturaleza, régimen y posibles vías de desarrollo*, cit., 9, "aunque (...) se acomoda bastante a la idea teórica de la dirección pública, adolece de varios defectos importantes como es el periodo inflexible de la duración del cargo y la restricción a determinados proyectos, planes y programas concretos de duración determinada".

⁷⁶ Secondo M. GARCÍA ROMERO, "las características más distorsionantes con el régimen "ortodoxo" del directivo público son nuevamente la vinculación de la continuidad del directivo a la "confianza" y la excepcionalidad en la ocupación de dichos cargos por 'no funcionarios'", *ivi*, 10.

L'Estremadura, poi, ha stabilito una disciplina *ad hoc* per la figura del dirigente pubblico con la *Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura*, al fine di rafforzarne lo *status*, sebbene la normativa, negli aspetti relativi all'affidamento dell'incarico e alla revoca, segua il modello proprio del personale di fiducia, pertanto affermato la libertà di nomina di revoca.

Allo stesso modo, nella amministrazione della Galizia è stata incorporata la figura del dirigente pubblico professionale per mezzo della *Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia*, che si caratterizza per una esauriente definizione della figura e dei requisiti di accesso. Addirittura, introduce un'innovazione relativa alla determinazione dei gradi di carriera professionale dei dirigenti pubblici ma persevera nei risaputi problemi della materia, nella misura in cui consente la revoca del dirigente per non aver raggiunto obiettivi precedentemente stabiliti o per il venir meno del vincolo fiduciario.

Tentativi o processi regolamentari notevoli e interessanti sono stati quelli della Catalogna⁷⁷ e dell'Andalusia⁷⁸, che sono i più recenti; ma solo nel caso catalano l'*iter* legislativo è stato completato, anche se ne è emersa una magra regolamentazione della funzione di gestione pubblica locale che non abbandona il classico schema previsto dal TREBEP, attraverso la modifica dell'articolo 306 del *Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, modificata dalla Llei 5/2020, del 29 d'abril, de mesures fiscals, financeres, administratives i del sector públic i de creació de l'impost sobre les instal·lacions que incideixen en el medi ambient*⁷⁹.

⁷⁷ Vid. R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Dirigir el sector público en Cataluña: retos pendientes*, cit., 153-167.

⁷⁸ La *Junta de Andalucía* o Governo Regionale sta lavorando un progetto di Statuto del Dirigente Pubblico, in adempimento dell'Accordo di Governo tra il *Partido Popular* e *Ciudadanos*, <https://www.diariodesevilla.es/2018/12/25/medidas.pdf?hash=2869aa5b5381d12bb7667c63f2d95bd882baca81>.

⁷⁹ Art. 306 del TRLMRLC, "1. *El nomenament de personal directiu d'ens locals i la formalització del corresponent contracte laboral d'alta direcció, d'acord amb el estableix aquesta llei, són competència de la presidència de l'entitat, que n'ha de donar compte al ple en la primera sessió que tingui.*

2. *La denominació i la determinació dels llocs directius s'ha de dur a terme mitjançant un instrument d'ordenació diferenciat del de la relació de llocs de treball, l'aprovació del qual correspon al ple, a proposta de la presidència de l'ens local, excepte en els municipis de gran població, en què és competència de la junta de govern local.*

5.3. Enti Locali

È a livello locale che si rinviene la migliore regolamentazione della dirigenza pubblica, sia nei principi specifici che nelle normative particolari. Si tratta della *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local* (LRBRL, Legge che regola le basi del regime locale) e del *Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales* (ROF, Regolamento sull'organizzazione, il funzionamento e il regime legale degli enti locali)⁸⁰.

Nella disciplina degli enti locali si distinguono tre diverse aree per quanto riguarda la funzione di gestione pubblica professionale: la prima si riferisce ai “*Municipios de gran población*” o Comuni di grandi dimensioni; la seconda riunisce le “*Diputaciones*” o Consigli provinciali e i “*Cabildos*” e “*Consells insulars*” ovvero Consigli delle isole; e la terza gli “*Organismos autónomos*” o Enti autonomi, e le “*Entidades públicas empresariales locales*” o Aziende pubbliche locali.

Secondo GARCÍA ROMERO, la quindicesima disposizione aggiuntiva della LRBRL, definisce una vera e propria posizione dirigenziale collegata all'esercizio della funzione⁸¹, infatti la legge prevede che “*tendrán la consideración de personal directivo los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales*”.

In questo senso, la sentenza del *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*, del 28 luglio 2014⁸², ritiene che gli elenchi che l'art. 130 della LRBRL fa del personale dirigente non siano esaustivi, per cui nulla impedisce che vi siano più dirigenti, ai sensi dell'art. 13 dell'EBEP e con-

⁸⁰ R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Los directivos públicos en la reforma del empleo público especial consideración del personal directivo local*, in *El estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local*, coordinado por A. PALOMAR OLMEDA, Cizur Menor, 2007, 165-218.

⁸¹ M. GARCÍA ROMERO, *La dirección pública profesional desde la perspectiva local*, cit., 20.

⁸² Fondamento giuridico n. 6.

sente quindi attraverso il *Reglamento Orgánico Municipal* (ROM) di creare nuove posizioni nel rispetto della normativa vigente e delle competenze delle CCAA⁸³.

5.3.1. *Grandi Comuni*

Per i “*Municipios de gran población*” o Comuni di grandi dimensioni si intendono, secondo il titolo X della LRBRL, gli organi dirigenziali municipali ex art. 130.1 della LRBRL⁸⁴.

Per accedere a queste posizioni dirigenziali, per l'articolo 130.3 della LRBRL, occorre possedere lo *status* di funzionario dello Stato, delle CCAA, degli enti locali o disporre della “*habilitación de carácter nacional*” (richiesta per occupare i posti di segretario, revisore dei conti o tesoriere negli enti locali).

Queste disposizioni sono obbligatorie per tutti i Comuni di grandi dimensioni, per cui SÁNCHEZ MORÓN, criticando tale omogeneità, afferma che “*no deja de sorprender que se adopte un mismo y rígido sistema de órganos no ya sólo de gobierno sino también de administración, en su nivel directivo, y otros de garantía y complementarios, que se va a aplicar por igual a todos los municipios que contempla el nuevo título X de la LBRL (con excepción, por cierto, del municipio de Barcelona, según la disposición transitoria cuarta de la citada Ley 57/2003)*”⁸⁵. D'altro canto, il semplice fatto “*de que se produzcan muchas novedades, no quiere decir, ni de lejos, que tales innova-*

⁸³ M. GARCÍA ROMERO, *La dirección pública profesional desde la perspectiva local*, cit., 20.

⁸⁴ “*Coordinadores generales de cada área o concejalía*” (coordinatori generali di ogni area o consiglio), “*directores generales u órganos similares*” (direttori generali o organi simili a capo dell'organizzazione amministrativa all'interno di ciascuna delle grandi aree o consigli), “*titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al concejal-secretario*” (titolare dell'organo di supporto del consiglio di amministrazione locale e del suo consigliere-segretario), “*titular de la asesoría jurídica*” (titolare dell'area legale), “*secretario general del Pleno*” (segretario generale del Consiglio plenario), “*interventor general municipal*” (revisore dei conti) “*titular del órgano de gestión tributaria*” (titolare dell'organo di gestione tributaria) e “*titulares de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales locales*” (titolari degli organismi autonomi e delle aziende pubbliche locali).

⁸⁵ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Balance de la reforma legal sobre el régimen de los ‘municipios de gran población*, *Anuario del Gobierno Local 2004*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2005, 43.

*ciones puedan ser calificadas de acierto. En efecto, la reforma (...) puede ser calificada en este punto como de notable freno para la implantación de un sistema de gerencia pública en el ámbito local*⁸⁶.

Nonostante questo, la prima grande lacuna riguarda il campo di applicazione del sistema di gestione pubblica locale, in quanto la normativa esistente si riferisce solo ai Comuni di grandi dimensioni e agli Enti locali sovracomunali con un sistema elettivo indiretto⁸⁷. Anche la giurisprudenza si è espressa in questo senso come è evidente, ad esempio, nella sentenza del *Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha* dell'8 febbraio 2010, ove si afferma che *“en los Municipios de régimen ordinario, por el contrario, resulta difícil que llegue a aflorar una función directiva”*⁸⁸.

In conclusione, i comuni di grandi dimensioni e gli enti locali sovracomunali si caratterizzano per una disciplina della dirigenza pubblica più rigida mentre paradossalmente il resto dei comuni ordinari dispongono di maggiore flessibilità nella definizione delle posizioni dirigenziali. Esempio di ciò è l'articolo 36.5 della LILE che non è stato contestato per motivi di costituzionalità. Pertanto, *“si ese precepto es pacífico, es*

⁸⁶ E continua, *Este sistema se asemeja bastante a aquella variante del spoil system que ha sido calificada acertadamente por la doctrina francesa como de spoil system de circuito cerrado*, R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Política y administración en la reforma del gobierno local*, cit., 92-93. QUERMONNE lo chiama *“spoils system a circuito abierto”*, quando i posti sono occupati da personale esterno all'Amministrazione e *“spoils system a circuito abierto tancat”* quando i posti sono occupati da dipendenti della stessa Amministrazione. J. L. QUERMONNE, *L'organització administrativa de l'Estat*, Escola d'administració Pública de Catalunya (EAPC), Barcelona, 1993, 122.

