



Numero 2 / 2021

Vito Tenore

**Atti gestionali del personale pubblico non privatizzato:
applicabilità (in parte) del d.lgs. n.165/2001 e conseguente
passaggio di competenze dal Ministro alla dirigenza**

Atti gestionali del personale pubblico non privatizzato: applicabilità (in parte) del d.lgs. n.165/2001 e conseguente passaggio di competenze dal Ministro alla dirigenza (*)

Vito Tenore
Presidente di Sezione della Corte dei Conti, Sezione Giurisd. Lombardia
Professore di diritto del lavoro pubblico presso la SNA

ABSTRACT

Lo studio analizza l'impatto del d.lgs. n.165 del 2001 sulle carriere pubbliche "non privatizzate" (militari, polizia, magistrati, prefetti, diplomatici, avvocati dello Stato, authorities, servizi segreti etc.), vagliando gli istituti e i principi del testo unico applicabili anche a tali carriere, pur rette da norme ordinarie settoriali. Queste ultime vanno però lette alla luce delle linee guida sul lavoro pubblico delineate dal d.lgs. n.165 per tutte le carriere, in regime di diritto privato e in regime di diritto pubblico. Tra queste linee guida assume ruolo centrale la separazione tra organi di governo (Ministro) e organi gestionali (dirigenza): a questi ultimi compete la gestione del rapporto di lavoro del personale, quale che sia la qualifica, anche apicale, rivestita dal destinatario del provvedimento.

SOMMARIO: 1. Un luogo comune errato: alle carriere in regime di diritto pubblico non si applicherebbe il d.lgs. n.165 del 2001. – 2. Confutazione del luogo comune: istituti del d.lgs. n.165 del 2001 operanti anche per le carriere non privatizzate ed istituti di più difficile applicabilità. - 3. Considerazioni conclusive: la competenza dirigenziale e non ministeriale su atti gestionali lavoristici anche per le carriere pubbliche non privatizzate. L'avallo giurisprudenziale ancora non ben noto a tutti.

1. Un luogo comune errato: alle carriere in regime di diritto pubblico non si applicherebbe il d.lgs. n.165 del 2001.

A fronte di una iperproduzione dottrinale sul lavoro pubblico "privatizzato" (o "depubblicizzato")¹, le carriere pubbliche non privatizzate, ovvero quelle relative al "personale in

(*) L'articolo verrà pubblicato anche sul n.1 del 2021 della rivista *Il Lavoro nelle P.A.*

¹ Sul pubblico impiego privatizzato si segnalano, tra gli studi monografici e le raccolte giurisprudenziali più recenti di portata generale, senza pretesa di esaustività: CALENDIA, *Il rapporto di lavoro pubblico*, Milano, 2021; TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, 4 ed. Roma, Epc, 2020; AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Milano, 2019; ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI, ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2018; AA.VV. (a cura di GARILLI e altri), *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la "riforma Madia"*, Padova, 2018; FOCCILLO, *Il rapporto di lavoro del pubblico impiego. Evoluzione e commento*, Aracne, 2018; SILVESTRO, *Il nuovo pubblico impiego dopo la riforma Madia*, Roma, 2017; BIANCO, BOSCATI, RUFFINI, *La riforma del pubblico impiego e della valutazione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017; GALANTINO, LANOTTE, *Diritto del lavoro pubblico*, Bari, 2017; MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Bari, 2017; PASSALACQUA, *La Pubblica Amministrazione dopo la Riforma Madia*, Santarcangelo di Romagna, 2017; CERRETA, RIOMMI, *Le recenti riforme dei rapporti di lavoro delle pubbliche amministrazioni e della scuola pubblica. Profili teorici*

regime di diritto pubblico” di cui all’art.3, d.lgs. 30 marzo 2001 n.165, sono state invece scarsamente studiate sul piano scientifico nei relativi profili lavoristici². Il disinteresse della dottrina appare privo di giustificazione ove ci si soffermi a considerare la rilevanza numerica dei lavoratori³ rientranti in tale categoria, le interessanti peculiarità che connotano i loro variegati (e assolutamente poco uniformi) regimi e la rilevante litigiosità che connota anche questo personale, come si desume da una attenta consultazione dei repertori e delle banche dati della giurisprudenza amministrativa, a cui sono ancora oggi devolute le controversie in base all’art.63, co.4, d.lgs. n.165⁴.

e operativi, Bari, 2017; TORIELLO, *La riforma 2017 della pubblica amministrazione (commento organico alla Madia e a tutti i decreti attuativi)*, Roma, 2017; FIORILLO, *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Padova, 2017; CERRETA, RIOMMI (a cura di), *Le recenti riforme dei rapporti di lavoro delle pubbliche amministrazioni e della scuola pubblica*, Torino, 2016; OLIVERI, *Riforma Madia e pubblico impiego*, Sant’Arcangelo di Romagna, 2015; PEDACI, SILVESTRO (a cura di), *Testo unico pubblico impiego esplicito. Il D.Lgs. 30 marzo 2011, n. 165 spiegato articolo per articolo* (Codici espliciti), Napoli, 2014; LAPERUTA, *Il lavoro alle dipendenze delle p.a.*, Maggioli, 2014; SILVESTRO, *La pubblica amministrazione dall’unità d’Italia alla riforma Delrio*, Napoli, 2014; NAPOLI, GARILLI, *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013; FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione*, Torino, 2013; SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Milanofiori Assago, 2013; AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione*, Napoli, 2013; APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego “privatizzato”*, Milano, 2012; GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Torino, 2012.

² Su tali carriere, oltre a laconici accenni contenuti nei manuali e saggi sul pubblico impiego privatizzato citati in nota 1, si segnala l’unico studio sistematico rappresentato dal trattato in 5 volumi CARINCI, TENORE (a cura di), *Il pubblico impiego non privatizzato*, Milano, 2007-2010, ove vengono analizzate in dettaglio, nei loro profili lavoristici, tutte le carriere non privatizzate, oltre a quelle del personale di Camera, Senato, Consulta e Presidenza della Repubblica. V. anche POZZI, *Il contenzioso lavoristico delle carriere non privatizzate innanzi al giudice amministrativo: principio di specialità, discrezionalità tecnica, risarcimento del danno, pregiudizialità amministrativa, colpa dell’amministrazione*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2007, 6, 1031.

³ Il dato numerico complessivo è assai rilevante: circa 500.000 unità di lavoratori alle dipendenza della P.A. sottostanno ad un regime pubblicistico.

Gli appartenenti alle Forze armate, al 2014, erano 174.000, a cui vanno aggiunti gli appartenenti a Carabinieri e Guardia di Finanza, così giungendosi a 337.000 unità. Gli appartenenti alla Polizia di Stato erano, al 2005, circa 105.000 (di cui 893 dirigenti). I docenti universitari (ordinari, associati e ricercatori) erano 44.844 al 2018. I magistrati ordinari erano 10.151 al 2008 a cui vanno aggiunti 500 magistrati amministrativi e 600 magistrati contabili (e meno di 100 magistrati militari). Gli Avvocati e Procuratori dello Stato sono 370. Gli appartenenti alla carriera prefettizia, al 2019, erano 1.105 (di cui circa 170 prefetti). I diplomatici, al 2019, erano 1.149 (di cui 24 ambasciatori). I dipendenti della Banca d’Italia erano, al 2018, 6.689. I dipendenti della Consob, al 2019, erano 671 (di cui 75 dirigenti). I dipendenti dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato, al 2020, erano, 281. I dipendenti del Corpo dei Vigili del Fuoco, al 2016, erano 33.908. Gli appartenenti alla dirigenza penitenziaria (circa 286 unità) e i pochissimi ufficiali del disciolto Corpo agenti di custodia R.E., si aggiungono ai 41.202 appartenenti al Corpo di Polizia penitenziaria al 2017 (di cui 715 direttivi). Infine gli appartenenti al comparto intelligence dovrebbero esser poco più di 4.000 ad oggi.

⁴ Sulla crescita del contenzioso tra le carriere non privatizzate, assai esaustivo appare il citato studio di POZZI, *Il contenzioso lavoristico delle carriere non privatizzate innanzi al giudice amministrativo*, cit., 1034 ss., il quale riferisce che innanzi ai TAR nel 2001 i nuovi ricorsi erano 16.000, nel 2002 erano 12.000, nel 2004 erano 11.000. Non si rinvencono, inspiegabilmente, dati successivi editi o reperibili presso il Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa o l’Avvocatura dello Stato. Sarebbe auspicabile una ricognizione complessiva, primo presupposto per iniziative correttive sul piano normativo (individuando i “filoni” più frequenti) e deflattive del contenzioso. Né risulta mai effettuata una ricognizione, attraverso un auspicabile referto della Sezione Centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato della Corte dei Conti, o attraverso uno studio mirato (o dati statistici) da parte dell’Avvocatura dello Stato, che ha il polso, quale difensore erariale, del numero delle difese assunte negli ultimi anni per le carriere non privatizzate innanzi ai TAR.

E’ tuttavia evidente, dalla mera lettura dei repertori e dalla consultazione delle banche dati, che anche tale carriere, fortemente gerarchizzate, vedono una forte crescita del contenzioso, sintomo di italica litigiosità genetica, perdita del *metus* verso le gerarchie, perdita del senso di appartenenza alle Istituzioni, incertezze normative, oscillazioni giurisprudenziali, numero eccessivo di avvocati in Italia (quasi 300.000), scarsa propensione a strumenti deflattivi-conciliativi stragiudiziali.

I filoni più diffusi riguardano sanzioni disciplinari, sospensioni cautelari, trasferimenti, mancati avanzamenti di carriera, ricomputi stipendiali, indennità non erogate, attività extralavorative, che si aggiungono a quelli “prelavorativi” afferenti le procedure concorsuali.

Se il lavoro pubblico, sul piano sostanziale e processuale, si è avvicinato a quello privato, pur conservando alcune evidenti diversità ontologiche⁵, che una coriacea dottrina lavoristica si ostina a non voler riconoscere nonostante dati normativi inequivoci⁶ e pronunce illuminanti della Cassazione⁷, le carriere di cui all'art.3, del d.lgs. n.165 restano decisamente lontane da moduli privatistici e contrattuali, creando un evidente “micro-ordinamento” connotato da regimi assai diversi tra di loro⁸ e ancor più diversi da quello generale delle carriere privatizzate.

Uno dei pochi comuni denominatori che uniscono tali carriere è dato dal frequente richiamo, nei rispettivi ordinamenti, al “vecchio” d.P.R. 10 gennaio 1957 n.3 (t.u. impiegati civili dello Stato), i cui precetti però, nella parte in cui non risultano abrogati o disapplicati, devono oggi essere comunque letti alla luce delle modifiche sistemiche intervenute sul lavoro pubblico in generale e, soprattutto, alla luce del d.lgs. n.165 del 2001 e dei suoi principi portanti, vere e proprie regole generali del pubblico impiego, privatizzato o meno, che influenzano l'ermeneusi dei testi normativi più risalenti, quali il d.P.R. n.3 del 1957 o le norme settoriali delle singole carriere non privatizzate.

⁵ Come sostenuto in altra sede (TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, cit., 40 segg.) la “privatizzazione” non esclude che la P.A. non persegua più interessi pubblici esterni al contratto (che resta funzionalizzato al rispetto dell'art. 97 cost.), in quanto ogni scelta gestionale di un dirigente pubblico, ancorché espressa con poteri privatistici, è, e deve essere, sempre ispirata al principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità della P.A. ed al rispetto di tutte le leggi, anche diverse dal codice civile e dalle norme lavoristiche private (estese al datore pubblico), dirette alla pubblica amministrazione. In altre parole, la logica privatistica del profitto e dell'utile di impresa, la logica del raggiungimento di un obiettivo “con ogni mezzo lecito”, la logica dell'interesse esclusivo datoriale, non si attaglia pienamente alla pubblica amministrazione, che sottostà al preminente obiettivo di rendere un servizio pubblico in modo terzo ed imparziale, rispettando tutto il quadro normativo vigente (e non solo il codice civile e le norme lavoristiche) fatto di fonti di natura anche pubblicistica (norme tributarie e previdenziali, norme in materia di gare, appalti, concorsi, trasparenza, anticorruzione, *privacy*, informatizzazione, conflitti di interesse, incompatibilità, inconfiribilità etc.) e che, soprattutto, sottostà agli obiettivi costituzionali (art. 97 cost.), che sono un fine assolutamente preminente nella gerarchia delle fonti, anche costituzionali.

⁶ Si pensi, tra le tante peculiarità che connotano ancora oggi il lavoro pubblico ancorché privatizzato, al regime del doveroso reclutamento concorsuale, al regime delle incompatibilità per i pubblici dipendenti, al conflitto di interessi *ex* d.P.R. n. 62 del 2013, all'inipotizzabile inquadramento in superiore qualifica a seguito di svolgimento di mansioni superiori, alla responsabilità amministrativo-contabile del solo lavoratore pubblico (ancorché privatizzato), alla funzionalizzazione del potere disciplinare, rispondente a finalità anche etiche e di tutela del buon andamento, imparzialità e dell'immagine pubblica che assolve la sanzione inflitta dal datore pubblico, con conseguente piena “*obbligatorietà*” dell'azione disciplinare nel lavoro pubblico rispetto alla “*facoltatività*” vigente nel lavoro privato. Ma la “spiccata specialità” del rapporto di lavoro pubblico è confermata dalla applicabilità solo a pubblici dipendenti della maggior parte dei precetti della l. n.190 del 2012, del regime di incompatibilità e inconfiribilità (d.lgs. n.39 del 2013), delle norme sulla trasparenza (d.lgs. n.33 del 2013).

