

Lug/2017



CAMMINO DIRITTO

Articoli Scientifici

ISSN 2532-9871
Cammino Diritto (Periodico online)

Rivista
Giuridica
online

RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE RICERCA -

MENSILE ONLINE

Direttore: Raffaele GIAQUINTO (Giornalista iscritto presso l'ODG di Napoli)

Direttore Scientifico: Alessio GIAQUINTO

Comitato Scientifico: Alessio LO GIUDICE, Antonio LAS CASAS, Emanuele CERSOSIMO, Francesca VESSIA, Francesco ORABONA, Francesco LONGOBUCCO, Gaspare DALIA, Giovanni Maria RICCIO, Giuseppe MAINAS, Ignazio ZINGALES, Jordi NIEVA FENOLL, Luigi KALB, Michele Angelo LUPOI, Patrick VALDRINI, Pietro MILAZZO, Raúl ANDRADE OSORIO, Riccardo URSI, Rossana PALLADINO, Sara SPUNTARELLI, Saverio SETTI, Sebastiano Bruno CARUSO, Tommaso GRECO, Valeria LUCIA

Comitato dei Revisori: Angela CUOFANO, Annamaria DI CLEMENTE, Ida MORELLI, Iliaria TACCOLA, Iliaria VALENTINO, Mariangela MICELI, Massimiliano PACE, Renata MADDALUNA

Redazione: Giuseppe FERLISI, Iliaria FERRARA

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista Scientifica: **Cammino Diritto**
ISSN: 2532-9871 - Codice CINECA: E243140
Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015
Periodicità: Periodico (on-line)
Sede: Via C. Turco,4 - 84091 Battipaglia (SA)
Editore: IpWeb di Raffaele Giaquinto
ISP (Internet Service Provider): aruba.it – www.camminodiritto.it
Indirizzo web: <http://www.camminodiritto.it>
Indirizzo e-mail: redazione@camminodiritto.it
Recapito telefonico: 02 87188451

Tutti i contributi pubblicati in questo questo fascicolo hanno superato una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di peer review è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Indice dei contenuti

1 - L'INCIDENZA DELLO IUS SUPERVENIENS EUROPEO SUL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA.

autore: **Fiorella Florida**, pubblicazione lunedì 3 luglio 2017

2 - LA SUCCESSIONE MEDIATA DI NORME PENALI

autore: **Giuseppe Mainas**, pubblicazione venerdì 21 luglio 2017

3 - LA RIFORMA "MADIA" SUL PUBBLICO IMPIEGO: I NUOVI SCENARI IN MATERIA DI PERFORMANCE, DIRIGENTI E CONCORSI PUBBLICI.

autore: **Anna Villani**, pubblicazione giovedì 27 luglio 2017

L'INCIDENZA DELLO IUS SUPERVENIENS EUROPEO SUL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA.

Il giudicato amministrativo, l'incidenza delle sopravvenienze sul giudicato e le esigenze di stabilità del rapporto giuridico instauratosi, giudizio di ottemperanza, giudicato a formazione progressiva e effettività del diritto dell'unione europea sopravvenuto.

autore **Fiorella Floridia**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Sommario: 1. Breve premessa introduttiva. 2. Il giudizio di ottemperanza e la sua natura giuridica. 3. Il giudicato a formazione progressiva ed il rapporto con la sopravvenuta disciplina europea. 4. La posizione dei Giudici di Palazzo Spada: l'Adunanza Plenaria N. 11 del 2016. 5. Conclusioni.

1. Breve premessa introduttiva

Con la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2016, i Giudici di Palazzo Spada hanno condotto un'attenta analisi e chiarito il rapporto tra giudicato a formazione progressiva e lo ius superveniens di matrice comunitaria. In base alla teoria del giudicato a formazione progressiva, elaborata da dottrina e giurisprudenza, le statuizioni scaturenti da un giudizio di ottemperanza, sono idonee al giudicato, integrando quello della sentenza di cognizione. La teoria del giudicato a formazione progressiva è stata recentemente messa in discussione dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato, che ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione riguardante la concezione di un giudicato elastico, suscettibile di completamento in sede di ottemperanza, soprattutto alla luce della nuova regolamentazione del giudizio di ottemperanza, che in seguito all'emanazione del codice del processo amministrativo, ha trovato una puntuale e completa disciplina giuridica.