⁸⁷ In Spagna gli enti locali sovracomunali sono enti con elezione indiretta dato che la loro composizione viene determinata sulla base del numero di consiglieri comunali eletti o del numero di voti per ogni lista o coalizione di liste di una determinata circoscrizione, in funzione del tipo di ente locale.

⁸⁸ Fondamento giuridico n. 5. Al riguardo, M. GARCÍA ROMERO, *La dirección pública profesional desde la perspectiva local*, cit., 7, si chiede: *Quiere ello decir que, a priori, quedan fuera de la posibilidad de la dirección pública local la mayoría de los municipios españoles. Bien es cierto que llamaría a la risa la pretensión de activar estos mecanismos directivos en municipios, con menos de 100 habitantes censados, de los cuales hay 1070 en España3, pero la idea ya no resulta tan descabellada cuando hablamos de municipios de hasta 249.999 habitantes que no reúnan las restantes condiciones del artículo 121 de la LRBRL y no pueden acceder al régimen especial. ¿Acaso en estos municipios no se da la necesidad de desarrollar políticas públicas?*

*que la opción, en sí, cabe*⁸⁹. È per tutto questo che JIMÉNEZ ASENSIO afferma con enfasi che “*los municipios de ‘régimen común’ siguen con el mismo esquema institucional de función directiva que tenían antes de aprobarse la ley; es decir, aparte de la rigidez derivada del modelo de funcionarios con habilitación nacional y de la ‘ocupación’ de la función directiva por la política, se puede afirmar que, paradójicamente, estos municipios de régimen común disponen de un sistema de función directiva mucho más flexible que el previsto para los ‘municipios de gran población’*”⁹⁰.

5.3.2. Enti sovracomunali

Nell’ambito dei Consigli provinciali o dei Consigli delle isole è stabilita la necessità di possedere lo *status* di funzionario del sottogruppo A1 per occupare le posizioni dirigenziali. Eccezionalmente, e con la dovuta motivazione della scelta organizzativa operata, il *Reglamento Orgánico* o (RO Reglamento Organico) permette che, in considerazione della specificità delle funzioni di tali organi di gestione, il titolare non abbia lo *status* di funzionario, in conformità con le disposizioni dell’articolo 32 *bis* della LRBRL⁹¹.

Per GARCÍA ROMERO, “*tampoco se aborda abiertamente el tema de la dirección pública en otras entidades locales no territoriales como las mancomunidades, áreas metropolitanas o asociativas como los consorcios, ni en otros entes instrumentales locales. Tal omisión nos parece particularmente grave, pues es en este tipo de entidades donde más se precisa la figura del directivo público como pieza de conexión entre el poder político y la organización administrativa*”⁹².

⁸⁹ *Ivi*, 20.

⁹⁰ R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Política y administración en la reforma del gobierno local*, cit., 91.

⁹¹ Art. 32 *bis* della LRBRL, “*El nombramiento del personal directivo que, en su caso, hubiera en las Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares deberá efectuarse de acuerdo a criterios de competencia profesional y experiencia, entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el correspondiente Reglamento Orgánico permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario*”.

⁹² M. GARCÍA ROMERO, *La dirección pública profesional desde la perspectiva local*, cit., 7.

5.3.3. Enti strumentali

Per gli Enti autonomi e le Aziende pubbliche locali di queste Amministrazioni, secondo gli articoli 130.2⁹³ e 85 *bis*.b) della LRBRL⁹⁴, il titolare del più alto organo direttivo delle stesse dovrà essere un funzionario di ruolo o impiegato delle amministrazioni pubbliche o un professionista del settore privato, in entrambi i casi laureato e, nel secondo caso, con più di cinque anni di esercizio professionale.

6. La responsabilità dei dirigenti pubblici

Uno degli elementi più importanti, senza dubbio, nel processo di affermazione della funzione dirigenziale nelle pubbliche amministrazioni è la creazione di un sistema di responsabilità dei dirigenti pubblici derivata dall'esercizio delle funzioni di gestione. In questo senso, VANDELLI, riflettendo sulla disciplina italiana, affermava che *“all'ampia serie di poteri attribuita ai dirigenti corrisponde una responsabilità altrettanto rilevante, essendo i dirigenti direttamente responsabili, in via esclusiva, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei risultati della gestione”*⁹⁵.

⁹³ Art. 130.2 della LRBRL, *“Tendrán también la consideración de órganos directivos, los titulares de los máximos órganos de dirección de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales locales, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 bis, párrafo b)”*.

⁹⁴ Art. 85 *bis* b) della LRBRL, *“El titular del máximo órgano de dirección de los mismos deberá ser un funcionario de carrera o laboral de las Administraciones públicas o un profesional del sector privado, titulados superiores en ambos casos, y con más de cinco años de ejercicio profesional en el segundo. En los municipios señalados en el título X, tendrá la consideración de órgano directivo”*.

⁹⁵ L. VANDELLI, *op. cit.*, 279. Per quanto riguarda il regime attuale, CELONE considera che *“il dirigente con l'intervento riformatore [della legge n. 15 del 2009 e del decreto di attuazione n. 150 dello stesso anno] subisce un ridimensionamento dei propri spazi di manovra, che vengono ricoperti dalla legge, a dispetto dell'ampliamento della lista dei compiti volti ad arricchire la figura del dirigente nella qualità di datore di lavoro, che sembra rispondere, piuttosto, ad un intento propagandistico”*. C. CELONE, *op. cit.*, 49. Ma la responsabilità dirigenziale in Italia comprende almeno quella del funzionario pubblico, come riferisce TRAVI riguardo al pensiero del Maestro LUCIANO VANDELLI, il quale *“rifiutava l'approccio di chi utilizza le categorie giuridiche come un sistema che ingabbia la*

Per JIMÉNEZ ASENSIO “*el directivo no responde por criterios políticos (sin perjuicio de que deba dar respuesta a los órganos políticos de las consecuencias que determinadas decisiones puedan haber producido), sino por los resultados de la gestión. Ello implica un proceso de racionalización (...), puesto que se han de configurar ‘acuerdos de gestión’, ‘contratos de gestión’ o ‘contratos programa’ en los que se definan de forma precisa cuáles son los objetivos de la organización y cuáles asimismo los medios para alcanzarlos, articulándose después un sistema de indicadores para medir hasta qué punto se han logrado o no los objetivos marcados*”⁹⁶.

Tuttavia, per PENSABENE LIONTI, questa responsabilità, “*para poder ser exigida, necesita de una determinación clara y precisa de ‘los objetivos que les hayan fijado’, es decir, de los objetivos que ha de cumplir el puesto directivo, los cuales no están individualizados exactamente y a priori por el EBEP, sino que deberán ser concretados por la normativa de actuación que regule el régimen específico del personal directivo, y por las normas de organización o estatuto jurídico de las administraciones públicas u organismos donde tal personal desarrolle sus tareas. Esta trascendencia en la determinación de los objetivos y en el reconocimiento de la responsabilidad directiva se encuentra ligada a la conexión entre Política y Administración, cuya presencia resulta todavía imprescindible en el aparato burocrático espanyol*”⁹⁷.

Quindi, non esiste una disposizione di legge che determini una re-

realtà: è l'approccio di chi ritiene, almeno tendenzialmente, che se vi è un danno per l'amministrazione ci deve essere anche un responsabile individuale e perciò questo responsabile deve risarcire il danno. È l'approccio che rispecchia l'applicazione nel diritto del c.d. metodo riduzionista: Luciano lo respingeva. In un sistema complesso il postulato che identifica sempre per ogni danno un responsabile individuale non regge, ma soprattutto non può mai assurgere al rango di canone organizzativo. Proprio per questa ragione (...) aveva aderito alla tesi, in genere ritenuta eterodossa, secondo cui la responsabilità amministrativa avrebbe natura sanzionatoria, e non risarcitoria. La ragione per imputare al funzionario un obbligo risarcitorio sembrava troppo esile in molti casi, alla luce della situazione concreta in cui il funzionario aveva operato”. A. TRAVI, La responsabilità del pubblico funzionario, in La scomparsa di un maestro e la sua eredità. In memoria di Luciano Vandelli, in Istituzioni del Federalismo, n. speciale, 2019, anno XL, 192-193.

⁹⁶ R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Sobre las dificultades (fáctico-normativas) de implantación de la dirección pública profesional en los gobiernos locales*, in *Anuario de Derecho Municipal* 2010, n. 4, 2011, 173.