⁷ La rilevanza di tali momenti e fini pubblicistici, di matrice costituzionale (art. 97 cost., prevalente nel lavoro pubblico, sull'art. 41 cost.), anche in un sistema di pubblico impiego privatizzato, è stata da sempre rimarcata, oltre che dal Consiglio di Stato (si pensi, tra i tanti, al parere ad.gen., 31 agosto 1992 n.146, reso sul d.d.l. sulla privatizzazione sfociato nella legge n.421 del 1992, madre del d.lgs. n.29 del 1993), dalla Cassazione sin dalla pronuncia a sezioni unite 6 febbraio 2003 n.1807 che parlò di “spiccata specialità” del rapporto di lavoro pubblico “contrattualizzato”. Tale specialità è stata di recente ben sottolineata, sulla scorta di enunciati della stessa Consulta 24 ottobre 2008 n. 351 sullo *spoils system*, nella nota sentenza 9 giugno 2016, n. 11868 della Cassazione relativa alla non applicabilità delle modifiche all'art. 18 St. lav. apportate dalla riforma Fornero n. 92 del 2012 al lavoro pubblico, ove si legge che “una eventuale modulazione delle tutele nell'ambito dell'impiego pubblico contrattualizzato richiede da parte del legislatore una ponderazione di interessi diversa da quella compiuta per l'impiego privato, poiché, come avvertito dalla Corte Costituzionale, mentre in quest'ultimo il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente, nel settore pubblico il potere di risolvere il rapporto di lavoro, è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi (Corte Cost. 24.10.2008 n. 351). Viene, cioè, in rilievo non l'art. 41 Cost., commi 1 e 2, bensì l'art. 97 della Carta fondamentale, che impone di assicurare il buon andamento e la imparzialità della amministrazione pubblica”.

⁸ Ad esempio non tutte le carriere in regime di diritto pubblico prevedono negoziazioni per la definizione di aspetti economici e giuridici (non la hanno le carriere magistratuali). Molto diversi sono i sistemi di reclutamenti, di progressione di carriera, i regimi disciplinari, i sistemi di valutazione, le attribuzioni dei posti di funzione e direttivi, i diritti sindacali etc. Per un analitico esame, il richiamo è necessariamente a CARINCI, TENORE (a cura di), *Il pubblico impiego non privatizzato*, Milano, 2007-2010, cit.

A parte quanto si dirà nel prosieguo in ordine a diversi precetti sostanziali del d.lgs. n.165 del 2001 di generale operatività (esplicita o implicita), le uniche incontestabili norme processuali unitariamente e testualmente vevoli per tutte le carriere pubbliche attengono ai contenziosi concorsuali, devoluti al giudice amministrativo *ex art.63, co.4, d.lgs. n.165*, venendo in rilievo una fase pacificamente pubblicistica antecedente e prodromica all'instaurazione del rapporto di pubblico impiego (privatizzato o meno), e ai contenziosi pensionistici, devoluti unitariamente ed esclusivamente alla Corte dei conti *ex artt.13 e 62, r.d. 12 luglio 1934 n.12141 ed ex artt.1, co.2, 9, co.2 e 151 del d.lgs. 26 agosto 2016 n.174*⁹. Parimenti accomunate, sotto il profilo processuale, sono tutte le carriere pubbliche nei contenziosi per l'accesso agli atti adottati o detenuti dalla P.A.-datore (di natura pubblica o privatistico-negoziiale), unitariamente devoluti al giudice amministrativo *ex art.24, co.5, l. n.241 del 1990 ed ex art.116, d.lgs. n.104 del 2010*.

La sottrazione di tali carriere “*in regime di diritto pubblico*” alla generale privatizzazione del rapporto di pubblico impiego viene giustificata, per talune di esse, dalla non contrattualità di diritti e doveri tramite sindacati (Magistrati, appartenenti alle Forze Armate), che però per altre carriere in regime di diritto pubblico è fisiologica (prefetti, diplomatici, dipendenti di *authorities*, per non parlare del personale dei VVFF e della Polizia di Stato che è addirittura tradizionalmente molto vivace sul piano sindacale). Per altre carriere la sottrazione alla privatizzazione del rapporto di pubblico impiego è desunta dalle alte potestà pubbliche o dalle pubbliche funzioni di cui sono investite (diplomazia, forze armate e di Polizia, carriera prefettizia, comparto sicurezza, Magistratura, *authorities*) o dalla forte gerarchizzazione che le connota, incompatibile con il riconoscimento delle prerogative e dei diritti di cui sono titolari i restanti lavoratori pubblici e permeata di obblighi più numerosi e stringenti (forze armate e di Polizia, diplomazia, carriera prefettizia), o dalla valenza costituzionale dei compiti loro affidati in materia di Giustizia, sicurezza pubblica, relazioni internazionali, tutela della Nazione, tutela del credito e del risparmio (magistrati, Avvocati dello Stato, forze armate e di Polizia, diplomazia, carriera prefettizia, Banca d'Italia, *authorities*).

Molteplici e concorrenti sono dunque le ragioni della “non privatizzazione” di alcune carriere pubbliche, numericamente non trascurabili.

In prospettiva processuale e sul piano metagiuridico, inoltre, la non devoluzione all'a.g.o. del contenzioso lavoristico di queste peculiari carriere è dettata, secondo alcuni, dall'esigenza di lasciare delicate controversie ad un giudice più “sensibile” agli interessi pubblici e quasi “dialogante” con le autorevoli e contigue amministrazioni parti in causa¹⁰. Invece, sul piano più tecnico e sistematico, la scelta è comunque un coerente corollario della natura *provvedimentale* e non *privatistico-negoziiale* degli atti di gestione dei relativi dipendenti: un trasferimento, una sanzione disciplinare, una sospensione cautelare, un ricomputo stipendiale, una valutazione in sede di avanzamento restano, per tali carriere, provvedimenti amministrativi e non già determine privatistiche assunte con “*le capacità e i poteri del privato datore di lavoro*” (art.5, co.2, d.lgs. n.165). E il giudice dei provvedimenti amministrativi, involgenti diritti e interessi legittimi, è notoriamente quello amministrativo, come conferma il cennato art.63, co.4, d.lgs. n.165.

Sotto quest'ultimo profilo, giova rimarcare che qualificare un atto gestionale del datore pubblico come *provvedimento amministrativo* o come *determina di natura privatistica* non è privo di

⁹ Sui profili sostanziali e processuali del contenzioso pensionistico pubblico, v. i contributi di CORSETTI e CASO in TENORE (a cura di), *La nuova corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, IV ed., 2018, 1008 e 1268.

¹⁰ Senza inutili giri di parole, molti Magistrati amministrativi provengono (per concorso o per nomina governativa) da altre carriere non privatizzate (prefettizia, avvocatura dello Stato, magistratura ordinaria o contabile, Banca d'Italia, Forze di Polizia), o svolgono frequenti incarichi in Gabinetti di amministrazioni in regime di diritto pubblico ed hanno dunque una peculiare vicinanza e sensibilità sui temi lavoristici che poi vengono chiamati a valutare in sede contenziosa. Il tema viene garbatamente posto anche da PROTO PISANI, *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, in *NDI*, app., Torino, 1983, 56, ripreso da POZZI, *Il contenzioso lavoristico delle carriere non privatizzate innanzi al giudice amministrativo*, cit., 1038.

conseguenze non solo per le ricadute in punto di giurisdizione, ma anche sul piano della disciplina sostanziale applicabile¹¹. Difatti:

- a) non trovano applicazione se non per i provvedimenti e i procedimenti amministrativi i precetti della legge 7 agosto 1990 n.241 (motivazione, comunicazione di avvio di procedimento, preavviso di rigetto, tempistica procedimentale etc.), non operante per determinate lavoristiche di natura negoziale¹²;
- b) non sono proponibili i ricorsi amministrativi (gerarchico e straordinario) avverso determinate lavoristiche datoriali, ma solo nei confronti di atti amministrativi, come sanciscono gli artt.1 ed 8 del d.P.R. 24 novembre 1971 n.1199 e come ribadisce l'art.7, co.8 del d.lgs. 2 luglio 2010 n.104¹³;
- c) non sono prospettabili i vizi dell'atto amministrativo (violazione di legge, eccesso di potere, incompetenza) avverso determinate lavoristiche di natura privatistica, impugnabili innanzi all'a.g.o. prospettando solo vizi di natura negoziale (nullità, annullabilità, difetto di buona fede, abuso di diritto, violazioni del CCNL etc.)¹⁴;
- d) la natura provvedimentale o privatistica dei poteri del datore-P.A. non incide invece, né per le carriere in regime pubblico né per quelle in regime privatizzato, sulle posizioni soggettive dei lavoratori, che, per ambo le categorie, possono consistere in diritti (stipendiali, aspettative, congedi, ferie etc.) o in interessi legittimi (alla riammissione in servizio del dimissionario, al comando o distacco, al fuori ruolo, all'ottenimento di uno specifico incarico etc.). Sia quella

¹¹ Per una accurata analisi dei corollari derivanti dalla natura degli atti datoriali, pubblicistica o privatistica, si rinvia a TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, 4 ed. Roma, Epc, 2020, 97 segg. Per la tesi secondo cui i poteri di microgestione del rapporto di lavoro presso la p.a. avrebbero, dopo la novella del 1993 e la contrattualizzazione, sempre natura di "poteri datoriali di diritto privato" e non già di atti amministrativi, cfr. APICELLA, *Le determinazioni della pubblica amministrazione datore di lavoro ed il sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.-CdS*, 2004, f.6-7, 2069; TENORE, APICELLA, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato in contrasto sulla natura attoria o contrattuale delle determinazioni datoriali nel rapporto d'impiego pubblico privatizzato*, in *Foro amm.*, fasc.10, 2160; GRASSO, *L'atto non autoritativo nel pubblico impiego contrattualizzato (tra mitologia e realtà giuridica)*, in *Foro amm.-CdS*, 2004, 2722 ss.; BELLAVISTA, *L'esercizio dei poteri del privato datore di lavoro*, in *Diritto del lavoro*, a cura di CARINCI e ZOPPOLI, Torino, 2004, 89 ss.; FIORILLO, *commento all'art.5, d.lgs.n.165 del 2001*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il diritto del lavoro, III, Il lavoro pubblico*, Milano, 2004, 78 ss.; NOVIELLO, *La natura privatistica o pubblicistica degli atti del procedimento disciplinare*, in quaderni Formez, *Il procedimento disciplinare*, 2004; APICELLA, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Enc.dir., Aggiornamento*, vol.VI, Milano, 2002, 602 ss.; NOVIELLO, SORDI, APICELLA, TENORE (con il coordinamento di TENORE), *Le nuove controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso*, Milano, 2001, 91 seg.; LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI, D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, II ed., 2000, tomo I, 238; CARDI, *Commento all'art.4, d.lg. n.80 del 1998*, in DELL'OLIO, SASSANI (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo (commento ai d.lg. n.80 e 387 del 1998)*, Milano, 2000, 64; D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in BATTINI, CASSESE (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997, 17 ss.

¹² Cass., sez. lav., 18 ottobre 2016 n. 21032, in *Ced Cassazione*; id., sez. lav., 26 agosto 2016 n. 17367, in *Ced Cassazione*; id., sez.un., 27 giugno 2013 n.16224, in *Ced Cassazione*; Cass., sez.lav., 30 dicembre 2009 n. 27888, in *Il lav. nelle p.a.*, 2009, 6, 1081; id., sez.lav., 24 ottobre 2008 n.25761, in *Ced Cassazione*; Cass., sez.lav., 18 febbraio 2005 n.3360, *ivi*; id., 2 aprile 2004 n. 6570, in *Foro amm. CDS*, 2004, 1026; id., sez.lav., 28 luglio 2003 n.11589; id., 16 maggio 2003 n.7704, tutte in APICELLA, CURCUTO, SORDI, TENORE, *Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza*, Milano, 2005, 70 ss. ove si rinviene anche la giurisprudenza di merito *in terminis*. Per la natura privatistica degli atti gestionali del lavoro pubblico privatizzato v. *ex pluribus* Cass., sez.un., 20 ottobre 2017 n.24877, in *Ced Cassazione*; id., sez. lav., 24 settembre 2015 n. 18972, *ivi*; id., sez.lav., 1 ottobre 2015 n. 19626, *ivi*; id., sez.un., 22 agosto 2013 n. 19425, *ivi*; id., sez.un., 27 giugno 2013 n.16224, in *Ced Cassazione*; id., sez. un., 27 dicembre 2011 n. 28806; id., sez. un., 13 ottobre 2011 n. 21060.

¹³ Sulla scomparsa nel solo pubblico impiego privatizzato dei ricorsi amministrativi, si rinvia a TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, cit., 886 segg. Tali rimedi sono invece ampiamente utilizzati, ma con rari accoglimenti, dalle carriere in regime di diritto pubblico connotate da atti gestionali di natura provvedimentale, in quanto più economici e rapidi, anche se spesso poco proficui (soprattutto quello gerarchico, comprensibilmente assai "respingente").