2. Il giudizio di ottemperanza e la sua natura giuridica

Con l'entrata in vigore del processo amministrativo, il giudizio di ottemperanza è stato compiutamente regolato dagli artt. 112 a 115 del c.p.a., nel libro IV dedicato appunto all'ottemperanza ed ai riti speciali. Prima dell'emanazione del c.p.a., il giudizio di ottemperanza aveva trovato scarsi riferimenti normativi, precisamente gli artt. 90 e 91

del r.d. 17 agosto 1907 n. 642 (1) , riguardanti il **“Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato”**, ed infine anche l’articolo 37 della Legge T.A.R. (2). Si trattava di una normativa molto scarna ed esigua e portatrice di diversi problemi interpretativi, risolti nel corso del tempo dalla giurisprudenza. Grazie al codice del processo amministrativo, il giudizio di ottemperanza ha trovato una compiuta disciplina e la propria sedes materiae. Innanzitutto bisogna sottolineare che le disposizioni di cui agli artt. 112-115 c.p.a., confermano la natura mista di cognizione ed esecuzione del giudizio di ottemperanza, con giurisdizione estesa al merito, già affermata dalla giurisprudenza sulla base della scarna disciplina previgente. L’art. 112 del c.p.a., comma I, stabilisce che i provvedimenti del G.A. sono eseguiti dalla Pubblica amministrazione e dalle altre parti. Il secondo comma indica, invece, quale sono le ipotesi in presenza delle quali può essere proposta l’azione di ottemperanza:

- a) delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato;
- b) delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo;
- c) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato;
- d) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione;
- e) dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato.

Ai sensi dell’articolo 114 c.p.a. l’azione si propone, anche senza previa diffida, con ricorso che deve essere notificato alla p.a. ed a tutte le altre parti del relativo giudizio definito dalla sentenza o dal lodo della cui ottemperanza si tratta. Interessante è il relativo termine prescrizione di 10 anni, trascorso il quale l’azione non può essere ultimamente proposta. Da questo punto di vista il legislatore del codice ha tenuto in considerazione la granitica giurisprudenza sul punto in esame. Dalla lettura dell’articolo 114, comma I c.p.a., ragioni sistematiche inducono a qualificare il relativo termine come

prescrizionale. Una volta proposto il ricorso, il giudice con sentenza in forma semplificata ed in caso di accoglimento:

- a) ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione;
- b) dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato;
- c) nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano;
- d) nomina, ove occorra, un commissario ad acta;
- e) salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo.

La sentenza è il provvedimento che conclude il giudizio, tranne che nel caso in cui venga chiesta l'esecuzione di un'ordinanza, in questa ipotesi il giudice provvede con ordinanza. Le novità introdotte dal nuovo codice nel 2010, all'istituto in esame sono parecchie. In primis è stato rimosso l'obbligo di diffidare preventivamente la pubblica amministrazione, è stato introdotto il termine decennale prescrizionale per la relativa azione, infine sono stati individuati con puntualità gli atti suscettibili di ottemperanza ed i relativi poteri del giudice dell'ottemperanza. Per quanto concerne la natura giuridica del giudizio in esame, il vincolo funzionale che connota l'ottemperanza è quella di adeguare la realtà giuridica e materiale ad un ben preciso giudicato (3). Il giudizio di ottemperanza, come sottolineato anche dalla giurisprudenza (4) ha natura mista sia di cognizione e di esecuzione, in quanto il giudice amministrativo, in sede di giudizio di ottemperanza, può esercitare cumulativamente, sia poteri sostitutivi che poteri ordinatori, e può integrare l'originario disposto della sentenza. Anche la Corte costituzionale (5) ha avuto occasione di affermare che il *“il giudizio di ottemperanza, secondo l'attuale elaborazione giurisprudenziale, ricomprende una pluralità di configurazioni (in relazione alla situazione concreta, alla statuizione del giudice e alla natura dell'atto impugnato), assumendo talora (quando si tratta di sentenza di condanna al pagamento di somma di denaro esattamente quantificata e determinata nell'importo. senza che vi sia*