⁹⁷ G. PENSABENE LIONTI, *El personal directivo en la administración española*, cit., 23.

sponsabilità specifica, oltre a quelle stabilite per qualsiasi dipendente pubblico. Come principio di base, si stabilisce che il personale dirigente sia soggetto a valutazione in base ai criteri di efficacia ed efficienza, di responsabilità della gestione e di controllo dei risultati in relazione agli obiettivi assegnati.

Tuttavia, come già detto, questa indicazione non ha avuto uno sviluppo omogeneo e integrato, e solo in alcune Regioni ed Enti locali sono stati realizzati sistemi di valutazione annuale della dirigenza tenendo conto degli obiettivi assegnati dalla classe politica, e ciò al fine di determinare la parte variabile della remunerazione e il rinnovo dello stesso incarico dirigenziale.

D'altro canto, i dirigenti pubblici sono stati equiparati ai titolari di cariche elettive o politiche in materia di conflitto di interessi, devono, dunque, ottemperare agli obblighi in relazione al "Registro de Intereses" o Registro degli interessi, trasparenza patrimoniale o regime di incompatibilità. Pertanto, al momento dell'assunzione, della revoca o della conclusione del contratto, devono dichiarare le eventuali cause di incompatibilità e qualsiasi attività che fornisca, o possa fornire, redditi e beni patrimoniali e partecipazioni in società di ogni tipo, dando informazioni sulle società di cui fanno parte oltre a produrre copia delle dichiarazioni dei redditi (persone fisiche e società, a seconda dei casi).

Le dichiarazioni annuali sui beni patrimoniali posseduti e sulle attività svolte vanno pubblicate ogni anno, e in ogni caso al momento della fine del mandato, nei termini stabiliti da ciascuna Amministrazione. Tali dichiarazioni vengono trascritte nel Registro e sono accessibili da parte di chiunque.

I dirigenti pubblici, nei due anni successivi alla cessazione dell'incarico, non possono essere assunti presso enti privati che siano stati oggetto di provvedimenti alla cui adozione abbiano partecipato.

L'aspetto etico non può essere ignorato, in quanto influenza necessariamente la funzione di gestione in tutti i settori e in particolare in quello pubblico. Così, per PIN ARBOLEDAS e GARCÍA-MANZANO JIMÉNEZ DE ANDRADE, *"la naturaleza del servicio que se presta a los ciudadanos y el manejo de recursos públicos implican una responsabilidad reforzada. Además, en un mundo en el que la generación de confianza es la clave del buen funcionamiento, el comportamiento ético se convierte en*

esencial. Cuando la proliferación de códigos de buen gobierno y responsabilidad social es cada vez más frecuente, al igual que la concienciación sobre estas materias en el mundo de la empresa, a la hora de diseñar la carrera del directivo público profesional con mayor razón deberá tomarse en consideración este aspecto”⁹⁸.

In sostanza, “la responsabilidad gerencial es la clave del proceso [de institucionalización de la función directiva pública profesional], y no cabe ocultar que se articula de forma mucho más efectiva en las relaciones entre ente matriz (...) y entidades instrumentales, que en las relaciones intraor-gánicas que se puedan dar en el respectivo ente público”⁹⁹.

7. Alcuni esempi di disciplina della dirigenza pubblica

7.1. Paesi Baschi

Tra gli esempi di regolamentazione avanzata¹⁰⁰ della figura dirigenziale, merita di essere ricordata la suddetta *Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (LILE)*. Questa legge ha come fine l’istituzionalizzazione della dirigenza pubblica, anche se inizialmente la sua applicabilità viene limitata ai Comuni con più di 40.000 abitanti, salva la possibilità di estenderne la portata, tre anni dopo l’entrata in vigore della legge (cioè, dal 2019), a qualsiasi altro tipo di ente locale.

Gli aspetti più rilevanti del regime giuridico della dirigenza pubblica professionale sono:

- a. Tipologia specifica di posti dirigenziali¹⁰¹.

⁹⁸ J. R. PIN ARBOLEDAS, P. GARCÍA-MANZANO JIMÉNEZ DE ANDRADE, *El directivo público en la administración de la economía global: competencias, formación y desarrollo*, cit., 43.

⁹⁹ R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Sobre las dificultades (fáctico-normativas)*, cit., 173.

¹⁰⁰ *Vid. in totum*, R. JIMÉNEZ ASENSIO, *La ‘Ley Municipal’ de Euskadi: ¿Y ahora qué? Naturaleza y retos de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi*, in *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, n. 107-II, gennaio-aprile, 2017, 647-687.

¹⁰¹ Art. 36. 5 della LILE, “a) *Los puestos que asuman funciones de coordinación general, gerencia municipal, direcciones de área o gerencias de sector, de la estructura administrativa de las entidades locales.*

b) *Los puestos de máxima responsabilidad de los organismos públicos, sociedades mercantiles, consorcios o fundaciones de sector público local.*

- b. Funzioni specifiche.
- c. Procedure competitive per la selezione del personale direttivo.
- d. Sistema di accreditamento delle competenze dirigenziali.
- e. Obbligatorietà della permanenza in carica oltre la legislatura.
- f. Accordo di gestione e valutazione periodica delle prestazioni tra l'amministrazione e il dirigente.
- g. Impegno per l'integrità istituzionale attraverso l'adesione libera al Codice di Condotta dell'Ente locale¹⁰².

Un elemento chiave nello sviluppo della LILE è, senza dubbio, il ruolo svolto dagli stessi Comuni baschi nell'esercizio dei loro poteri normativi locali o nell'approvazione di alcuni accordi per l'attuazione delle disposizioni contenute nella Legge stessa (ad esempio, l'approvazione del ROM adattato alla LILE, le Ordinanze di trasparenza, i Regolamenti e le Ordinanze sulla partecipazione dei cittadini, i Codici di condotta, i Regolamenti per i dirigenti pubblici professionali, le Carte dei servizi, ecc.)¹⁰³.

Il pregio della Legge, come sottolinea GARCÍA ROMERO, “*es que enfoca la cuestión no desde el punto de vista de la clase de persona que desarrollarán las funciones directivas, sino desde la perspectiva de la función en sí y su finalidad, marcando un auténtico régimen más allá del vínculo personal que pretenden retratar otras legislaciones, incluida la estatal*” e che “*ofrece posibilidades innovadoras de gran calado que, salvados ciertos escollos, pueden suponer una guía “de manual” para la implantación de la dirección pública a nivel local*”¹⁰⁴.

c) Asimismo, siempre que así se acuerde por el órgano competente, podrán tener la consideración de directivos los puestos de mayor responsabilidad de las estructuras o de los programas que se creen para desarrollar proyectos de gestión o encomienda especial de carácter temporal con la finalidad de desarrollar o impulsar, por razones excepcionales o coyunturales, una determinada política sectorial. Tales puestos directivos no tendrán naturaleza estructural y se amortizarán cuando finalice el proyecto de gestión o la encomienda especial”.

¹⁰² Per JIMÉNEZ ASENSIO, “*la LILE incorpora la idea de Integridad Institucional a través de la regulación recogida en el artículo 35, aunque esa integridad se acota a ‘la zona alta’*”. R. JIMÉNEZ ASENSIO, *La ‘Ley Municipal’ de Euskadi*, cit., 658.

¹⁰³ Vid. R. JIMÉNEZ ASENSIO, *La reforma local vasca: del régimen local a las instituciones locales*, in *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2016, 2017*, 267.

¹⁰⁴ M. GARCÍA ROMERO, *La dirección pública profesional desde la perspectiva local*, cit., 11.

In definitiva, “*la regulación es pionera en el Estado y representa, sin duda, un paso adelante en la necesaria profesionalización de esos niveles directivos de la administración local, sin perjuicio de que su carácter potestativo y su limitado ámbito de aplicación puedan reducir notablemente su puesta en práctica. Habrá que estar atentos a ese dato*”. A parere di JIMÉNEZ ASENSIO, questo fatto va preso in considerazione¹⁰⁵.

7.2. Enti locali

In ambito locale, solo pochi Consigli provinciali hanno timidamente regolato la figura del dirigente pubblico, come a Barcellona¹⁰⁶ e Tarragona¹⁰⁷.

Nel caso dei Municipi, Barcellona¹⁰⁸ e Madrid¹⁰⁹ sono quelli che monopolizzano il maggior numero di dirigenti pubblici, ma con una regolamentazione obsoleta ancora supportata dalla figura dell'occasionale personale di fiducia.

Solo l'*Ayuntamiento de Ermua* (Paese Basco) e l'*Ajuntament de Sant*

¹⁰⁵ Vid. R. JIMÉNEZ ASENSIO, *La reforma local vasca*, cit., 256.

¹⁰⁶ *Reglament Orgànic* della *Diputació de Barcelona*, adottato il 30 gennaio 2003 (BOPB, 18 febbraio 2003) e modificato il 26 febbraio 2015 (BOPB, 15 maggio 2015) Art. 48. “*Classificació del personal directiu professional de la Diputació de Barcelona i dels seus ens instrumentals*.”

1. *Tenen la condició de personal directiu professional els titulars dels òrgans directius de la Diputació de Barcelona i dels seus ens instrumentals, classificats com a tals en la relació de llocs de treball o altres instruments organitzatius de personal que s'estableixin*”.