¹⁴ Si rinvia ancora a TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, cit., 106 segg.

del g.o. sia quella del g.a. in materia di pubblico impiego sono, a seconda delle carriere, giurisdizioni esclusive, estese a diritti e interessi legittimi¹⁵.

Esula dagli intenti di questo studio una analisi atomistica di tali variegate e poco uniformi carriere in regime pubblicistico, essendo sufficiente il richiamo a qualche accurato trattato in materia¹⁶.

Scopo di questo scritto è invece quello, più limitato, di smentire un convincimento, in realtà neanche solidissimo ed equiparabile quasi a un “luogo comune”, che aleggia a livello scientifico e nella prassi operativa di molti Ministeri in cui si incardinano strutturalmente tali carriere non privatizzate, ossia che le stesse siano sottratte al d.lgs. n.165 del 2001, in quanto aventi un proprio autonomo *corpus* normativo “speciale”, e che dunque alcune delle competenze gestionali lavoristiche siano rimaste ancora in capo al vertice politico (Ministro) invece di essere passate, come da sistema, alla dirigenza apicale.

2. Confutazione del luogo comune: istituti del d.lgs. n.165 del 2001 operanti anche per le carriere non privatizzate ed istituti di più difficile applicabilità.

Il primo assunto viene semplicisticamente e assiomaticamente desunto dall’art.3 del d.lgs. n.165, mentre il secondo sarebbe quasi un consequenziale corollario della non avvenuta privatizzazione di tali carriere, che lascerebbe ferme le previgenti competenze ministeriali anche in materia lavoristica. A supporto di ambo gli assunti si aggiunge spesso che una conferma degli stessi sarebbe traibile dall’art.63, co.4, d.lgs. n.165, che, esaltando le peculiarità del personale in regime di diritto pubblico, devolve la giurisdizione su queste carriere al giudice amministrativo e non al g.o. come previsto per le carriere “depubblicizzate”.

Ambo le affermazioni non ci sembrano convincenti e sono anzi suscettibili di argomentata smentita.

L’assunto secondo cui le carriere non privatizzate sono sottratte al d.lgs. n.165 del 2001 non può affatto desumersi, a nostro avviso, dall’art.3 del d.lgs. n.165, che si limita ad affermare che il personale in regime di diritto pubblico “*in deroga all’art.2, co.2 e 3*” resta disciplinato dai rispettivi ordinamenti settoriali. La norma è dunque chiara nel dire due sole cose:

- a) che sono inapplicabili al personale in regime di diritto pubblico i precetti del codice civile e le leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa (art.2, co.2, d.lgs. n.165) e le regole sulla contrattazione individuale e collettiva di cui al titolo III del d.lgs. n.165 (art.2, co.3);
- b) che a detto personale si continuano ad applicare le norme (antecedenti, ma anche successive al d.lgs. n.165 del 2001¹⁷) dei rispettivi ordinamenti.

Ma ci sembra evidente che né l’art.3 né altre norme del d.lgs. n.165 affermino che le *norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione*, come è emblematicamente intitolato, in modo volutamente omnicomprensivo sul piano soggettivo, il d.lgs. 30 marzo 2001 n.165, non possano applicarsi alle carriere in regime di diritto pubblico, pur normate, in modo

¹⁵ Ancora è sufficiente il rinvio a TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, cit., 108 segg. ove si critica la posizione dei “negazionisti” tesa ad escludere l’ipotizzabilità di interessi legittimi del lavoratore pubblico privatizzato.

¹⁶ Ci sia consentito il richiamo al citato CARINCI, TENORE (a cura di), *Il pubblico impiego non privatizzato*.

¹⁷ Si pensi, tra le tante norme concernenti le carriere pubbliche non privatizzate successive al d.lgs. n.165 del 2001, al codice dell’ordinamento militare (d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66) organicamente analizzato nell’ampio Commentario DE NICTOLIS, POLI, TENORE (a cura di) *Commentario all’ordinamento militare*, Roma, 2011.

concorrente (ma non esclusivo), da proprie settoriali fonti primarie, che si ispirano ancora al datato d.P.R. n.3 del 1957.

A tale argomento testuale (assenza, al di fuori dell'art.2, co.2 e 3, di delimitazioni sulla portata soggettiva omnicomprensiva del d.lgs. n.165 per tutto il lavoro alle dipendenze della P.A.) possiamo aggiungere un argomento sistematico: i principi ispiratori e portanti del d.lgs. n.29 del 1993, oggi d.lgs. n.165 del 2001, riguardano strutturalmente e ontologicamente *l'intera Pubblica amministrazione*, il cui *agere* e i cui *principi fondanti* non possono dunque mutare, in modo camaleontico e dunque irragionevole, a seconda dei lavoratori destinatari dell'azione datoriale.

Tali principi portanti ben possono convivere con i previgenti ordinamenti settoriali basici delle varie carriere in regime pubblicistico, i cui precetti vanno solo letti, in chiave evolutiva, alla luce dei principi basici del testo unico sul pubblico impiego. Esempificando:

a) se il legislatore, agli artt.4 e 5 del d.lgs. n.165, ha imposto la basilare distinzione tra indirizzo politico amministrativo, spettante agli organi di governo (Ministro, che lo esercita con gli strumenti dell'art.14), e gestione amministrativa, tecnica e finanziaria, spettante alla dirigenza (artt.16 e 17), tale essenziale e fondante riparto di funzioni non può non operare logicamente (oltre che testualmente) anche per le carriere in regime di diritto pubblico i cui dirigenti non possono subire, in sede lavoristica, ingerenze gestionali del Ministro, testualmente preposto in via generale a compiti esclusivamente politici. Tale approdo è confermato dall'art. 15, co.5, d.lgs. n.165, che devolve ai vertici del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti e dell'Avvocatura dello Stato i compiti macrogestionali degli organi di Governo e ai rispettivi Segretari Generali i compiti microgestionali spettanti alla dirigenza: alcun ingerenza gestionale dell'organo politico sussiste, pertanto, anche per le carriere in regime di diritto pubblico; ma soprattutto la implicita (*rectius* esplicita) scomparsa in tutto il pubblico impiego, privatizzato o meno, di compiti gestionali affidati alla politica è scolpita nell'art.70, co.6, d.lgs. n.165 che recita: "*A decorrere dal 23 aprile 1998, le disposizioni che conferiscono agli organi di governo l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi di cui all'articolo 4, comma 2, del presente decreto, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti*". Ne deriva che qualsiasi previgente norma, anche settoriale e afferente qualsiasi carriera pubblica (ancorchè non privatizzata), che attribuiva compiti gestionali di tipo lavoristico ad organi politici (es. al Ministro), è da leggere¹⁸ alla luce di tale principio-guida basilare, con conseguente tacita abrogazione della parola "*Ministro*" e la sua sostituzione con "*Segretario Generale*" o "*Capo Dipartimento*" o "*dirigente generale*", a seconda delle amministrazioni e della tipologia di atto privatistico o pubblicistico da adottare. Del resto, anche per la giurisprudenza costituzionale¹⁹, il principio di separazione tra politica e gestione (*recte*: di separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo, spettanti agli organi di governo, e funzioni di gestione amministrativa, proprie dei dirigenti) - introdotto dal d.lgs. n. 29 del 1993 e "accentuato" dal legislatore (dapprima con il d.lgs. n. 80/1998 e, da ultimo, con il ridetto d.lgs. n. 165/01) al fine di porre i dirigenti (generali) "*in condizione di svolgere le loro funzioni nel rispetto dei principi d'imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*" - "*costituisce un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost.*", *precisamente nel principio di imparzialità sancito da questa disposizione, costituendone un "naturale corollario" (poiché si risolve in una separazione "tra l'azione del 'governo' - che, nelle democrazie parlamentari,*

¹⁸ Si vedano le reiterate conferme giurisprudenziali di tale implicita abrogazione delle competenze del Ministro menzionate nel successivo parag.3.

¹⁹ Cfr. C. cost., 3 maggio 2013 n. 81 con vasti richiami giurisprudenziali, in *Giur.cost.*, 2013, 3, 1367, con nota di CERULLI IRELLI, *Sugli atti di "alta amministrazione"*. Ma anche in precedenza la Corte costituzionale ha rilevato come sia importante il *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. n. 103 del 2007, cit. e n. 161 del 2008). Sul riparto di competenze tra politica e dirigenza, v. TUCCILLO, *Indirizzo politico amministrativo, funzioni e responsabilità: i criteri di riparto*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Milano, 2019, 938 segg.

è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza - e l'azione dell'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";

- b) se il legislatore, all'art.7, co. 1 e 4 del d.lgs. n.165, garantisce "parità e pari opportunità tra uomini e donne e l'assenza di ogni forma di discriminazione, diretta e indiretta, relativa al genere, all'età, all'orientamento sessuale, alla razza, all'origine etnica, alla disabilità, alla religione o alla lingua, nell'accesso al lavoro, nel trattamento e nelle condizioni di lavoro, nella formazione professionale, nelle promozioni e nella sicurezza sul lavoro" ed inoltre "un ambiente di lavoro improntato al benessere organizzativo" e si impegna "a rilevare, contrastare ed eliminare ogni forma di violenza morale o psichica al proprio interno" ed anche a curare "la formazione e l'aggiornamento del personale, ivi compreso quello con qualifiche dirigenziali", tale alto e onnicomprensivo complesso di obiettivi non può non operare logicamente (oltre che testualmente) anche per le carriere in regime di diritto pubblico;*
- c) se il legislatore, all'art.7, co. 6 del d.lgs. n.165, ha previsto e normato per tutte "le amministrazioni pubbliche", con dizione volutamente onnicomprensiva, il ricorso a consulenti esterni, fissando presupposti e limiti, la norma ci sembra sicuramente applicabile anche alle amministrazioni in cui si incardina personale in regime di diritto pubblico, che potrebbe parimenti presentare carenze di alte professionalità specifiche, a cui sopperire con incarichi esterni;*
- d) se il legislatore, all'art.11 del d.lgs. n.165, introduce gli uffici relazioni con il pubblico per garantire la piena attuazione della legge 7 agosto 1990 n.241 (ed oggi anche dell'accesso civico), il precetto non può non operare logicamente (oltre che testualmente) anche per le carriere in regime di diritto pubblico, le quali hanno medesimi problemi e fini;*
- e) se il legislatore, all'art.23-bis del d.lgs. n.165, prevede, entro prefissati limiti, l'aspettativa senza assegni per svolgere attività presso soggetti pubblici o privati che ne assumono gli oneri economici, la stessa trova testuale applicazione espressa anche per le carriere non privatizzate, stante la ratio sottesa a tale istituto (arricchire la professionalità di qualsiasi dipendente, in regime di diritto pubblico o meno, a successivo vantaggio dell'ente di appartenenza che si gioverà dell'accresciuta competenza);*
- f) se il legislatore, all'art.35-bis del d.lgs. n.165, ha inteso precludere la partecipazione a commissioni di concorso, di gara o a uffici preposti a compiti a rischio corruzione (gestione finanziarie, erogazione finanziamenti pubblici, gestione gare e contratti) di soggetti condannati, anche con sentenza non in giudicato, per taluni reati contro la P.A., non vi è ragione testuale o logica per impedire l'applicazione del precetto alle carriere in regime di diritto pubblico;*
- g) se il legislatore, all'art.38 del d.lgs. n.165, ha consentito l'accesso concorsuale a cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, ciò non può non valere anche per i concorsi banditi dalle amministrazioni con personale in regime di diritto pubblico;*
- h) se il legislatore, all'art.52 del d.lgs. n.165, ha dettato regole chiare sulla valenza giuridica dell'espletamento delle mansioni superiori, in deroga al regime previsto nel lavoro privato, ciò rappresenta una basilare linea guida anche per analoghe evenienze per alcune categorie (es. dipendenti di *authorities*, o dei VVFF) nel lavoro pubblico non privatizzato, ma non per tutte (inipotizzabile ci sembra per Magistrati, diplomatici, carriera prefettizia, militari o Forze di Polizia, carriere pur connotate da frequenti fattuali espletamenti di mansioni superiori, ininfluenti però sul piano economico e dello sviluppo di carriera);*
- i) se il legislatore, all'art.53 del d.lgs. n.165, ha dato veste organica (richiamando anche precetti generali del d.P.R. n.3 del 1957) al regime delle incompatibilità e del cumulo di impieghi e incarichi, tale armonico quadro deve trovare applicazione anche per le carriere non privatizzate, salvo vi siano regimi legislativi speciali settoriali derogatori (es. il regime derogatorio dettato per i professori universitari dalla legge Gelmini). E ciò viene riconosciuto*

dal g.a. in molti contenziosi disciplinari riguardanti carriere non privatizzate²⁰. Ma anche la Corte dei conti, nei suoi giudizi per responsabilità amministrativo-contabile, dà per pacifica l'applicabilità a tali carriere di molti precetti del d.lgs. n.165, quali, ad esempio, le regole sull'obbligo di versare al datore di lavoro i compensi percepiti da terzi per incarichi extralavorativi non autorizzati (art.53, co.6-7-*bis*)²¹;

j) se il legislatore, all'art.54 del d.lgs. n.165, ha normato il Codice di comportamento dei pubblici dipendenti, lo stesso, soprattutto dopo il suo adattamento-recepimento specifico fatto da ciascun ente (ivi compresi quelli in cui si incardinano strutturalmente le carriere di diritto pubblico), non può non applicarsi anche al personale non privatizzato²², quanto meno quale

²⁰ Tra le tante sentenze che riguardano dinieghi di autorizzazioni ad incarichi extralavorativi o relative a sanzioni disciplinari inflitte per inosservanza del regime autorizzatorio di cui al d.lgs. n.165 del 2001 per gli incarichi extralavorativi di appartenenti a carriere in regime di diritto pubblico, v. Tar Calabria, Catanzaro, 1 settembre 2020 n.264; Cons.giust.amm.Sicilia, 10 settembre 2019 n.794; Cons.St., sez.I, parere 30 ottobre 2014 n.3365; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 13 giugno 2018 n. 576; Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 17 luglio 2017 n.263; Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 14 marzo 2017 n.195; Cons. Stato, sez. III, 4 agosto 2015, n. 3843; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 1 febbraio 2017 n. 187; Tar Marche, Ancona, sez. I, 25 luglio 2013 n. 590; Tar Puglia, Bari, sez. I, 19 ottobre 2004 n.4617; Tar Trento, sez. I, 25 gennaio 2012 n. 24, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹ Sulla pacifica applicazione dell'art.53, co.6, 7 e 7-*bis*, d.lgs. n.165 ai professori universitari v., tra le tante, C. conti, sez. Lombardia, 26 gennaio 2021 n.20; C.conti, sez.Lazio, 4 gennaio 2021 n.1; sez.Lombardia 6 ottobre 2020 n.152; id., sez.Lombardia, 3 febbraio 2020 n. 11; C. conti, sez.II app., 138/2020; id., sez. III app., sent. n. 7 del 2020; C.conti, sez. Lombardia, 18 maggio 2020 n.68; C.conti, sez. Lombardia, n. 157 del 2019; C. conti, sez. Emilia-Romagna, n. 14 del 2014; C. conti, sez. Toscana, n. 26 del 2019; C. conti, sez. Marche, n. 112 del 2019; C. conti, sez. Lazio, n. 251 del 2018; C. conti, sez. III app., n. 653 del 2016; C. conti, sez. Trentino Alto Adige, Bolzano, n. 18 del 2012, tutte in <https://banchedati.corteconti.it/>.

²² Ad esempio il Codice di comportamento del Ministero degli Affari Esteri adottato con d.m. 18 settembre 2014 si applica testualmente (art.2) a *"tutti coloro che hanno un rapporto di lavoro o servizio"* con il Ministero (*ergo* anche ai diplomatici). Il Codice di comportamento del Ministero degli Interni adottato con d.m. 8 agosto 2016 si applica testualmente (art.4, co.1) *"al personale contrattualizzato dell'Amministrazione civile dell'Interno"*, mentre *"per quanto concerne il personale della carriera prefettizia, le norme del presente Codice costituiscono principi di comportamento, così come stabilito dall'art.2, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 16 Aprile 2013, n.62, la cui violazione è fonte di responsabilità disciplinare regolata dalle disposizioni del d.P.R. 10 Gennaio 1957, n. 3"* (art.4, co.4) e *"per il personale appartenente alla Polizia di Stato, si procede all'aggiornamento del vigente Regolamento di servizio dell'Amministrazione della Pubblica Sicurezza, approvato con D.P.R. 28 ottobre 1985 n. 782, mediante il richiamo ai principi di comportamento contenuti nel D.P.R. 16 Aprile 2013 n.62 ritenuti compatibili con le disposizioni dell'ordinamento speciale della Polizia di Stato"* (art.4, co.5) e, infine, *"per il personale appartenente al Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco, si procede all'aggiornamento del vigente Regolamento di servizio del Corpo, adottato con D.P.R. 28 Febbraio 2012 n.64, mediante il richiamo ai principi di comportamento contenuti nel D.P.R. 16 aprile 2013 n.62 ritenuti compatibili con le disposizioni dell'ordinamento speciale del Corpo medesimo"* (art.4, co.6).

Il Codice di comportamento del Ministero della Difesa adottato con d.m. 23 marzo 2018, si applica testualmente al personale privatizzato, mentre i precetti (più generici di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta) della sezione seconda operano anche per i militari quali *"principi di comportamento"*, a differenza dei più puntuali precetti della sezione terza e quarta che non operano per i militari, i cui obblighi *"restano disciplinati dal Libro IV - Titolo VIII , Capi I, II, III e IV del Decreto Legislativo 15 marzo 2010 n. 66, nonché dal Libro IV - Titolo VIII, Capi I e II del Decreto del Presidente della Repubblica del 15 marzo 2010 n. 90"* (art.2, co.2).

Il Codice di comportamento dei dipendenti del Ministero della Giustizia adottato con d.m. 23 febbraio 2018 opera per il personale contrattualizzato, mentre *"3. Per il personale appartenente al Corpo della polizia penitenziaria, vigendo il Regolamento di servizio del Corpo, adottato con d.P.R. 15 febbraio 1999 n. 82, gli obblighi dettati dal Codice e quelli derivanti dal Piano triennale della prevenzione e della corruzione dell'Amministrazione della giustizia, costituiscono principi di comportamento, se e in quanto compatibili con le disposizioni del relativo ordinamento. 4. Per il personale della carriera dirigenziale penitenziaria, di cui alla legge 27 luglio 2005, n. 154, gli obblighi previsti dal presente Codice costituiscono principi di comportamento, se e in quanto compatibili con le disposizioni del relativo ordinamento. 5. Per i magistrati posti a capo di uffici giudiziari che assumono temporaneamente la titolarità di funzioni dirigenziali amministrative ai sensi degli artt. 2 e 3 del decreto legislativo n. 240 del 2006, ferme restando le previsioni dell'art. 54 del decreto legislativo n. 165 del 2001, le norme del presente Codice costituiscono principi di comportamento, se e in quanto compatibili con il loro ordinamento"* (art.2).

Per le varie Magistrature, il codice etico, imposto dall'art.54, co.4, d.lgs. n.165 in capo alle relative associazioni (cioè, alquanto incoerentemente, a soggetti privati e non in prima battuta al datore !) o, solo in caso di inerzia, agli organi di autogoverno, non ha valenza disciplinare. Sono stati ad oggi adottati: a) il Codice etico dei Magistrati ordinari da parte dell'ANM il 13 novembre 2010; b) il Codice etico dei Magistrati del Consiglio di Stato adottato il 28 aprile 1994 e modificato il 6 giugno 2007 dall'Assemblea generale dell'Associazione magistrati del Consiglio di Stato; c) il Codice etico dei magistrati amministrativi dei tribunali amministrativi regionali adottato il 13 maggio 1994; d) il Codice deontologico dei Magistrati deal Corte dei Conti approvato dal Consiglio Direttivo nella riunione del 23 gennaio 2006. Si ritiene che la violazione di tali codici etici, per i soli Magistrati, non assuma rilevanza giuridica-disciplinare, ma solo etica, stante la riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario ex art.108 cost., come testualmente conferma il preambolo del Codice etico dei Consiglieri di Stato: *"Le regole del*

criterio guida per leggere e interpretare, in chiave più attuale, i classici doveri contenuti nelle risalenti leggi settoriali che fissano le regole comportamentali, di valenza disciplinare in caso di inosservanza, per magistrati, prefetti, diplomatici, appartenenti a Forze Armate e di Polizia, ad *authorities* e ai servizi segreti. Ciò è avvenuto ad opera dei codici di comportamento adottati dalle amministrazioni in cui operano carriere privatizzate accanto a quelle non privatizzate (Ministero della Giustizia, della Difesa, degli Esteri, dell'Interno): mentre per le prime i precetti del codice sono vincolanti e come tali forieri di responsabilità disciplinare (art.54, co.3, d.lgs. n.165), per le seconde tali precetti sono linea guida per interpretare i datati referenti normativi settoriali di rango primario;

- k) se il legislatore, all'art.54-*bis* del d.lgs. n.165, ha normato in via generale, per ogni "pubblico dipendente", segnalatore-etico di illeciti, una tutela rinforzata sul piano dell'anonimato e della non sottoponibilità ad azioni disciplinari o "vendicative" (c.d. tutela del *whistleblower*), la stessa trova testuale applicazione generalizzata, anche per il personale in regime di diritto pubblico;
- l) se il legislatore, all'art.55-*nonies* del d.lgs. n.165, ha previsto in via generale, che ogni pubblico dipendente che svolga attività con il pubblico è tenuto "a rendere conoscibile il proprio nominativo mediante l'uso di cartellini identificativi o di targhe da apporre presso la postazione di lavoro", il precetto è di generale applicazione anche per le carriere in regime di diritto pubblico, fatte salve le motivate esclusioni dettate da peculiari compiti secondo il disposto dell'art.55-*nonies*, co.2 (es. per i servizi segreti);
- m) se il legislatore, all'art.57 del d.lgs. n.165, ha normato in via generale per "le pubbliche amministrazioni", senza eccezioni di sorta, la creazione, gli scopi e il funzionamento del "Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni", ciò vale per tutte le carriere, "salvo motivata impossibilità" di applicare concretamente taluni precetti, come recita la norma stessa²³;

presente codice etico, non aventi natura ed efficacia di norme giuridiche, sono espressione della tradizione deontologica dei magistrati del Consiglio di Stato e, come tali, patrimonio ideale e pratico affidato esclusivamente alla coscienza individuale dei magistrati stessi. Il codice non ha dunque valore ed efficacia sul piano delle fonti normative pubbliche. La sua forza risiede soltanto nella spontanea adesione di ciascuno degli appartenenti alla categoria alle regole in esso contenute. La violazione delle seguenti proposizioni non comporta l'applicazione di sanzioni". Tuttavia le regole comportamentali di tali codici hanno una funzione interpretativa di precetti previsti da altre norme giuridiche oppure indice o riscontro di una violazione di norme disciplinari (sul punto Cass., sez.un, n.7443 del 2005; id., n.1821 del 2017; id., n.100 del 2010; id., n.53 del 2018). Sui codici deontologici adottati dalle altre magistrature v. SABATO, *Etica e deontologia*, in IACOBONI, GRASSO, CONVERSO, *Il codice dell'ordinamento giudiziario*, Piacenza, 2020, 995 segg. e BARBAGALLO, *I codici etici delle magistrature*, in *Foro It.*, 1996, III, 38. Sul tema dei codici etici dei magistrati v. CAVALLO PERIN, MERLONI, *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009, 306 segg.

Invece, molto chiaramente il Codice di comportamento degli Avvocati e Procuratori dello Stato, deliberato dal Comitato nazionale dell'Associazione Unitaria degli avvocati e procuratori dello Stato il 5 maggio 1994 (e modificato il 12 luglio 2013), all'art.13 stabilisce che "Le violazioni dei precetti contenuti nel presente codice costituiscono specificazioni delle fattispecie di illecito disciplinare sanzionabili ai sensi dell'art. 24 l. n. 103/1979".

Il Codice etico per il personale della Banca d'Italia, approvato il 26 ottobre 2010 dal Consiglio Superiore e poi modificato nel 2017, stabilisce nel preambolo che "Le previsioni del codice sono uno strumento di orientamento dei comportamenti individuali. Resta disciplinata dalle norme regolamentari e di servizio la materia degli obblighi e dei divieti connessa al rapporto di impiego con la Banca" ed inoltre esso "definisce i principi e i valori etici per il personale ordinario e a contratto" (art.1). Parimenti il Codice etico adottato dall'AGCOM con delibera n. 552/18/CONS ha testualmente valenza disciplinare il base agli artt. 2, co.3 e 18, co.5.

Per i docenti universitari vige il codice etico dell'ateneo previsto dall'art. 2, co.4 della legge n.240 del 2010, la cui valenza disciplinare è testualmente confermata dal medesimo art.2, co.2, lett.m), che impone che gli statuti introducano "sanzioni da irrogare in caso di violazioni del codice etico". Come affermato anche dall'Anac, i precetti dei Codici etici universitari vanno adeguati, ove dissonanti, ai principi-guida del Codice di comportamento-tipo, rappresentato dal d.P.R. n.62 del 2013, ferma restando la piena facoltà di completarli o dettargliarli da parte di ciascun ateneo, come del resto in generale riconosciuto a tutte le pubbliche amministrazioni dall'art.54 del d.lgs n.165 del 2001: sul tema TENORE, *Profili ricostruttivi del procedimento disciplinare nei confronti dei professori universitari a cinque anni dalla legge Gelmini*, in *Giustamm.*, fasc.4, 2015.

²³ Ad esempio, ad oggi, una commissione di avanzamento alle apicali qualifiche militari non può ancora vedere la presenza di donne, pur imposta dall'art.57, co.1, d.lgs. n.165 ("salvo motivata impossibilità") in quanto non ve ne sono in ruoli apicali

- n) se il legislatore, all'art.60 del d.lgs. n.165, ha introdotto in via generale per “*le pubbliche amministrazioni*”, senza eccezioni di sorta, una serie di istituti tesi al rilevamento e la quantificazione dei costi del lavoro, ciò vale per tutte le carriere, privatizzate o meno, al fine di avere una visione necessariamente complessiva e globale delle spese per il personale in servizio e in quiescenza. E, a fronte di tale complessiva finalità di controllo e contenimento della spesa, non avremmo dubbi in ordine alla applicazione alle carriere non privatizzate anche del successivo art.61 del d.lgs. n.165, che impone a tutte le pubbliche amministrazioni di monitorare il contenzioso in atto e le sentenze intervenute (compreso quelle della Consulta) al fine di individuare filoni in corso forieri di incrementi notevoli dei costi e oneri a carico del bilancio, segnalandoli alla Funzione Pubblica e al Ministero dell'Economia per interventi in causa e per segnalazioni al Parlamento volti a ottenere interventi normativi correttivi a tutela della spesa pubblica autorizzata;
- o) se il legislatore, all'art.68 del d.lgs. n.165, ha normato in via generale per “*i dipendenti delle pubbliche amministrazioni*”, senza eccezioni di sorta, l'aspettativa per mandato parlamentare, tale norma vale anche per il personale non privatizzato.