¹⁰⁷ Progetto di Bases per a la provisió del lloc de treball de gerència (personal directiu) mitjançant concurs de mèrits della *Diputació de Tarragona*, secondo l'elenco delle funzioni approvato il 29 novembre 2019.

¹⁰⁸ *Reglament Orgànic Municipal dell'Ajuntament de Barcelona* adottato il 16 febbraio 2001 (BOPB núm. 64, 15 marzo 2001) e modificato 23 febbraio 2018. Articolo 20. “*Estructura orgànica*.”

2. *Els tinents d'alcalde i els regidors es consideren òrgans decisoris quan exerceixin funcions delegades o desconcentrades. També tenen aquesta consideració els òrgans i els càrrecs directius de l'Administració executiva quan actuïn en virtut d'una delegació o desconcentració aprovada en aplicació de l'article 13. 2 de la Carta de Barcelona*”.

¹⁰⁹ *Reglamento Orgánico del Gobierno y de la Administración del Ayuntamiento de Madrid* de 31 maggio 2004 (BOCM, n. 148, 23 giugno 2004). “*Exposición de motivos. Los órganos directivos constituyen el segundo nivel de la organización de las Áreas de Gobierno. Son órganos directivos el coordinador general y las Direcciones Generales y órganos asimilados*”.

Feliu de Llobregat (Catalogna), Comuni di medie dimensioni, hanno approvato una regolamentazione del dirigente pubblico più avanzata e ambiziosa. Così, nel primo caso, si evidenzia, tra gli altri capi area, la “*Dirección del Área de Planificación Estratégica e Innovación*” e nel secondo caso si stabilisce il “*model gerencial i/o directiu, amb responsabilitats funcionals superiors en el nivell tècnic-executiu*”.

Alcune nomine a questo tipo di posizioni dirigenziali nell'amministrazione locale rispecchiano gli aspetti descritti dalla LILE, come nel caso della “*Dirección General de Servicios*” dell'*Ayuntamiento de Gijón* (Asturia)¹¹⁰.

8. La dirigenza pubblica professionale negli enti locali

A livello locale, secondo BRIONES GAMARRA, il modello di gestione è stato condizionato dall'introduzione della normativa sui “*Municipios de gran población*” nella LRBRL, che ha cercato di migliorare il modello di gestione rendendo più sofisticata la selezione o l'accreditamento delle competenze. In questo caso, “*algo ha mejorado el modelo directivo en cuanto a disponer de un contexto más favorable y serio, básicamente copiando el modelo estatal de designación de la función directiva. No obstante, las garantías son muy escasas, y difícilmente se puede impedir que un directivo pueda llegar a serlo aun no poseyendo unas competencias directivas mínimas*”. D'altra parte, “*en los municipios de régimen común las funciones directivas siguen en manos prácticamente en exclusiva de la esfera política en un modelo aún más primitivo de confusión de funciones directivas y funciones políticas*”¹¹¹.

È noto che alla confusione che ruota intorno al modello manageriale pubblico spagnolo contribuisca anche la mancata specificazione delle funzioni proprie del “dirigente”, che in molti casi finiscono per essere

¹¹⁰ Bases que rigen la convocatoria para la provisión del cargo directivo correspondiente a la Dirección General de Servicios del Ayuntamiento de Gijón de 18 ottobre 2016 (BOPA, n. 254, 2 novembre 2016), <https://sedeelectronica.gijon.es/from/10329/empleos/show/2964-convocatoria-para-la-provision-del-cargo-directivo-municipal-direccion-general-de-servicios>.

¹¹¹ O. BRIONES GAMARRA, *La obsoleta función directiva pública en España y su relación con un ¿marco normativo común?*, cit., 156.

svolte da altri soggetti – come i segretari comunali – che possiedono uno scarso *background* dirigenziale¹¹².

L'unica speranza, per JIMÉNEZ ASENSIO, è che, nonostante le importanti limitazioni introdotte dal legislatore, i “*Municipios de gran población*” sappiano colmare in modo intelligente tutte le lacune giuridiche stabilendo, attraverso una propria normativa organica, organigrammi istituzionali “creativi” che sostengano l’attuazione di un sistema di funzioni di gestione basato sul principio del merito nell’accesso e sulla limitazione delle facoltà di libera revoca. Ma, certamente, “*estas sugerencias no dejan de ser un tanto idealistas, sobre todo si se repara en que el nuevo modelo implantado por el legislador apuesta precisamente por todo lo contrario. Si la función directiva se profesionaliza en nuestro espacio local será, sin duda, a contracorriente*”¹¹³.

Così come affermato da DE LA FUENTE SEOANE, l’istituzionalizzazione definitiva della dirigenza pubblica nel mondo locale richiede un “gesto di generosità” da parte dei partiti politici e degli interessi corporativi dei dipendenti pubblici, che dovranno perdere la loro parte di potere nella selezione e nel licenziamento dei dirigenti pubblici. Questa capitolazione reciproca, “*sobre el espacio directivo requiere un acuerdo o pacto político-funcionarial, a modo de ‘public service bargain’, que a la postre deberá traducirse en un Estatuto Básico del Directivo Público y las consiguientes normas de desarrollo*”¹¹⁴.

A meno che il legislatore “*autonómico*” non prenda la strada dell’approvazione di un *corpus iuris* che porterà all’*Estatuto Básico del Directivo Público*, i DPP “*están condenados a una especie de insoportable levedad en su actividad profesional, sometida a las veleidades de las autoridades de nombramiento y cese. Por ello, el desbloqueo de esta situación deberá articularse sobre la base de un pacto entre los actores principales, partidos políticos y empleados públicos, a modo de ‘public service bargain’*”¹¹⁵.

¹¹² R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Política y administración en la reforma del gobierno local*, cit., 106.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ A. DE LA FUENTE SEOANE, *La insoportable levedad de la dirección pública profesional*, XII Congreso de la Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 14 luglio 2015, 20, <https://aecpa.es/files/view/pdf/congress-papers/12-0/1411/>.

¹¹⁵ *Ibidem*.

9. Il futuro della funzione dirigenziale

Il trinomio “*directivo público profesional*” (DPP), che si riferisce a *public management* in Spagna, dimostra che, sebbene le organizzazioni pubbliche siano sempre state dirette, con maggiore o minore fortuna, sulla base delle capacità personali, questa funzione di direzione non è mai stata svolta in modo professionale. Per DE LA FUENTE SEOANE, “*la razón de esta categórica aseveración se debe a que el acceso, mantenimiento, evaluación y cese de la actividad directiva en el ámbito público no ha estado, y continúa sin estar, sometida a unos parámetros preestablecidos y conocidos de antemano por sus titulares, de tal modo que permita evaluarlos*”¹¹⁶.

Non c'è dubbio che il quadro normativo esistente per la funzione dirigenziale sia molto impreciso e lassista e che, come spiega JIMÉNEZ ASENSIO, “*quedémonos con que sin un marco conceptual claro sobre una determinada institución (...) es muy difícil legislar cabalmente o desarrollar normativamente esa figura, así como también resulta complejo aplicarla de forma razonable, tanto en la práctica ejecutiva como en el quehacer de los tribunales. Sin conceptos precisos, legislar, ejecutar o juzgar, se transforman en tareas imposibles o, peor aún, preñadas de confusión*”¹¹⁷.

I problemi della “non regolamentazione” della qualifica e della funzione dirigenziale pubblica in Spagna, secondo RAMIÓ MATAS, sono quattro: “*el travestismo institucional*”, “*el infantilismo, la falta de inteligencia*” e, infine, “*una mala gestión del amor*”¹¹⁸.

¹¹⁶ *Ivi*, 21.

¹¹⁷ R. JIMÉNEZ ASENSIO, *La dirección pública profesional en España*, cit.

¹¹⁸ In altre parole: “il mutamento di ruoli tra politici e funzionari pubblici, cioè, “*políticos que en la práctica se ocupan más de prácticas y competencias funcionariales y funcionarios que atienden más a prácticas y competencias de carácter político*”; la mancata assunzione di responsabilità da parte dei dirigenti pubblici politici e professionali, cioè, “*la mayoría de los cargos políticos han hecho de la política una profesión que implica que su bienestar económico depende básicamente de mantenerse en el cargo que ocupan. Y esto los conduce a comportarse con una cobardía infantil a inhibirse en su tarea de tomar decisiones*”; la mancanza di intelligenza istituzionale, cioè “*tenemos directivos públicos con un gran dominio técnico pero que carecen de capacidad analítica para ser proactivos, para definir bien los problemas y para diseñar buenas estrategias de implementación del amplio instrumental que dominan a la perfección*”; infine, la *maladministration* della gestione pubblica, che porta alla quasi inevitabile demotivazione del dirigente professionale, cioè, “*es imprescindible que el directivo público, y en general*

BRIONES GAMARRA, negli ultimi anni, ha osservato che siamo stati testimoni di “*un modelo combinado en el que predominan los directivos extraídos del ámbito funcional mediante libre designación que preceptúa la normativa; por tanto, con un amplio grado de politización como ha sucedido desde la llegada de la democracia y ello a pesar de que se hable de profesionalización (no controlada)*”¹¹⁹. Junto a este modelo directivo-funcional, ha ido emergiendo con fuerza y cobertura legal incuestionable, un buen número de directivos de extracción privada y de designación plenamente discrecional y política”¹²⁰.