Da tale schematica rassegna è agevole concludere che, a fronte di una portata soggettivamente generale dei precetti portanti del d.lgs. n.165 del 2001, desumibile da una lettura testuale e logica di tale fondante referente lavoristico valevole per tutta la P.A., va solo accertato dall'interprete:

- a) quali precetti del d.lgs. n.165 del 2001 siano stati testualmente limitati, in via di eccezione, al personale privatizzato di cui all'art.2, co.2;
- b) quali regole dello stesso n.165, pur in assenza di una delimitazione soggettiva testuale, siano ontologicamente incompatibili con il regime delle carriere non privatizzate, valutando sia le rispettive specifiche norme settoriali sia, soprattutto, le funzioni istituzionali espletate dal peculiare personale in regime pubblicistico, ostative all'applicazione di alcuni istituti o precetti valevoli per le carriere privatizzate.

Sotto questo secondo aspetto, a nostro avviso non può ritenersi semplicisticamente che le norme concernenti le carriere non privatizzate siano *lex specialis* rispetto al d.lgs. n.165 così escludendone in radice qualsiasi applicazione. Ostano a tale approdo diversi argomenti:

- molti istituti del d.lgs. n.165 non trovano diversa regolamentazione nei regimi settoriali delle carriere non privatizzate o addirittura non trovano alcuna regolamentazione, per cui ben può il d.lgs. n.165 normare aspetti lavoristici nuovi o non regolati da leggi settoriali;
- molti precetti delle antiche e datate carriere non privatizzate sono frutto di un contesto giuridico complessivo, ruotante intorno al “vecchio” d.P.R. n.3 del 1957, evolutosi globalmente e vanno dunque letti alla luce di tali sopravvenienze normative;
- secondo basi canoni di ermeneusi giuridica, ogni precetto va letto in chiave sistematica ed evolutiva, valutando il complessivo quadro normativo vigente in un certo momento storico e ciò vale ancor di più in sede lavoristica per il datore-P.A., che deve necessariamente confrontarsi con un testo basilico, il d.lgs. n.165, espressivo della complessiva evoluzione sia dell'organizzazione strutturale e funzionale del datore P.A. sia, conseguentemente, del rapporto di lavoro con la P.A. degli appartenenti a tutte le varie carriere.

E' tuttavia innegabile che, a prescindere da alcune testuali limitazioni al solo personale privatizzato, non tutti i precetti del d.lgs. n.165 siano *de plano* applicabili alle carriere in regime di diritto pubblico, il cui *status* normativo è geneticamente correlato alle peculiari funzioni svolte, connotate da maggior gerarchizzazione e da più invasivi poteri interni ed esterni, a tutela di precetti costituzionali (giustizia, difesa della nazione, tutela della sicurezza pubblica, tutela del

(generali di corpo d'armata) che devono per legge essere in commissione, essendo stata in tempi relativamente recenti ammesso il “gentil sesso” nelle Forze Armate.

credito e risparmio, relazioni internazionali etc.), che giustificano normative settoriali derogatorie per taluni aspetti. Le peculiarità di tali carriere e i pregnanti poteri loro riconosciuti richiedono dunque regimi, anche lavoristici, non stravolgibili da norme ordinarie valevoli per tutto il pubblico impiego, ma comunque completabili e aggiornabili dalle stesse (*in primis* dal d.lgs. n.165), se compatibili.

E allora, il reale e unico problema affidato all'interprete e alla magistratura in caso di contenziosi è quello della valutazione, in punto di compatibilità, dei generali precetti del d.lgs. n.165 del 2001 con i più risalenti regimi settoriali delle carriere non privatizzate.

Se sopra si sono schematicamente richiamati alcuni precetti sicuramente estensibili al personale in regime di diritto pubblico, può essere prospettata una serie di regole di ben più difficile applicabilità a quest'ultimo o addirittura testualmente escluse. Il riferimento è alle seguenti disposizioni:

- a) gli artt.7, co.6, e 36 del d.lgs. n.165, che consentono e regolano il possibile ricorso occasionale a collaborazioni coordinate e continuative, fissandone i limiti, o il ricorso a personale a tempo determinato o con forme flessibili. Tali precetti non possono operare logicamente per tutte le carriere in regime di diritto pubblico, essendo inapplicabili magistrati²⁴, poliziotti, militari, prefetti o diplomatici a tempo determinato, in formazione lavoro, in co.co.co., mentre per altre carriere non privatizzate tale conclusione non è scontata, ben potendo operare, sul piano logico, presso la Banca d'Italia o la Consob o l'AGCOM;
- b) le norme sullo *spoils system* di cui all'art.17, co.8, d.lgs. n.165 (introdotte dal d.lgs. n.145 del 2002), che prevedono la cessazione degli incarichi dirigenziali apicali (Segretario Generale, Capo Dipartimento) decorsi 90 giorni dal voto di fiducia sul nuovo Governo. Esse non trovano applicazione per le carriere in regime di diritto pubblico, come statuito dal parere 29 luglio 2002 n.2552 del Consiglio di Stato in comm.spec.²⁵, che ha ritenuto operanti per tali carriere il previgente art.15 del d.P.R. n.748 del 1972 o le altre norme speciali previste dai singoli ordinamenti di tali carriere per le cessazioni o revoche degli incarichi²⁶;

24 In realtà una ipotesi di Magistrato "a termine" esiste: presso le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti possono essere nominati, con durata quinquennale non rinnovabile, due "Componenti" esterni designati dal Consiglio delle autonomie locali o dal Consiglio regionale ai sensi dell'art. 7, co.8-bis della legge 5 giugno 2003 n.131.

25 Il parere è rinvenibile in <http://www.dirittoegiustizia.it/>. Afferma il parere: "La disciplina generale concernente le funzioni dirigenziali e le assegnazioni a queste è rimasta, per il personale a regime di diritto pubblico, quella già dettata nel Dpr 748/72, salvo che non ne sussistesse una specifica nell'ambito dei singoli ordinamenti di settore. Questa tesi è conseguente alla già ricordata delimitazione dell'ambito degli impiegati confluiti nel regime di diritto privato. Essa è, anche, testualmente avvalorata dall'articolo 74 del decreto legislativo 29/1993 (anche articolo 21 del decreto legislativo 387/98) e dall'articolo 72 del decreto legislativo 165/01, riproduttivo del precedente. Vi si dispone, infatti, l'abrogazione del capo I del titolo I del Dpr 748/72, ad eccezione delle disposizioni di cui agli articoli da 4 a 12, nonché degli articoli 15, 19, 21, 24, 25, che "continuano ad applicarsi al personale dirigenziale delle carriere" delle quali s'è detto, "nei limiti di rispettiva applicazione", cioè fatte salve eventuali altre norme di carattere speciale nell'ambito della regolamentazione di diritto pubblico".

26 Il parere 29 luglio 2002 n.2552 del Consiglio di Stato menziona:

- per la carriera diplomatica, l'articolo 1 della legge 266/99, ed il conseguente decreto legislativo 85/2000, con una disciplina degli incarichi di carattere speciale, ivi compreso quello di segretario generale del Ministero degli affari esteri (articolo 16);
- per la carriera prefettizia, l'articolo 10 della citata legge 266/99 ed il decreto legislativo 139/00, anch'esso con una regolamentazione degli incarichi stabilita con norme speciali (articoli da 9 a 12 del decreto legislativo);
- il regio decreto 2187/27, per quanto riguarda "le funzioni amministrative esercitate da magistrati", nell'ambito dei servizi del Ministero della giustizia, e le varie norme successive di organizzazione che sulla preposizione dei magistrati alle strutture ministeriali si sono basate;
- la legge 25/1997, sulla posizione, fra l'altro, del segretario generale della difesa (articolo 5 della legge ed articolo 6 del d.P.R. 556/99), nonché i vari decreti ministeriali del 26 gennaio 1998. In particolare, gli articoli 2 di ciascuno di tali decreti stabiliscono che i vari uffici centrali o direzioni generali del Ministero della difesa sono retti, taluni, da personale militare ed altri da personale civile.

- c) la disciplina sulla responsabilità dirigenziale di cui all'art.21, d.lgs. n.165, che sembra attagliarsi ai soli dirigenti privatizzati. Del resto, lo stesso comma 3 dell'art.21 lascia ferme “*le disposizioni vigenti per il personale delle qualifiche dirigenziali delle Forze di polizia, delle carriere diplomatica e prefettizia e delle Forze armate nonché del Corpo nazionale dei vigili del fuoco*”, in quanto tali carriere (al pari di quelle Magistratuali) hanno peculiari discipline (anche più rigorose e ripetute nel tempo: si pensi agli avanzamenti militari e nelle Forze di Polizia, o in diplomazia) sulla valutazione dei propri dirigenti;
- d) le regole sulla mobilità di cui all'art.30, d.lgs. n.165, stante la palese differenza di *status* e di carriera tra personale privatizzato o meno. Una specifica conferma si desume dall'art.70, co.11, del d.lgs. n.165, che lo ribadisce, a scanso di equivoci, per il personale del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco;
- e) i precetti di cui all'art.35, d.lgs. n.165 sul reclutamento tramite collocamento del personale, inapplicabile per le carriere non privatizzate, a cui però ben si attagliano, quali principi ispiratori delle procedure concorsuali, alcuni dei criteri generali sulle selezioni pubbliche fissati dal comma 3 dell'art.35, mentre i restanti commi di tale articolo non ci sembrano trasponibili per le carriere di cui all'art.3, d.lgs. n.165;
- f) le regole sulla contrattazione collettiva, le relazioni sindacali e il trattamento economico di cui agli artt.40 segg., d.lgs. n.165, che operano logicamente per le sole carriere privatizzate, sebbene i precetti sulle libertà e attività sindacali di cui all'art.42 sembrano testualmente di portata generale e sebbene anche alcune carriere non privatizzate abbiano negoziati sindacali (prefetti, diplomatici, polizia, VVFF, *authorities*) escluse per le carriere magistratuali;
- g) i precetti degli artt. da 55 a 55-*septies* del d.lgs. n.165 sul procedimento disciplinare, testualmente operanti per il solo personale privatizzato (art.55, co.1), in quanto il personale in regime di diritto pubblico ha dettagliate regole procedurali, tra l'altro di natura pubblicistica e non privatistica, nei rispettivi ordinamenti²⁷;
- h) l'art.55-*octies* del d.lgs. n.165 sulla risoluzione del rapporto di lavoro per permanente inidoneità fisica, che testualmente si applica al solo personale privatizzato di cui all'art.2, co.2. Nelle restanti carriere in regime di diritto pubblico, tuttavia, esistono analoghe settoriali previsioni, anche più restrittive, stanti le peculiari doti di idoneità fisica richieste (es. Polizia, Forze Armate);
- i) le norme processuali che introducono utili strumenti deflattivi e conciliativi, ma ad oggi solo, purtroppo, nelle controversie innanzi all'a.g.o. (art.63-*bis* segg.).

Vi sono poi precetti dettati, oltre che in norme settoriali speciali, solo e soltanto per gli appartenenti alle carriere (o a talune di esse) in regime di diritto pubblico. Si pensi al requisito della “buona condotta” (art.26, l. 1 febbraio 1989 n.53²⁸) previsto dall'art.35, co.6, d.lgs. n.165,

²⁷ Per una compiuta ricognizione complessiva dei regimi disciplinari delle carriere non privatizzate, si rinvia al citato trattato in 5 volumi CARINCI, TENORE (a cura di), *Il pubblico impiego non privatizzato*, cit.

²⁸ Recita l'art.26 l. n.53 del 1989: “*Per l'accesso ai ruoli del personale della polizia di Stato e delle altre forze di polizia indicate dall'articolo 16 della legge 1 aprile 1981, n. 121, e' richiesto il possesso delle qualità morali e di condotta stabilite per l'ammissione ai concorsi della magistratura ordinaria*”. L'art. 124, terzo comma, del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, sul concorso in magistratura ordinaria dispone che non sono ammessi al concorso coloro che, per le informazioni raccolte, non risultano, secondo l'apprezzamento insindacabile del Ministro competente, appartenenti a famiglia di estimazione morale indiscussa. Si veda però la sentenza della Corte Costituzionale 28 luglio 2000 n.391, in *Foro it.*, 2002, I, 349, con la quale è stata dichiarata illegittima la previsione dell'articolo 26 della Legge 1° febbraio 1989, n.53 (e nel contempo dell'art. 124 comma 7 r.d. 30 gennaio 1941 n. 12) nella parte in cui rinviando per l'accesso ai ruoli del personale della Polizia al possesso delle qualità morali e di condotta stabilite per l'ammissione ai concorsi in magistratura ordinaria prevede che siano esclusi dai concorsi per l'accesso ai ruoli delle Forze di Polizia i candidati i cui parenti in linea retta entro il primo grado e in linea collaterale entro il secondo, hanno riportato condanne per taluno dei delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), codice di procedura penale. Già in passato Corte Costituzionale, con sentenza 31 marzo 1994 n.108, in *Foro it.*, 1996, I, 87, aveva ritenuto incostituzionale, in applicazione dell'art. 27 l. 11 marzo 1953 n. 87, l'art. 124 comma 3 r.d. 30 gennaio 1941 n. 12, nella parte in cui prevede l'esclusione dal concorso per uditore giudiziario di coloro che, per le informazioni raccolte, non risultano, secondo

secondo cui “*ai fini delle assunzioni di personale presso la Presidenza del Consiglio dei ministri e le amministrazioni che esercitano competenze istituzionali in materia di difesa e sicurezza dello Stato, di polizia, di giustizia ordinaria, amministrativa, contabile e di difesa in giudizio dello Stato*”.