In assenza di una *leadership* politica che intenda assumere una classe dirigenziale pubblica dotata di adeguate professionalità, per JIMÉNEZ ASENSIO, “*la función directiva pública está siendo literalmente devorada por una política voraz y escasamente inteligente para advertir que los retos de la sociedad española de la segunda década del siglo XXI difícilmente se podrán afrontar de forma cabal con soluciones institucionales propias de una España decimonónica que están, como es obvio, absolutamente inadaptada para ofrecer respuestas razonables en estos momentos*”¹²¹.

Avendo dirigenti pubblici professionisti, come dichiara MUNAR RUBIA, i politici che guidano le pubbliche amministrazioni avranno molta più sicurezza e garantiranno che i programmi e i progetti che promuovono avranno successo, e saranno in grado di riorientare il loro lavoro più sulla strategia e sulla politica¹²².

L'amministrazione pubblica richiede dirigenti pubblici professionali che rispondano alle seguenti caratteristiche, secondo i criteri di RAMIÓ

cualquier funcionario, esté enamorado de la institución pública en la que presta sus servicios, apasionadamente enamorado en la defensa del interés general y del bien común, enamorado de estar al servicio de sus conciudadanos”. C. RAMIÓ MATAS, *El eslabón perdido de la administración pública española: la ausencia de una dirección pública profesional*, in *Revista de Evaluación de Programas y Políticas Públicas*, n. 8, 2017, 7-8.

¹¹⁹ Così, come esposto da H. KUPERTUS, A. RODE, *Top public managers in Europe. Management and working conditions of the senior civil servants in European Union member states*, *Ministère du Budget, Des Comptes Publics et de la Fonction Publique*, Paris, 2008, 14.

¹²⁰ O. BRIONES GAMARRA, *La obsoleta función directiva pública en España y su relación con un ¿marco normativo común?* cit., 152.

¹²¹ R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Dos instituciones innovadoras del empleo público (casi) inéditas: carrera y dirección pública profesional*, in *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 13, straordinario, 2011, 211.

¹²² F. MONAR RUBIA, *La Gestión pública local del horizonte 2030*, in *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 5, 15-29 marzo 2017, 512-513.

MATAS: un alto livello di formazione nella gestione esecutiva e, soprattutto, nella gestione di reti di organizzazioni private che forniscono una parte significativa dei servizi locali; una forte coscienza dei valori istituzionali e dell'etica della gestione pubblica; infine, la conoscenza necessaria per l'uso delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione e dei meccanismi che facilitano la partecipazione dei cittadini.

Per raggiungere questo nuovo profilo di *manager* locale, sembra necessario rafforzare i principi di uguaglianza, capacità e merito nell'accesso al livello manageriale e investire nella formazione (*pre, entry- e post*) sulle competenze manageriali¹²³.

Insomma, sono tre gli elementi che dovrebbero caratterizzare la figura del *manager* pubblico: professionalità, imparzialità e il modo in cui si stabiliscono le relazioni con il potere politico. Gli obiettivi di tutte le funzioni manageriali professionali sono che le posizioni manageriali nell'Amministrazione siano occupate dai "migliori e più brillanti" e che si raggiunga un equilibrio tra l'essenziale imparzialità nell'azione dell'Amministrazione e la responsabilità dei degli organi politici eletti di fronte ai cittadini per l'adempimento del programma di governo¹²⁴. L'obiettivo di "*un ragionevole equilibrio fra modello fiduciario e modello della distinzione appare, oggi, meno lontano che qualche anno fa. La soluzione da perseguire è abbastanza chiara e a portata di mano: eliminare la fiducia (e quindi ogni tipo di rimozione ad nutum) dagli incarichi di gestione e applicarla compiutamente ai soli incarichi di supporto all'indirizzo*", per BATTINI¹²⁵.

In sintesi, non possiamo che essere d'accordo con BAZ VICENTE quando afferma che "*el proceso modernizador de las Administraciones públicas y, en concreto, (...), va a depender, en gran medida, del establecimiento de un régimen jurídico de la función pública directiva, que permita a los directivos profesionales tomar las decisiones que les corresponde en un contexto que conduzca a los cambios que se proponen y que la sociedad necesita*"¹²⁶.

¹²³ C. RAMIÓ MATAS, *El modelo directivo en las entidades locales*, in *Revista Internacional de Organizaciones (RIO)*, n. 1, dicembre, 2008, 93.

¹²⁴ C. BLANCO GAZTAÑAGA, *La figura del directivo público profesional: reclutamiento y estatuto*, cit., 180-181.

¹²⁵ S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la 'riforma Brunetta': verso un equilibrio tra distinzione e fiducia?*, cit., 44.

¹²⁶ V. BAZ VICENTE, *El directivo público: situación actual y perspectiva de futuro*, in *Revista Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n. 377-378, agosto-settembre, 2014, 267.

10. *Riflessioni finali*

La figura del dirigente pubblico professionale in Spagna di fatto non esiste. Siamo di fronte a una tipologia legata, nella maggior parte dei casi, alla fiducia politica attraverso la nomina e la libera revoca. Esiste un confine labile tra il ruolo dei politici eletti e del personale incaricato per ragioni fiduciarie, da una parte, e il ruolo tecnico e dirigenziale, dall'altra. Questa confusione di ruoli rende impossibile l'indipendenza e la professionalità dei soggetti che accedono alla dirigenza pubblica.

Le norme statali sulla funzione di gestione risultano vaghe e persino confuse per quanto riguarda il modello di gestione, le formule di selezione e licenziamento e gli elementi oggettivi per la verifica delle capacità di gestione. E le specifiche normative settoriali o delle CCAA hanno seguito un processo di mimesi, senza mettere in discussione le carenze della disciplina quadro statale, che appare come un modello grezzo, antiquato ed eccessivamente permeabile alla politicizzazione.

È necessaria una regolamentazione, globale e integrata della funzione dirigenziale pubblica a tutti i livelli di amministrazione. In questo senso, l'elaborazione di uno "Statuto di base della dirigenza pubblica" può essere una valida alternativa. In conformità con questo Statuto di base, i vari livelli di governo dovrebbero poi determinare le posizioni dirigenziali, le loro caratteristiche e i requisiti di accesso, nonché le loro condizioni retributive.

L'accesso ai ruoli dirigenziali dovrebbe essere effettuato attraverso procedure selettive di tipo concorsuale, tenendo conto delle loro caratteristiche specifiche, senza consentire la designazione libera basata esclusivamente sulla fiducia politica, che molto spesso non riflette altro che una sorta di clientelismo politico.

In questo futuro quadro normativo, i principi di base di professionalità, imparzialità, indipendenza e responsabilità devono essere inclusi, non retoricamente, ma efficacemente, nella *ratio essendi* del regime giuridico del dirigente pubblico professionale.

Bisogna sviluppare un modello di valutazione delle prestazioni del dirigente pubblico che comprenda la responsabilità della sua gestione, a cominciare dagli obiettivi precedentemente stabiliti, passando per le sue competenze dirigenziali, fino all'etica della sua prestazione. A questo

proposito, è imperativo e necessario scollegare definitivamente la funzione direttiva e la sua autonomia dal ciclo elettorale¹²⁷.

Tra le cause della mancata evoluzione del regime giuridico della funzione dirigenziale spicca la mancanza di volontà politica di cambiare un modello che, in cambio di una maggiore professionalità e imparzialità, richiederebbe alla classe politica la perdita di uno spazio tradizionale di potere e di collocazione di soggetti affiliati ai partiti politici. Questa mancanza di coraggio della classe politica consente la sopravvivenza di un modello istituzionale di pubblica amministrazione chiaramente sottosviluppato, come osserva BRIONES GAMARRA¹²⁸.

Condividiamo assolutamente l'opinione di CELONE, nel suo eccellente lavoro, quando afferma che *“la responsabilità dirigenziale è un ulteriore strumento di controllo e imputazione nei confronti della pubblica amministrazione, che nel suo nucleo fondamentale e tradizionale si lega ai risultati prodotti dai dirigenti nell'esercizio della loro autonomia gestionale, valutati alla stregua degli obiettivi ad essi assegnati dagli organi di indirizzo politico e dai dirigenti generali”*¹²⁹.

Infine, possiamo affermare con MONAR RUBIA che *“en el escenario 2030 de los gobiernos, las Administraciones y los servicios públicos del mundo local (...) una nueva configuración de la estructura del liderazgo público, con más y mejores competencias y valores habrá decidido asumir el papel relevante de lo público que la sociedad reclama en el nuevo paradigma de la meta gobernanza, con más eficacia y eficiencia, desde el compromiso con el cambio realmente transformador y con la innovación, movilizándolo y motivando a toda la organización, para luchar contra la desigualdad, garantizar los derechos constitucionales y contribuir a generar valor social y progreso”*¹³⁰.