3. Considerazioni conclusive: la competenza dirigenziale e non ministeriale su atti gestionali lavoristici anche per le carriere pubbliche non privatizzate. L'avallo giurisprudenziale ancora non ben noto a tutti.

Dalla sintetica disamina del quadro complessivo dei precetti del d.lgs. n.165 può dunque concludersi che, in via generale, salvo espresse limitazioni testuali al solo personale privatizzato e salvo principi, istituti e regole logicamente incompatibili con regimi lavoristici di diritto pubblico aventi uno specifico corpo normativo, i precetti portanti del d.lgs. n.165 del 2001 (già d.lgs. n.29 del 1993) trovano applicazione per le carriere non privatizzate, anche in considerazione della formulazione ampia e soggettivamente onnicomprensiva degli stessi. Tali precetti portanti andranno dunque a completare e ad aggiornare i più risalenti ordinamenti settoriali, tendenzialmente ispirati al d.P.R. n.3 del 1957, diffusamente recepito al proprio interno con alcuni adattamenti.

In particolare, si vuol fermamente ribadire, tra gli altri, il principale pilastro portante della rinnovata azione lavoristica della pubblica amministrazione, ovvero la scissione tra compiti politici e macrogestionali, affidati agli organi di governo (Ministro), e compiti gestionali del personale, affidati alla dirigenza. Se, come sopra detto, il legislatore ha imposto, agli artt.4 e 5 del d.lgs. n.165, la basilare distinzione tra indirizzo politico-amministrativo, spettante agli organi di governo (Ministro nei Ministeri che lo esercita con gli strumenti dell'art.14), e gestione amministrativa, tecnica e finanziaria, spettante alla dirigenza (artt.16 e 17), tale essenziale e fondante riparto di funzioni non può non operare logicamente (oltre che testualmente) anche per le carriere in regime di diritto pubblico i cui dirigenti non possono subire, in sede lavoristica, ingerenze gestionali del Ministro, testualmente preposto, in via generale, a compiti esclusivamente politici (fissazione di obiettivi, programmi, direttive e verifica dei risultati) o macrogestionali indicati all'art.4, co.1 e 19, co.2-4.

Tale approdo è, come detto, settorialmente confermato dall'art. 15, co.5, d.lgs. n.165, che devolve ai vertici del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti e dell'Avvocatura dello Stato i compiti macrogestionali degli organi di Governo e ai rispettivi Segretari Generali i compiti micro gestionali spettanti alla dirigenza: alcuna ingerenza gestionale dell'organo politico (Presidente del Consiglio dei Ministri), pertanto, sussiste anche per i profili lavoristici delle carriere in regime di diritto pubblico.

La scomparsa in tutto il pubblico impiego, privatizzato o meno, di compiti gestionali affidati alla politica è non solo implicitamente desumibile sul piano sistematico dal novello rapporto tra politica e dirigenza, ribadito anche in altre normative parimenti generali²⁹, ma è addirittura testualmente scolpita, come sopra detto, nell'art.70, co.6, d.lgs. n.165, che recita: “*A decorrere dal 23 aprile 1998, le disposizioni che conferiscono agli organi di governo l'adozione di atti di gestione e*

l'apprezzamento insindacabile del Consiglio superiore della magistratura, appartenenti a famiglia di estimazione morale indiscussa.

²⁹ Il riferimento è, in materia di responsabilità amministrativo-contabile innanzi alla Corte dei conti, al disposto dell'art. 1, co.1-ter, della legge 14 gennaio 1994 n.20, secondo il 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*”.

di atti o provvedimenti amministrativi di cui all'articolo 4, comma 2, del presente decreto, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti?".

La stessa Consulta già sopra ricordata³⁰, ha autorevolmente chiarito che il principio di separazione tra politica e gestione (*recte*: di separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo, spettanti agli organi di governo, e funzioni di gestione amministrativa, proprie dei dirigenti) - introdotto dal d.lgs. n. 29 del 1993 e "accentuato" dal legislatore (dapprima con il d.lgs. n. 80/1998 e, da ultimo, con il ridetto d.lgs. n. 165/01) al fine di porre i dirigenti (generali) "in condizione di svolgere le loro funzioni nel rispetto dei principi d'imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione" - "costituisce un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost.", "precisamente nel principio di imparzialità sancito da questa disposizione, costituendone un "naturale corollario" (poiché si risolve in una separazione "tra l'azione del 'governo' - che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza - e l'azione dell'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".

Può dunque concludersi, sulla base di argomenti sistematici e testuali, che qualsiasi previgente norma, anche settoriale e afferente qualsiasi carriera pubblica (ancorchè non privatizzata), che attribuiva compiti gestionali di tipo lavoristico a organi politici (es. al Ministro), deve leggersi alla luce di tale principio generale e guida basilare, che ha delineato la netta scissione tra compiti di indirizzo politico-amministrativo, spettanti al Ministro, e compiti di gestione finanziaria tecnica e amministrativa delle risorse umane, spettanti alla dirigenza, la quale adotta atti amministrativi (per le carriere in regime di diritto pubblico) o determine privatistico/negoziali (per le carriere in regime di diritto privato).

Ne consegue l'abrogazione *ex art.4* (implicita) e *art.70, co.6* (esplicita), d.lgs. n.165, in qualsiasi previgente testo normativo generale o settoriale sul lavoro pubblico (es. art. 123, d.P.R. n.3 del 1957 sull'esonero del direttore generale³¹), della parola "Ministro" e la sua sostituzione con "Segretario Generale", o "Capo Dipartimento", o "dirigente generale" a seconda delle amministrazioni, della rilevanza e della tipologia di atto, privatistico o pubblicistico, da adottare. Discorso a sé è quello concernente le carriere magistratuali, rette da specifica normativa lavoristica in ordine ad attribuzioni gestionali a organi di autogoverno³².

Una ulteriore conferma del mutato rapporto tra vertice politico e dirigenza si trae dal regime del ricorso gerarchico: secondo pacifica giurisprudenza, il ricorso gerarchico al Ministro, per effetto del nuovo riparto di competenza fra l'organo di indirizzo politico-amministrativo e la dirigenza statale introdotto dal d.lgs.3 febbraio 1993 n. 29, deve ritenersi definitivamente soppresso a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 11, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 (oggi art.16, co.1, lett.i, d.lgs. n.165 del 2001), che ha espressamente riservato ai dirigenti generali il compito di

³⁰ Cfr. C. cost., 3 maggio 2013 n. 81 citata in nota 19.

³¹ Art. 123, d.P.R. n.3 del 1957 (Esonero del direttore generale): "Nel procedimento disciplinare a carico di un impiegato con qualifica non inferiore a direttore generale, la contestazione degli addebiti viene fatta con atto del ministro, al quale debbono essere dirette le giustificazioni dell'impiegato.

Si osservano le disposizioni degli articoli 104 e 105.

Il ministro, qualora non accolga le giustificazioni, riferisce al Consiglio dei ministri il quale delibera sulla incompatibilità dell'impiegato ad essere mantenuto in servizio e sul diritto al trattamento di quiescenza e previdenza.

L'impiegato riconosciuto incompatibile è dispensato dal servizio con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del ministro competente".

³² Sul peculiare regime lavoristico delle Magistrature e sulle competenze gestionali (ivi comprese quelle disciplinari) devolute agli organi di autogoverno e non a dirigenti, in ossequio a principi costituzionali di tutela dell'autonomia ed indipendenza, v. CASO, *Magistrati e Avvocati dello Stato*, in CARINCI, TENORE (a cura di), *Il pubblico impiego non privatizzato*, Milano, 2007, 3 segg.; TENORE (a cura di), *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, 2010.

decidere sui ricorsi gerarchici, anche impropri, proposti contro gli atti e i provvedimenti amministrativi non definitivi dei dirigenti e, per l'effetto, ha reso definitivi i provvedimenti assunti dagli stessi dirigenti generali, non potendo essere questi ultimi contemporaneamente Autorità emanante in sede amministrativa e Autorità decidente in sede paragiurisdizionale³³.

Tale nostro approdo interpretativo, peraltro, trova il conforto della giurisprudenza ordinaria e amministrativa sino a oggi espressasi sia in relazione alla generale devoluzione alla dirigenza, dopo il d.lgs. n.29 del 1993³⁴, dei compiti gestionali un tempo assegnati all'organo politico, sia alla specifica competenza dirigenziale, e non più Ministeriale, nell'adottare sanzioni

³³ Sul punto, tra le tante, Cons.St., sez.III, 13 ottobre 1998 n. 1028; Tar Puglia, Bari, sez.I, 16 luglio 2001 n. 2962; Tar Lazio, Roma, sez.III, 20 dicembre 2005 n.14278, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴ Tutte le sentenze citate nella successiva nota, pur riguardando materia disciplinare, riconoscono portata generale al principio di esclusiva competenza dirigenziale di atti lavoristici anche per le carriere in regime di diritto pubblico: particolarmente eloquente ci sembrano:

- Cons.St., sez.I, 23 settembre/23 novembre 2020 n.1926, secondo cui *"Le disposizioni relative alla competenza di firma degli atti di gestione amministrativa vanno coordinate con l'art. 16 del d. lgs. n. 29/93 a mente del quale i dirigenti di uffici dirigenziali generali svolgono le attività di organizzazione e gestione del personale e di gestione dei rapporti sindacali e di lavoro, decidono sui ricorsi gerarchici contro gli atti ed i provvedimenti amministrativi non definitivi dei dirigenti. Orbene, in base al precitato quadro legislativo di riferimento, il potere di adottare atti modificativi del rapporto di impiego dei militari, prima attribuito al Ministro, deve ritenersi ormai transitato, anche nell'ambito dell'amministrazione militare, in capo al vertice della struttura burocratica. Nel caso di specie, esso deve ritenersi transitato in capo al Comandante Generale e/o Direttore Generale quale dirigente di ufficio dirigenziale generale (Il Comandante Generale può avvalersi della potestà di attribuirlo con delega di funzioni al Comandante in seconda, che, a seguito della delega, lo esercita in proprio)..... Il Collegio ritiene che la questione della competenza vada risolta, dunque, sulla base della distinzione tra atti amministrativi di gestione ed atti di indirizzi politico amministrativo di cui al D.Lvo n. 80 del 1998, in attuazione dell'art. 11, comma 4, della legge delega n. 59 del 1997 (oggi D.Lvo n. 165/2001). Orbene, non v'è ragione per escludere l'amministrazione militare dall'applicazione di siffatta regola generale, salvo che l'affare non sia rimesso dalla legge direttamente o per avocazione alla cura del "Ministro", come accade nel diretto deferimento o nello scostamento favorevole dal giudizio negativo espresso dalla Commissione di disciplina. Solo in questi casi - invero - la sanzione deve essere irrogata dal "Ministro" - perché è alquanto evidente come deferimento e scostamento siano stati, in detto caso, da Lui ordinati, e non in ordinaria linea ministeriale".*

- Cons.St., sez.IV, 30 giugno 2005 n.3546, secondo cui *"Anche la quarta, ed ultima, doglianza qui prospettata dall'appellante, attinente alla pretesa incompetenza del Direttore Generale ad adottare il provvedimento disciplinare della rimozione per perdita del grado, va disattesa, giacché tale competenza (indubbiamente già del Ministro) deve ritenersi attribuita al Dirigente in base all'art. 3 del D. Lgs. n. 29/93 (v. oggi l'art. 4 del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165), che demanda, in via generale, ai dirigenti pubblici l'emanazione di tutti gli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'Amministrazione verso l'esterno, oltre che in base all'art. 16 dello stesso D. Lgs. n. 29 (v., oggi, l'art. 16 del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165), che attribuisce ai dirigenti di uffici dirigenziali generali ogni attività di gestione del personale; e che tra le "misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro" rientri anche qualunque fattispecie, comunque denominata, di risoluzione del rapporto di lavoro del dipendente pubblico per volontà dell'Amministrazione (e dunque anche della rimozione del sottufficiale delle FF.AA. per perdita del grado) non v'è, a parere del Collegio, dubbio alcuno, poiché tale espressione è tale da abbracciare tutti i molteplici profili del rapporto di lavoro (privatizzato e non) dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, vale a dire l'intero insieme contrapposto degli obblighi del lavoratore e del datore di lavoro".*

- Cons.St., sez.II, 2 aprile 2003, n.1661, secondo cui *"Dopo le riforme organizzativo-funzionali delle p.a. introdotte all'inizio degli anni '90, nell'ambito degli indirizzi generali fissati dall'organo di governo ex art. 16 d.lgs. n. 165 del 2001, alla dirigenza compete tutta l'attività di amministrazione concreta, compresa quella che si manifesta con atti di imperio anche di rilevante incidenza su interessi privati singolari e collettivi, mentre rimangono attratte nella sfera dell'organo di governo politico, ex art. 4 d.lg. 165 del 2001, le attività che involgono esercizio della c.d. puissance publique, per tale intendendosi non tutte le attività di imperio, ma solo quelle inerenti ai fondamentali interessi dello Stato-apparato e dello Stato-ordinamento, nonché quelle di discrezionalità politica, per tale intendendosi quelle libere nella valutazione degli interessi da soddisfare e tutelare e nelle relative determinazioni finalistiche o strumentali".*

In terminis anche Tar Emilia Romagna, Bologna, sez.I, 10 febbraio 2017 n.104; Cons.St., sez.V, 20 agosto 2013 n.4192 (sui rapporti Consiglio-Giunta-Dirigenza negli enti locali); Tar Campania, Salerno, sez. I, 2 maggio 2013 n.1024; Tar Campania, Napoli, sez.III, 18 settembre 2008 n.10344 (sulle competenze gestionali del dirigente e non del Sindaco); Tar Lazio, Roma, sez.III, 20 dicembre 2005 n.14278; Tar Toscana, sez. II, 31 ottobre 2005 n.5464; Tar Lombardia, Milano, sez.I, 18 marzo 2002 n.1161, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

disciplinari per le carriere non privatizzate (militari³⁵, diplomatici³⁶, Polizia di Stato³⁷, professori universitari³⁸).