Nonostante tutto questo, *“la mera existencia de directivos profesionales comprometidos ya garantiza, en el peor de los escenarios, una percepción*

¹²⁷ Vid, nonostante siano state formulate all'epoca, le considerazioni molto interessanti per il futuro sul ruolo della funzione dirigenziale in E. MOREU CARBONELL, *Bases y propuestas para la configuración del régimen jurídico de los directivos públicos*, in *El personal directivo en las administraciones públicas*, cit., 173-190.

¹²⁸ O. BRIONES GAMARRA, *La obsoleta función directiva pública en España y su relación con un ¿marco normativo común?*, cit., 157.

¹²⁹ C. CELONE, *La responsabilidad dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, cit., 13.

¹³⁰ F. MONAR RUBIA, *La Gestión pública local del horizonte 2030*, cit., 515-516.

*media de la calidad de las decisiones públicas adoptadas en términos de rendimiento institucional*¹³¹. Nel modello dirigenziale “también está puesta la confianza en el modelo democrático de un país, así como en la propia consolidación de las instituciones básicas de un Estado. Es por ello que mejorando el modelo directivo mejoramos la calidad de la democracia de un país, y dicho objetivo nunca debería ser perdido de vista en las agendas políticas¹³²”.

¹³¹ C. RAMIÓ MATAS, V. ALSINA BURGUÉS, *Relación entre directivos políticos y directivos profesionales. Su impacto en términos de rendimiento institucional*, in *La Administración Pública en el siglo XXI*. ICE, julio-agosto, n. 891, 2016, 59.

¹³² O. BRIONES GAMARRA, *La obsoleta función directiva pública en España y su relación con un ¿marco normativo común?*, cit., 159.

CONCLUSIONI

di Guido Corso

È merito di Cristiano Celone di avere alimentato con la sua monografia un ampio dibattito internazionale sul tema della responsabilità dirigenziale.

Dopo alcune considerazioni generali di F. Salvia sui fallimenti della classe politica, che coinvolgono non solo la pubblica amministrazione ma l'intero assetto sociale ed economico di ciascun paese e la gerarchia dei valori su cui si fonda, i relatori hanno esplorato innumerevoli aspetti dell'istituto della responsabilità dirigenziale: la sua natura (per es. F. Fracchia e P. Pantaleone, S. Battini, C. Barbati, G. Verde, L. Giani, F. Manganaro, M. Gola, R. Cavallo Perin, G. De Giorgi Cezzi), le cause che la generano (soprattutto F. Tigano, E. Giardino e C. Napolitano), le sanzioni che la colpiscono (S. Licciardello, F. Astone), le fonti che la disciplinano (M. Ragusa, A. Contieri e N. Gullo), la valutazione dei risultati (F. Fracchia e P. Pantaleone, L. Giani), la nozione stessa di risultato (M.R. Spasiano), i rapporti tra la responsabilità dirigenziale e la responsabilità amministrativa (S. Pilato), le manifestazioni della responsabilità dirigenziale in ambiti specifici, come negli enti locali (A. Romeo, F.F. Tuccari, F. Gambardella e B. Accettura) o nelle regioni a statuto speciale (G. Armao) o nel sistema sanitario (M. D'Arienzo), la circolazione dei dirigenti in ambito europeo (B. Gagliardi). I relatori brasiliani (E.M. de Queiroz Barboza e I.N. Robl Filho) e spagnoli (J.R. Fuentes i Gasó e À. Grau i Orts) hanno dato un rilevante contributo, utile ai fini comparatistici, sul tema della dirigenza e delle responsabilità di gestione e più in generale sul sistema dei rapporti tra politica e amministrazione nei rispettivi paesi.

Il lavoro di Celone, cui alcuni intervenuti hanno fatto specifico riferimento, ha ottenuto elogi, ma anche qualche critica. F. Fracchia, ad es., si chiede se la responsabilità dirigenziale prevista dall'art. 21, co. 1, d.lgs.vo n. 165/2001, per il mancato raggiungimento degli obiettivi richieda la colpa del dirigente, come sostiene Celone. In realtà, nota Frac-

chia, di colpa si parla solo nel comma successivo (co. 1-*bis*), per l'ipotesi di omessa vigilanza sul funzionamento della struttura.

Io a mia volta mi chiedo – ma lo chiedo idealmente al legislatore e non a Cristiano – come si giustifichi questo diverso trattamento: responsabilità oggettiva per mancato raggiungimento degli obiettivi (su questo concordo con Fracchia) e responsabilità per colpa per omessa vigilanza sul funzionamento della struttura. Se il dirigente è chiamato a rispondere non solo del suo comportamento, volto alla realizzazione degli obiettivi assegnati, ma anche del comportamento dei dipendenti sui quali ha un dovere di vigilanza, un comportamento che dovrebbe essere ispirato agli stessi obiettivi, perché la colpa è richiesta nel secondo caso, ma non nel primo? O, all'opposto, perché nel secondo caso è richiesta una colpa quando sarebbe ovvio sanzionare il dirigente per il fatto obiettivo della omessa vigilanza?

Celone qualifica la responsabilità dirigenziale come “*responsabilità contrattuale di diritto pubblico*” (così p. 132 e 359). Egli sostiene che tale responsabilità è disciplinata dall'art. 1218 c.c.: sicché il dirigente può provare che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (p. 110). Ma allora dove sta il diritto pubblico, se il rapporto è disciplinato da una norma del codice civile e la fonte del rapporto creato dall'incarico è un contratto di cui è parte un organo politico che agisce “*con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*” (art. 5, d.lgs.vo n. 165/2001)?

Ovviamente l'equivoco sta alla base dell'opzione ideologica per l'impianto privatistico dell'impiego pubblico, fatta dal legislatore degli anni novanta in contrasto con una tradizione che non è solo italiana, ma è di tutti i paesi dell'Europa continentale. Opzione che viene vigorosamente criticata da P.L. Portaluri (e da A. Police).

Come dicevo, quasi tutte le relazioni si sono occupate dell'assetto costituzionale dei rapporti tra politica e amministrazione, come regolato, o forse semplicemente accennato, dagli artt. 97 e 98, Cost.

Mazzamuto osserva polemicamente che alla riforma del 1993 è stata data una valenza costituzionale: come se lo schema da essa tracciato fosse l'unico compatibile col quadro costituzionale.

Battini spiega che la destinazione degli impiegati al servizio esclusivo della Nazione è incompatibile con una relazione fiduciaria del dirigente col vertice politico che lo ha nominato; e che l'efficienza dell'azio-

ne amministrativa, implicita nel principio del buon andamento, esige l'autonomia del manager pubblico.

Secondo Battini, contrasta con questo quadro uno spoils system applicato al di fuori degli uffici di diretta collaborazione del ministro (e degli uffici corrispondenti degli enti diversi dallo Stato). Da qui la critica alle due recenti sentenze della Corte Costituzionale n. 23/19 (sui segretari comunali, con cui è stata respinta la questione di legittimità costituzionale della cessazione automatica del segretario comunale in caso di cessazione del sindaco) e n. 20/2019 (che annullando la norma sulla pubblicazione dei dati reddituali e patrimoniali dei titolari di incarichi dirigenziali, ha fatto salva la possibilità che l'obbligo sia imposto ai soli dirigenti generali in ragione del rapporto fiduciario col vertice politico).

Orientati in senso analogo sono i relatori che, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, contestano la mancata conferma dell'incarico o la destinazione ad altro incarico che non sia preceduta dalla contestazione all'interessato dei motivi che giustificerebbero tale decisione.

Analoghe preoccupazioni ha manifestato Cristiano Celone quando scrive che l'assegnazione agli organi politici della competenza ad adottare provvedimenti, pur rispecchiando il principio democratico – rappresentativo sottinteso alla responsabilità ministeriale (art. 95, Cost.), non risponde pienamente al principio di imparzialità amministrativa “*poiché la politica, per sua natura, non è imparziale*” (così a p. 19).

Altri relatori hanno affrontato temi che in parte trascendono l'oggetto del convegno. A. Zito si è occupato, con toni a mio avviso troppo allarmistici, della modifica dell'art. 81, Cost., avvenuta nel 2012; mentre M. Spasiano ha ripreso il tema piuttosto controverso dell'amministrazione di risultati.

Io non ho molta dimestichezza con la enorme produzione letteraria che a partire dagli anni novanta del secolo scorso ha riguardato questi temi. Guardo alla Costituzione, cercando di mettermi nei panni dei padri costituenti per capire cosa intendevano quando hanno pensato e deliberato le regole contenute negli artt. 28, 95, 97 e 98, Cost.

La pubblica amministrazione, di cui deve essere assicurato il buon andamento e l'imparzialità, comprende lo Stato e il complesso degli enti destinatari di attribuzioni e gli organi assegnatari di competenze (art. 97, co. 2, oggi 3): si riferisce non soltanto agli impiegati, ma anche agli amministratori pubblici, eletti o nominati. L'imparzialità è un vincolo

anche per loro: non è vero, quindi, che gli organi politici o politico-amministrativi non possano e non debbano essere imparziali. Gli organi politici e politico-amministrativi sarebbero fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 97, Cost., se questo fosse stato diversamente formulato: anziché indicare come soggetti i “*pubblici uffici*” e la “*amministrazione*”, la norma costituzionale avrebbe dovuto sottoporre ai precetti del buon andamento e della imparzialità solo i pubblici impiegati, e in particolar modo i dirigenti pubblici.

D'altra parte nessuno ha mai pensato che una delibera del Consiglio dei ministri o di una giunta comunale non possa essere impugnata per disparità di trattamento, ossia per violazione della regola dell'imparzialità. Il che presuppone che l'art. 97 trovi applicazione anche in questi casi. È vero, come ci ricorda F. Fracchia citando Luhmann, che il sistema sociale della ‘politica’ è caratterizzato dalla ricerca del consenso (e quindi, tendenzialmente dalla parzialità): ma la ricerca del consenso rivela solo sul piano sociologico e della scienza politica. Il diritto, e in particolare il diritto pubblico, pone argini a comportamenti ispirati all'esclusivo obiettivo della ricerca del consenso: per es., limitando con i vincoli di bilancio una ricerca di consenso che venga perseguita con lo spreco di risorse pubbliche. Anche dei politici si può dire che essi devono essere al “*servizio esclusivo della Nazione*”.

Quando il sindaco neoeletto dichiara che sarà il sindaco di tutti, e non solo di quelli che lo hanno votato, usa un espediente retorico: ma nello stesso tempo fa un'affermazione che è ineccepibile sul piano giuridico.

Formulando in questo modo l'art. 97, l’“*assemblea costituente ha inteso impedire la turbativa delle determinanti politiche nel delicato settore dell'amministrazione del personale*” (M.S. Giannini) e ha voluto precisare che l'impiegato “*è servo dell'ufficio e non dei superiori*” (C. Esposito). Non ha inteso, invece, esonerare i titolari degli uffici politici dall'obbligo dell'imparzialità né accettare l'idea che i politici siano al servizio solo del loro partito. Compito dei partiti è di “*concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale*” (art. 49, Cost.); e la politica “nazionale” che altro è se non quella volta “al servizio esclusivo della Nazione”?

Nel secondo comma dell'art. 97 si fa riferimento alle sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità dei funzionari. Viene usato un

termine ('funzionario') che ritroviamo nell'art. 28, ove è enunciata la clausola generale di responsabilità pubblica. In questo articolo i funzionari vengono distinti dai "*dipendenti dello Stato e degli enti pubblici*". Non è difficile desumerne che per "funzionario" la Costituzione intende il titolare dell'ufficio investito di pubbliche funzioni: non quindi il dipendente, ma tendenzialmente solo l'amministratore pubblico. Preso alla lettera, l'art. 97, co. 2, lungi dal fondare la pretesa dei dirigenti all'esercizio (quasi) esclusivo delle funzioni pubbliche – è il risultato dell'assetto delineato dal d.lgs.vo n. 165/2001 – vieterebbe l'attribuzione di tali funzioni ai dirigenti in quanto "*dipendenti*" e non "*funzionari*".

Questa era del resto la situazione esistente nel 1947 e sino al 1993. In quell'epoca gli atti delle pubbliche amministrazioni contro cui è sempre ammessa la tutela giurisdizionale (art. 113, Cost.) erano esclusivamente gli atti posti in essere dagli amministratori politici o politico-amministrativi (ministri, sindaci, consigli comunali, giunte etc.). Facevano eccezione i titolari degli organi periferici dello Stato. Pur essendo impiegati pubblici, essi erano e sono abilitati ad adottare provvedimenti amministrativi per la tutela di interessi che si esauriscono in periferia. La ragione è comprensibile: se la decisione dovesse essere presa dal ministro sarebbe tardiva e quindi inefficace. Non dimentichiamo, peraltro, che contro gli atti del prefetto o del provveditore agli studi e del soprintendente ai monumenti era sempre ammesso il ricorso gerarchico al ministro: così che la decisione ultima finiva spesso con l'esser presa dall'organo politico.

Si può pensare che per oltre quarant'anni la disciplina legislativa della pubblica amministrazione fosse incostituzionale perché in contrasto con l'art. 97, Cost.?

Tutto questo perché lo dico? Lo dico per giustificare la mia convinzione che la scelta compiuta nel 1993 di trasferire ai dirigenti la totalità della competenza provvedimentale, lasciando all'organo politico solo poteri di indirizzo e di controllo (v. ora artt. 4, 14 e 16, d.lgs.vo n. 165/2001), non fu affatto una scelta costituzionalmente obbligata, ma semmai una delle scelte costituzionalmente ammissibili.

Sotto questo aspetto io condivido le perplessità di Marco Mazzamuto (ci si è "*esageratamente rimessi all' 'esclusiva' competenza dirigenziale*") e di Fabrizio Fracchia, secondo cui la "*scelta legislativa, forse in modo troppo drastico, ha inteso ridurre eccessivamente lo spazio della politica*".

A differenza della maggior parte degli intervenuti io penso che il sistema sia sbilanciato a favore dei dirigenti, e non dei politici: e che questo squilibrio sia particolarmente evidente nella amministrazione locale alla quale si è voluto improvvidamente estendere lo schema indirizzogestione. Il cittadino di una città medio-grande conosce il sindaco che ha eletto perché lo vede in televisione o sulle pagine dei giornali, ma nei suoi rapporti con l'amministrazione si imbatte esclusivamente nei dirigenti dai quali dipende spesso l'esercizio della sua libertà economica, limitata, compressa, mortificata dai ritardi e dalle vessazioni di persone che non hanno ragione di temere le reazioni dell'elettorato.

In uno dei contributi più importanti al nostro tema (F. Merloni, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006) viene lamentato "l'aggiramento della distinzione" tra politica e amministrazione (è il titolo del XI capitolo). Tale aggiramento sarebbe stato realizzato: con la durata limitata dell'incarico, l'ampliamento dell'area della dirigenza di nomina fiduciaria, la nomina di dirigenti esterni, la revoca per inosservanza della direttiva.

Se ne deve desumere, a contrario, che l'incarico debba avere durata illimitata, che non possa essere revocato per inosservanza delle direttive, che non possa farsi ricorso a dirigenti esterni neppure quando gli interni sono incapaci. Ma se un assetto del genere trovasse attuazione, come si giustificerebbe il trasferimento ai dirigenti della competenza esclusiva a provvedere? Come si giustificerebbe una riserva di competenza ad adottare provvedimenti che l'organo politico non può annullare o revocare e che non può neppure sanzionare con la revoca dell'incarico o con la semplice mancata conferma alla scadenza?

A questo proposito Marco Ragusa segnala, criticandola, l'opinione diffusa, avallata dalla Corte costituzionale e dalla contrattazione collettiva, secondo cui l'incarico dirigenziale non sarebbe oggetto di un contratto a termine che alla scadenza cessa di spiegare effetti, ma nascerebbe da una sorta di contratto a tempo indeterminato risolubile per inadempimento (l'inosservanza delle direttive): con la conseguenza che se l'inadempimento non c'è, o non viene contestato, il dirigente godrebbe di una sorta di diritto di insistenza, come nelle vecchie concessioni di acque pubbliche. Rilievo che mi pare essere stato condiviso da A. Contieri.

La riforma degli anni novanta, trasferendo ai dirigenti la competen-

za ad adottare i provvedimenti amministrativi, ha posto il grave problema di che cosa far fare agli organi politici. Qualcosa che non li costringesse a restare in ozio.

E allora non si è trovato di meglio che attribuire loro la definizione di obiettivi, priorità, piani e programmi, da tradurre in direttive generali (art. 14, co. 1, lett. a), e art. 4, d.lgs.vo n. 165/2001).

Io mi chiedo. Ma quali sono questi obiettivi se, come richiede il principio di legalità, è la legge che determina i fini dell'amministrazione?

Come si distinguono i fini di cui parla l'art. 1 della L. 241/1990, riservando alla legge il potere di determinarli, dagli obiettivi che il d.lgs.vo n. 165/2001 rimette alla decisione degli organi politici?

Quali sono gli obiettivi che un assessore comunale all'edilizia privata deve prescrivere al responsabile dell'ufficio tecnico comunale, se non quello di esaminare le richieste di permesso di costruire, di autorizzazione, di lottizzazione o le denunce di inizio di attività nei tempi che sono prescritti per ciascuno di questi procedimenti?

Esistono altri obiettivi oltre a quelli che discendono dalle norme legislative, regolamentari e di piano in materia di edilizia?

L'artificialità di questo schema può coglierla chi va a leggere una delle tante direttive annuali che i ministri adottano (o dovrebbero adottare) ai sensi dell'art. 14 del d.lgs.vo n. 165/2001. Nella stragrande maggioranza dei casi le direttive contengono solo l'elenco dei compiti degli uffici di cui i dirigenti hanno la gestione e dei quali si chiede ai dirigenti lo svolgimento nell'arco dell'anno.