³⁵ In modo chiarissimo Cons St., sez.II, 15 maggio 2020 n. 3112, in materia di sanzioni disciplinari militari afferma: "Va premesso che la competenza del Comandante Generale della Guardia di Finanza, anche in ordine all'irrogazione delle sanzioni disciplinari, è stata determinata dall'art. 16 del d.lgs. n. 29 del 1993 (come modificato con il decreto n. 80 del 1998 e trasfuso del d.lgs. n. 165 del 2001), in base al quale le attribuzioni del Ministro in materia di gestione del personale sono state conferite ai dirigenti degli uffici dirigenziali generali, comunque denominati (e dunque, nell'ordinamento di settore, al Comandante Generale della Guardia di Finanza). Nel caso di specie, risulta poi che il Comandante Generale conferiva, nella materia di cui trattasi (Determina n. 98635 del 26 marzo 2008), apposita delega ai Comandanti Interregionali. Orbene, tale potere di delega trova il suo fondamento negli artt. 16, comma 1, lettere b) e d), e 17, comma 1, lett. c), t.u. 30 marzo 2001 n. 165 (testo unico del pubblico impiego), dai quali si desume un potere generale dei dirigenti generali di delegare funzioni ai dirigenti sottordinati (T.a.r. Roma, sez. II, 2 luglio 2013, n. 6535)". Ribadiscono la preclusione per il Ministro all'esercizio di competenze gestionali e l'estensione di tale preclusione anche all'ambito degli atti di gestione riguardanti il personale ad ordinamento militare, inclusi quelli recanti l'irrogazione di sanzioni disciplinari e compresa la destituzione dall'impiego di competenza del Direttore generale di Persomil, Cons. St., sez.I, 23 settembre/23 novembre 2020 n.1926; id., sez.IV, 14 maggio 2014 n.2480 (quest'ultima ricordata anche nella successiva nota per altro rilevante profilo formale ben rimarcato in punto di "tipologia provvedimento" adottata); id., sez. IV, 14 gennaio 2013 n. 158; id., sez.IV, 20 settembre 2012 n.5035; id., sez.IV, 30 giugno 2005 n.3546. Si veda anche la giurisprudenza in nota 34.

³⁶ Parimenti solare è la pronuncia Cons.St., sez.IV, 26 ottobre 2018 n.6125, che per le carriere diplomatiche ritiene che la competenza disciplinare spetti al direttore generale per le Risorse e l'Innovazione e non al Ministro (nella specie il giudice ha ritenuto che l'iniziale incompetenza del Ministro sia stata sanata da successiva convalida del competente direttore generale, in tal modo confermando che la competenza su questo atto gestionale sia della dirigenza e non dell'organo politico). Sulla incompetenza del Ministro degli Esteri in materia disciplinare per i diplomatici v. anche Tar Lazio, Roma, sez.III-ter, 9 novembre 2016 n.11926 e Tar Lazio, Roma, sez.III, 11 giugno 2015 n.8220 che ben rimarca, dopo un articolato ragionamento sistemico, come "nell'ordinamento dell'amministrazione resistente non si rinviene (né è stata indicata dalla difesa erariale) una specifica disposizione che attribuisca al Ministro la competenza ad assumere provvedimenti disciplinari, mentre l'art. 5, co. 9, lett. e), d.P.R. 19 maggio 2010, n. 95 (recante il regolamento di organizzazione del Ministero), assegna alla Direzione generale per le risorse e l'innovazione il compito di curare "il reclutamento, la gestione ed i movimenti del personale". Tuttavia, in passato il Consiglio di Stato, con sentenza 27 ottobre 2005 n.6023 della IV sezione, aveva erroneamente ritenuto, in relazione alla carriera diplomatica, che permarrebbe la competenza Ministeriale e non già dirigenziale (a fronte di espressa eccezione del ricorrente) in ordine al potere disciplinare attribuito all'organo politico dall'art.123, d.P.R. n.3 del 1957.

³⁷ Nell'esaminare poi il ricorso proposto avverso una sanzione disciplinare irrogata da un superiore gerarchico nei confronti di un appartenente a una delle "forze di polizia statali" (Corpo Forestale) parimenti ricomprese nel campo applicativo dell'art. 3 d.lgs. n. 165/2001 cit., il Consiglio di Stato, sez. III, con la sentenza 20 gennaio 2014 n. 266 (confermativa di Tar Lazio, Roma, sez.II-ter, 10 febbraio 2006 n. 1015), ha disatteso la tesi prospettante la competenza del Ministro, affermando che se è vero [che] al c.d. pubblico impiego non privatizzato continua ad applicarsi il pregresso ordinamento, è altrettanto vero che quello stesso ordinamento è stato innovato dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, i cui principi sono stati ribaditi dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nel senso della netta separazione dei poteri di indirizzo politico e di controllo, spettanti agli organi elettivi di governo, da quelli gestionali attribuiti alla dirigenza, e che dunque l'art. 16 d.lgs. n. 29/1993, come modificato ed integrato dal d.lgs. n. 80/1998 e dal d.lgs. n. 165/2001, dispone che i dirigenti di uffici dirigenziali generali svolgono le attività di organizzazione e gestione del personale e di gestione dei rapporti sindacali e di lavoro (lett. h) (con l'ulteriore precisazione che "tale disposizione è applicabile anche al personale delle forze di polizia non contrattualizzato, per il quale, in assenza [...] di disposizioni normative disciplinari specifiche, si faceva in precedenza riferimento all'articolo 114 del DPR n. 3/1957"). Ha soggiunto in tale sentenza In Consiglio di Stato che "è consolidato orientamento giurisprudenziale l'avvenuto passaggio dal Ministro al dirigente capo del personale della competenza ad adottare tutti gli atti di gestione delle risorse umane, ivi compresi i provvedimenti sanzionatori e, tra essi, quelli di destituzione, trattandosi di atti di 'gestione' e non di 'indirizzo politico', dopo che con gli artt. 3 e 16 del d.lgs. n. 29 del 1993 (poi artt. 4 e 16 del d.lgs. n. 165 del 2001) è stato implicitamente abrogato l'art. 10 del d.P.R. 30 giugno 1972 n. 748, il quale, pur prevedendo la spettanza al dirigente con funzioni di capo del personale dei provvedimenti in tema di stato giuridico ed economico del personale, manteneva in capo al Ministro quella in tema di provvedimenti disciplinari - a suo tempo prevista dall'art. 114, co. 5, del d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 -, benché solo se superiori alla riduzione dello stipendio, ed in tema di sospensione cautelare facoltativa (cfr., per tutte, Cons. St., sez. IV, 19 marzo 1998, n. 484 [...])". La sentenza conclude affermando che "per un verso il richiamo nel provvedimento impugnato all'art. 114 del d.P.R. n. 3 del 1957 si riferisce evidentemente alle modalità della deliberazione della commissione di disciplina, ivi dettate, e non già alla ormai abrogata competenza ministeriale di cui al co. 5; e [che], per altro verso, non risulta alcuna specifica disposizione legislativa, che, a norma dell'art. 4, co. 3, del d.lgs. n. 165 del 2001, [...] deroghi alle attribuzioni dirigenziali indicate al precedente comma" per l'amministrazione parte di quel giudizio. Sul tema v. anche Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2013, n. 2732).

Per un caso concernente il procedimento disciplinare del personale della Polizia di Stato, il Tar Lombardia, Brescia, 4 dicembre 2002 n.2191, ha respinto la censura di violazione dell'art. 149 comma 3 del DPR n. 3 del 1957 e dell'art. 16 comma 14 del DPR n. 737 del 1981, per incompetenza, avendo deciso sulla ricusazione del Presidente del Consiglio provinciale di Disciplina di Mantova il Capo della Polizia - Direttore generale della pubblica sicurezza - anziché il Ministro, ritenendo che la normativa citata dal ricorrente è stata emanata in epoca antecedente alla riforma del pubblico impiego e dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni statali, intervenuta organicamente con il d.lgs. n. 29 del 1993 ed attualmente disciplinata dal

Tra l'altro, con grande acume e grande padronanza delle categorie dogmatiche, il Consiglio di Stato ha chiarito, con riferimento a una sanzione espulsiva inflitta a un militare dal competente direttore generale, che *“la mera previsione legislativa sulla necessità di un decreto ministeriale, come nel caso in esame dove è l'art. 867 del codice dell'ordinamento militare a disporre che i provvedimenti di perdita del grado siano assunti in tal modo, non è quindi da sola in grado di radicarne la competenza alla persona del Ministro, atteso che, come esito del riparto di attribuzioni tra organi di direzione politica e organi di gestione amministrativa (come si evince dai contenuti del D.Lgs. n. 29 del 1993, dalla legge n. 59 del 1997, dalla legge n. 127 del 1997, dalla legge n. 191 del 1998 e, infine, dal D.Lgs. n. 165 del 2001), è unicamente il contenuto dell'atto da emanare a determinare il livello di competenza necessario per la sua adozione”*: ne consegue che una sanzione disciplinare espulsiva nei confronti di un militare compete (come contenuto) al Direttore generale di Persomil, la cui decisione confluisce poi, sul piano meramente formale (come contenitore), in un decreto ministeriale.

Di tale ultimo enunciato, avente a nostro avviso una rilevante portata sistemica, tutte le amministrazioni con personale non privatizzato che presentano analoghe previsioni normative con anacronistiche attribuzioni Ministeriali (ruotanti intorno al risalente d.P.R. n.3 del 1957) dovrebbero far tesoro e, soprattutto, applicazione. In altre parole, un conto è la attuale incontestabile competenza dirigenziale in materia gestionale del personale, altro è la mera veste formale (quella di d.m.) che talvolta (ma non sempre) assume tale provvedimento dirigenziale.

Riassumendo ed esemplificando, diverse norme del d.P.R. n.3 del 1957 (richiamate da ordinamenti settoriali in regime di diritto pubblico) presentano ancora oggi attribuzioni del “Ministro” che vanno lette alla luce della abrogazione/devoluzione (alla dirigenza) operata in modo implicito dall'art.4 e in modo esplicito dall'art. 70, co.4, d.lgs. n.165 del 2001:

- l'indizione dei concorsi, prevista con decreto ministeriale dall'art.3, co.4, d.P.R. n.3 del 1957, è da intendersi attribuita al direttore generale del personale;
- l'esclusione dai concorsi, prevista con decreto ministeriale dall'art.4, d.P.R. n.3 del 1957, è da intendersi attribuita al direttore generale del personale;
- l'approvazione della graduatoria dei concorsi, prevista con decreto ministeriale dall'art.7, co.2, d.P.R. n.3 del 1957, è da intendersi attribuita al direttore generale del personale;
- la nomina dei vincitori dei concorsi, prevista con decreto ministeriale dall'art.9, co.1, d.P.R. n.3 del 1957, è da intendersi attribuita al direttore generale del personale;

d.lgs. n. 165 del 2001, che ha operato una chiara distinzione tra compiti degli organi di governo e compiti gestionali della dirigenza.

Sulla spettanza, dopo il d.lgs. n.29 del 1993, al Capo dipartimento dell'amministrazione penitenziaria e non più al Ministro come testualmente previsto dall'art. 7, comma 4, d.lgs. n. 449 del 1992, delle misure di sospensione cautelare del personale, v. Tar Molise, 27 novembre 2000 n.526; Tar Campania, Napoli, sez.IV, 14 novembre 2002 n.7140, in www.giustizia-amministrativa.it, che correttamente ritengono possibile la delega provvedimento a dirigenti di settore da parte del Capo del DAP.