L'altro caposaldo della riforma è la c.d. privatizzazione del p.i. (mi correggo, non si può più parlare di pubblico impiego, ma solo di rapporto di lavoro con l'ente pubblico).

La privatizzazione è stata introdotta per una ragione ideologica (l'opzione per il diritto privato, il cedimento alla cultura giuslavoristica, e soprattutto la pressione sindacale); ed è stata giustificata con una motivazione del tutto insincera (l'idea che disponendo della "capacità e dei poteri del privato datore di lavoro" le P.A. fossero più libere nella gestione del personale).

L'esperienza, abbondantemente richiamata da molti relatori, ha dimostrato che la natura del rapporto ha portato la giurisprudenza civile a ripubblicizzarlo, munendo il dirigente delle garanzie procedurali

proprie del diritto amministrativo, ancorché forzatamente ricondotte ai principi privatistici di buona fede e affidamento.

Contrasta con un principio del diritto del lavoro la scissione, nel dirigente, tra qualifica e mansioni. Superando il concorso o il corso-concorso il candidato diventa dirigente, ne acquisisce la qualifica: ma perché possa esercitare le mansioni o funzioni proprie della qualifica, egli ha bisogno di un incarico conferitogli dall'organo politico. E questo incarico è a un tempo determinato, per non meno di tre anni e non più di cinque.

È un congegno che a molti non piace perché porrebbe il dirigente alla mercé dell'organo politico, libero, alla scadenza, di non rinnovare l'incarico.

Osservo. Se il politico non avesse questo potere, che cosa ci starebbe a fare se, spogliato della competenza a provvedere, non potesse decidere se confermare o non confermare l'incarico verificando la rispondenza dei risultati dell'attività del dirigente agli indirizzi impartiti (art. 4, d.lgs.vo n. 165/2001)?

Un'ultima considerazione.

Secondo una opinione diffusa in Italia e fuori (OCSE, Commissione europea, agenzie di rating, fondi comuni, imprenditori e investitori stranieri) una delle cause del declino dell'Italia è il mal funzionamento della pubblica amministrazione, il suo stile comportamentale, i tempi biblici della sua azione, le sue inerzie, le sue pavidità, la sua inarrestabile inclinazione alla "complicazione" (sebbene ci siano decine di provvedimenti legislativi che fanno appello alla "semplificazione").

Non intendo sostenere che ciò dipenda dalla riforma degli anni novanta. Ma è illecito pensare che essa abbia dato un contributo a questo sfascio?

E se noi dedicassimo un prossimo convegno, non alla tutela e alle garanzie dei dirigenti contro i politici – in questo si risolve spesso il discorso sulla responsabilità dirigenziale – ma alle ragioni per cui l'amministrazione italiana costituisce spesso un grosso ostacolo alla ripresa della società italiana?

RINGRAZIAMENTI

di Cristiano Celone

Desidero rivolgere un caloroso ringraziamento agli autori di questo volume, che unitamente al convegno ho avuto il privilegio di curare con il mio maestro la professoressa Maria Immordino.

Un sentito grazie va in particolare al professore Filippo Salvia, la cui partecipazione ad entrambe le iniziative è stata un segno di grande affetto e stima.

Mi preme ugualmente riservare un sentito ringraziamento:

Al magnifico rettore, professore Fabrizio Micari, per avere patrocinato il convegno ed aperto i lavori, concedendo la storica sala delle Capriate nel complesso monumentale dello Steri ed i servizi di assistenza da parte del personale del cerimoniale e degli uffici responsabili dell'elaborazione del materiale grafico e della divulgazione della manifestazione, a cui vanno pure i miei vivi ringraziamenti.

Agli organi ed alle istituzioni che hanno sostenuto economicamente l'evento: la Commissione "didattica e ricerca" e la ex Scuola delle Scienze giuridiche ed economico-sociali del mio Ateneo, il vice-presidente e assessore per l'economia della Regione siciliana, professore Gaetano Armao, il presidente dell'Irfis-FinSicilia s.p.a., professore Giacomo Gargano.

Al dottore Guido Carlino, oggi presidente della Corte dei conti, per avere promosso l'iniziativa, ed al dottore Angelo Buscema, oggi giudice della Corte costituzionale, per avere accordato il patronato della Corte dei conti e presieduto una delle sessioni di lavoro.

Al professore Leoluca Orlando, sindaco della Città di Palermo, per aver concesso il patrocinio e pubblicizzato l'evento.

Al professore Salvatore Raimondi, presidente dell'Associazione avvocati amministrativisti della Sicilia, e all'avvocato Giuseppe Di Stefano, già presidente del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Palermo, per avere portato i saluti istituzionali. All'avvocato Giovanni Immordino, oggi presidente del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Palermo, per

avere assecondato l'evento ai fini del patrocinio e dell'accreditamento nell'ambito della formazione continua degli avvocati.

Agli altri enti patrocinatori: la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome; l'Associazione italo-brasiliana dei professori di diritto amministrativo e costituzionale (AIBDAC); la Rivista di Diritto Pubblico "Nuove Autonomie", che ha anche contribuito alle spese di pubblicazione di questo volume.

Al dottore Rosario Castiglione per avermi assistito nella gestione degli aspetti contabili e finanziari dell'evento.

Alla dottoressa Fabiola Morello per il servizio fotografico.

All'avvocato Giulia Torta ed al dottore Michele Aiello, infine, per avermi collaborato nell'organizzazione del convegno e nella revisione del volume.

NOTE SUGLI AUTORI E SUI CURATORI

Barbara Accettura

Docente a contratto di diritto amministrativo nella Scuola di specializzazione per le professioni legali dell'Università del Salento

Gaetano Armao

Professore aggregato di contabilità pubblica nell'Università degli studi di Palermo. Vicepresidente ed Assessore all'economia della Regione siciliana

Francesco Astone

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Messina

Carla Barbati

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università IULM di Milano

Stefano Battini

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi della Toscana

Angelo Buscema

Giudice della Corte costituzionale, già Presidente della Corte dei conti

Gustavo Buss

Mestrando em Direitos Humanos e Democracia no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR

Roberto Cavallo Perin

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Torino

Cristiano Celone

Professore associato abilitato alle funzioni di professore di prima fascia di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo

Salvatore Cimini

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Teramo

Alfredo Contieri

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi "Federico II" di Napoli

Guido Corso

Professore emerito di diritto amministrativo nell'Università degli studi "Roma Tre"

Mariaconcetta D'Arienzo

Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Napoli "Parthenope"

Gabriella De Giorgi Cezzi

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università del Salento

Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Professora de direito constitucional dos programas de mestrado e doutorado da UFPR e do mestrado da Uninter

Fabrizio Fracchia

Professore ordinario di diritto amministrativo nella Libera Università Commerciale "Luigi Bocconi" di Milano

Josep Ramon Fuentes i Gasó

Professore associato di diritto amministrativo nell'Universitat Rovira i Virgili di Tarragona

Barbara Gagliardi

Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Torino

Fortunato Gambardella

Ricercatore di diritto amministrativo nell'Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Loredana Giani

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università Europea di Roma

Edoardo Giardino

Professore associato di diritto amministrativo nella Libera Università Maria Ss. Assunta (LUMSA), sede di Palermo

Marcella Gola

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università Alma Mater Studiorum di Bologna

Àlex Grau i Orts

Professore a contratto di diritto amministrativo nell'Universitat Rovira i Virgili di Tarragona

Nicola Gullo

Professore associato abilitato alle funzioni di professore di prima fascia di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo

Maria Immordino

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo e componente della sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana

Sebastiano Licciardello

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Catania

Francesco Manganaro

*Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi
Mediterranea di Reggio Calabria*

Marco Mazzamuto

*Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi
di Palermo*

Clara Napolitano

Ricercatore a t.d. di diritto amministrativo nell'Università del Salento

Pasquale Pantalone

*Ricercatore a t.d. di diritto amministrativo nell'Università degli studi di
Milano*

Salvatore Pilato

*Presidente della sezione regionale di controllo della Corte dei conti per il
Veneto*

Aristide Police

*Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università LUISS
"Guido Carli" di Roma*

Pier Luigi Portaluri

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università del Salento

Marco Ragusa

*Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di
Palermo*

Ilton Norberto Robl Filho

*Professor de direito constitucional da Faculdade de direito da Universidade
Federal do Paraná (UFPR) e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)*

Anna Romeo

*Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi
di Messina*

Filippo Salvia

Professore già ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo ed ex componente della sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana

Mario Spasiano

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Fabrizio Tigano

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Catania

Francesco Tuccari

Professore associato abilitato alle funzioni di professore di prima fascia di diritto amministrativo nell'Università del Salento

Giuseppe Verde

Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo e componente della sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana

Alberto Zito

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Teramo

Finito di stampare nel mese di novembre 2020
presso la *Grafica Elettronica* – Napoli