Sul tema v. anche Tar Lazio, Roma, sez.I-ter, 2004 n.1795; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez.I, 17 aprile 2002 n.597; Cons.St., sez.IV, 19 marzo 1998 n.484; *contra* per la competenza Ministeriale Tar Lazio, Roma, sez.I, 12 giugno 2000 n.4861, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸ Circa i professori universitari, parimenti la competenza a disporre oggi misure disciplinari spetta al Rettore ed al Collegio di disciplina e parimenti la competenza per la sospensione cautelare spetta al Rettore e non certo al Ministro, organo politico che non può assumere o impingere in atti gestionali espressivi dell'autonomia universitaria. Tale conclusione è da anni recepita dalla giurisprudenza: Tar Basilicata, 9 luglio 2008 n. 384; Tar Basilicata, 2 maggio 2008 n.157, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lazio, sez. I, 13 dicembre 1978, n. 1042, in *Foro it.*, 1980, III,142; Tar Campania, Salerno, 27 giugno 1989, n. 189, in *Riv. giur. scuola*, 1990, 820 (che aveva rilevato l'incompetenza in materia del consiglio di facoltà). Sul tema TENORE, *Profili ricostruttivi del procedimento disciplinare nei confronti dei professori universitari a cinque anni dalla legge Gelmini*, in *Giustamm.*, fasc.4, 2015.

- la risoluzione del rapporto per mancato superamento del periodo di prova, prevista con decreto ministeriale dall'art.10, d.P.R. n.3 del 1957, è da intendersi attribuita al direttore generale del personale;
- le contestazioni sul ruolo di anzianità dirette al Ministro, ai sensi dell'art.55, u.co., d.P.R. n.3 del 1957, sono da intendersi devolute al direttore generale del personale;
- il collocamento fuori ruolo, previsto con decreto ministeriale dall'art.58, d.P.R. n.3 del 1957, è da intendersi attribuito al direttore generale del personale;
- l'autorizzazione per incarichi peritali o consultivi per dipendenti pubblici, prevista con decreto ministeriale dall'art.61, d.P.R. n.3 del 1957, è da intendersi attribuita al direttore generale del personale;
- la diffida e la successiva decadenza per espletamento di attività extralavorative vietate, previste con decreto ministeriale dall'art.9, co.1, d.P.R. n.3 del 1957, sono da intendersi attribuite al direttore generale del personale;
- le sospensioni cautelari (facoltativa e obbligatoria), previste con decreto ministeriale dagli artt.91 e 92, d.P.R. n.3 del 1957, sono da intendersi attribuite al direttore generale del personale;
- le sanzioni disciplinari, attribuite al Ministro dagli artt.100 segg., d.P.R. n.3 del 1957, sono da intendersi attribuite al direttore generale del personale o al dirigente dell'Ufficio disciplina;
- l'istituzione di qualsiasi organo disciplinare, prevista con decreto ministeriale dall'art.148, d.P.R. n.3 del 1957, è da intendersi attribuita al direttore generale del personale;
- i provvedimenti di mutamento di ruolo, previsti con decreto ministeriale dall'art.200, d.P.R. n.3 del 1957, sono da intendersi attribuiti al direttore generale del personale.

Anche innanzi ad altri plessi giurisdizionali, quale la Corte dei conti, è assolutamente pacifica la spettanza alla dirigenza e non al Ministro di atti gestionali, quali la messa in mora (a fini interruttivi della prescrizione) di un ufficiale autore di un danno erariale alla amministrazione finanziaria³⁹.

E tali conclusioni, a nostro avviso, valgono anche a fronte di misure gestionali (ivi comprese quelle disciplinari) che riguardino dirigenti generali, quand'anche la normativa (art.123, d.P.R. n.3 del 1957 o norme settoriali risalenti) devolvesse compiti lavoristici al Ministro: nei confronti di costoro, l'atto gestionale (es. disciplinare, cautelare, valutativo etc.) spetterà al Capo Dipartimento o al Segretario Generale, a seconda dei casi, o al pari grado (dirigente generale) preposto al servizio del personale e, come tale, funzionalmente competente. Una ingerenza del Ministro in materia si presterebbe a censure in giudizio in punto di incompetenza.

Nel caso-limite di assunzione di provvedimenti nei confronti della dirigenza apicale assoluta (capi dipartimento, segretari generali) potrebbe da un lato sostenersi la permanenza, ad oggi, di una residuale competenza gestionale del Ministro (o addirittura del Consiglio dei Ministri) nei confronti di costoro, in quanto non aventi sovraordinati gerarchici e in ossequio al principio dell'*actus contrarius*: se la loro nomina compete con d.P.R. previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro competente Ministro, è sostenibile che sia l'organo politico ad assumere tale eccezionale atto gestionale lavoristico risolutivo.

³⁹ C.conti, sez.giur.Lombardia, 19 marzo 2004 n.433, in *Riv. corte conti*, 2004, 2, 175, secondo cui "L'atto di messa in mora nei confronti dell'autore di un danno erariale, essendo palese espressione di attività gestionale, non compete al vertice politico, ma alla dirigenza, cui sono attribuiti in via esclusiva detti compiti gestionali (art. 16 e 17 d.lg. 30 marzo 2001 n. 165, già art. 16 d.lg. n. 29 del 1993), mentre spetta ai vertici politici (Ministro) la sola fissazione degli obiettivi e delle direttive cui deve attenersi la dirigenza civile e militare (art. 4 d.lg. 30 marzo 2001 n. 165, già art. 3 d.lg. n. 29 del 1993): ne consegue che sarebbe risultato verosimilmente illegittimo per incompetenza relativa un atto di messa in mora (atto micro-gestionale) proveniente dal vertice politico (Ministro) in luogo della dirigenza".

Dall'altro lato, potrebbe però ritenersi, in modo a nostro avviso più convincente, che anche per tali apicali funzionari la competenza spetti alla dirigenza generale (o non generale su delega di quest'ultima) istituzionalmente competente sullo specifico provvedimento, quale preposta a quel settore (es. disciplinare o cautelare), in quanto non esiste nel nostro ordinamento un principio in base al quale un provvedimento per essere valido debba provenire da soggetto con qualifica più elevata rispetto al destinatario: si arriverebbe alla paralisi dell'azione amministrativa e per le apicali qualifiche si dovrebbe riconoscere, in spregio al principio ispiratore del d.lgs. n.165 (separazione politica/dirigenza), una ingolfante residuale (e non minimale) competenza del Ministro (o addirittura del Consiglio dei Ministri) anche su atti gestionali lavoristici. E' invece noto che, in virtù del basilare principio di "*immedesimazione organica*", quando un pubblico dipendente, quale che sia la sua qualifica, firmi un provvedimento, tale firma è espressiva della volontà dell'ente (*ergo* del Ministero-datore) nei confronti di chiunque⁴⁰. Pertanto, un atto lavoristico (es. sanzione disciplinare, sospensione cautelare, atto valutativo etc.) firmato dal direttore generale del personale ben può operare, legittimamente, anche nei confronti di equiordinati o addirittura sovraordinati (Capi Dipartimento o Segretari Generali), in quanto espressivo della volontà datoriale nei confronti di chiunque lavori in quell'ente⁴¹.

E' opportuno in conclusione, anche per prevenire possibili contenziosi in punto di incompetenza decisionale (che comunque, a nostro avviso, non avrebbero esito vincente per il ricorrente alla luce dell'art.21-*octies*, l. n.241⁴²), che tutte le amministrazioni che abbiano al proprio interno carriere in regime lavoristico di diritto pubblico (dicasteri Giustizia, Interno, Esteri *in primis*, mentre il dicastero Difesa ci sembra più "aggiornato") prendano atto, ad ormai quasi 30 anni dal d.lgs. n.29 del 1993 (oggi, d.lgs. n.165 del 2001), del mutamento radicale del rapporto tra politica e dirigenza e adeguino le proprie fonti normative, da subito in via interpretativa (attraverso una implicita abrogazione⁴³ delle testuali attribuzioni al Ministro, in realtà già statuita

40 Ad esempio, se nessuno si duole che la firma di un cedolino stipendiale o di un ricomputo stipendiale riguardante un Capo Dipartimento o un Segretario Generale provenga da un funzionario di qualifica non elevata o da un dirigente di II fascia, pur sempre espressivo della volontà del Ministero di appartenenza (immedesimazione organica), per quale motivo la medesima conclusione non dovrebbe valere per una misura disciplinare o cautelare nei confronti degli stessi dirigenti apicali assunta dal Capo del Personale (dirigente di I fascia) ?

41 Del resto, nel pubblico impiego privatizzato, la Cassazione (Cass., sez. lav., 3 giugno 2004 n. 10600, in *Giust. civ.*, 2005, 1, I, 243 e in *Ced Cassazione. In terminis* Trib. Napoli, sez. lav., 9 ottobre 2015 n. 31650, g. Catapano, D. S. c. Comune di Napoli, inedita) aveva avuto modo di affermare che "*alcuna norma prevede che dell'Ufficio procedimenti disciplinari debbano far parte dipendenti con qualifica almeno pari a quella degli incolpati, né esiste un principio secondo il quale soltanto siffatta composizione sarebbe idonea ad attuare il principio di imparzialità dell'amministrazione*".

42 L'assunzione di un atto dovuto, dopo rituale procedimento, da parte di organo incompetente (Ministro, in luogo del Capo Dipartimento o del Segretario Generale), ben potrebbe reggere al vaglio del giudice ove la difesa erariale invocasse l'art.21-*octies*, l. n.241, secondo cui "*Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*".

43 La tesi della *implicita abrogazione* delle competenze Ministeriali formalmente rinvenibili i taluni anacronistici testi normativi è stata più volte affermata dalla Magistratura proprio con riferimento alle carriere non privatizzate: per le Forze Armate, osserva Cons.St., sez.IV, 14 gennaio 2013 n.158, come il principio generale della netta separazione della sfera di competenza tra organi elettivi di governo e dirigenza amministrativa introdotto dal d.lgs. n.29 del 1993 e ribadito dal d.lgs. n.165 del 2001 è contraddistinto dall'attribuzione ai primi dei poteri di indirizzo politico e di controllo e dal conseguente affidamento alla seconda dell'attività deputata alla concreta realizzazione degli obiettivi individuati dal livello decisionale politico. Afferma testualmente la pronuncia: "*Il provvedimento impugnato in primo grado reca l'irrogazione di una sanzione disciplinare: è dunque un atto c.d. "gestionale" e non già di indirizzo politico, e non può dunque ricadere nell'ambito della competenza del Ministro. Il Collegio a tale riguardo rileva che la preclusione per il Ministro di esercitare competenze gestionali deve intendersi come assoluta, estendendosi anche all'ambito degli atti di gestione riguardanti il personale ad ordinamento militare, non a caso sovente amministrato per taluni aspetti del suo status e nel contesto organizzativo degli uffici direttamente incardinati nel Ministero della Difesa, anche da personale civile con qualifica dirigenziale. Da ciò dunque discende la conclusione per cui all'epoca dei fatti di causa doveva comunque reputarsi implicitamente abrogata "in parte qua", e segnatamente per quanto atteneva la Guardia di Finanza, la norma che radicava in capo al Ministro dell'Economia e delle Finanze la competenza all'adozione del provvedimento*

esplicitamente in via generale dall'art.70, co.6, d.lgs. n.165) in attesa di auspicabili correttivi testuali settoriali da proporre al Parlamento, all'attuale assetto delle competenze lavoristiche in materia di gestione del personale, espungendo ogni residua competenza Ministeriale e devolvendola ai vertici gestionali (dirigenza apicale).

Perseverare in una lettura miope e formalisticamente testuale di risalenti norme (es. art.123, d.P.R. n.3 del 1957 o norme ordinamentali settoriali) che fanno formale riferimento (all'epoca corretto) a competenze Ministeriali, significa non aver compreso l'evoluzione sistemica del lavoro pubblico, difendendo anacronistiche prerogative Ministeriali, forse per una velata sudditanza psicologica e gestionale, anche in Amministrazioni molto autorevoli che potrebbero permettersi una indipendenza, derivante da uno *status* elevato e qualificato dei suoi dirigenti apicali, verso la politica, che il legislatore ha voluto nel lontano 1993 eliminare in via generale, come affermato anche dalla Consulta con la più volte citata sentenza 3 maggio 2013 n. 81⁴⁴.

di rimozione (cfr. sul punto, ad es., Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007 n. 2844)". La tesi della implicita abrogazione è confermata da univoca giurisprudenza: cfr. Tar Campania, Napoli, sez.VI, 29 gennaio 2020 n.425, secondo cui "è conforme a legge l'attribuzione del potere al Dirigente Generale in luogo del Ministro dovendosi ritenere implicitamente abrogata "in parte qua" la norma che radicava in capo al Ministro la competenza all'adozione di siffatto provvedimento (in tal senso, Consiglio di stato, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2844, T.A.R. Toscana sez. I, sent. n. 2085 - 10 maggio 2006, T.A.R. Liguria Genova, sez. I, 6 marzo 2003, n. 266)". Forse tali sentenze avrebbero potuto fare più agevole riferimento, a conferma del corretto approdo decisionale, all'art.70, co.6, d.lgs. n.165, che ha addirittura testualmente, e dunque esplicitamente, sostituito all'organo di governo la dirigenza nei compiti gestionali.

⁴⁴ Vedila in nota 19.