esigenza ulteriore di sostanziale contenuto cognitorio) natura di semplice giudizio esecutivo [...] e quindi qualificabile come rimedio complementare che si aggiunge al procedimento espropriativo del codice di procedura civile, rimesso alla scelta del creditore. In altri casi il giudizio di ottemperanza può essere diretto a porre in essere operazioni materiali o atti giuridici di più stretta esecuzione della sentenza; in altri ancora ha l'obiettivo di conseguire una attività provvedimentale dell'amministrazione ed anche effetti ulteriori e diversi rispetto al provvedimento originario oggetto della impugnazione; inoltre può essere utilizzato, in caso di materia attribuita alla giurisdizione amministrativa, anche in mancanza di completa individuazione del contenuto della prestazione o attività cui è tenuta l'amministrazione, laddove invece l'esecuzione forzata attribuita al giudice ordinario presuppone un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile” .

La natura mista in esame, grazie alle novità introdotte dal c.p.a., ha permesso di introdurre nell'ambito del giudizio di ottemperanza di azioni cognitive connesse alla questione principale dell'attuazione del *decisum*. Infatti, in considerazione dell'articolo 7 del c.p.a., il quale stabilisce: *“il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi”*. In questo modo, il giudice dell'ottemperanza conosce di tutte le ipotesi di in esecuzione, violazione del giudicato, oltre che di tutte le questioni relative all'ottemperanza. Il rito (tranne il dimezzamento dei termini ex articolo 87 c.p.a.) ricalca il processo ordinario di cognizione, mentre la piena attuazione del contraddittorio e la conclusione con sentenza ne denota il carattere decisorio.

3. Il giudicato a formazione progressiva ed il rapporto con la sopravvenuta disciplina europea

Nel rito civile i concetti di giudicato in senso formazione e sostanziale sono rispettivamente stabiliti dagli artt. 324 c.p.c. e 2909 c.c.. Come ben sappiamo, la sentenza del giudice amministrativo si inserisce nel rapporto tra pubblica amministrazione e privato, e spesso nel giudizio di ottemperanza avverso le decisioni del giudice amministrativo (e non di altri giudici) si parla di giudicato a formazione progressiva. Innanzitutto, bisogna ricordare che nel giudizio impugnatorio classico la sentenza, annullando l'atto amministrativo, ha effetti costitutivi rimuovendo l'atto impugnato ex tunc (6). Grazie alla sentenza del giudice amministrativo, scaturisce anche,

il c.d. “effetto ripristinatorio”, nel senso che in seguito all’annullamento dell’atto si aggiunge la possibilità di compiere tutte quelle attività necessarie volte a rimuovere i pregiudizi e gli effetti prodotti dall’atto illegittimo. La teoria del giudicato a formazione progressiva nasce all’interno del diritto amministrativo ed è una nozione di giudicato più flessibile rispetto a quella di cui all’articolo 324 c.p.c. . Per la giurisprudenza, in sede di ottemperanza, solo quando le ottemperane decisioni siano state rese dallo stesso presso giurisdizionale amministrativo e non da giudice di altro plesso, il giudice può integrare o specificare il giudicato, senza mai stravolgere il contenuto del decisum (7). In questo caso, l’effetto di formazione del giudicato non si ricollega alla pronuncia del g.a., quanto alle successive statuizioni del giudice dell’ottemperanza, che indicando le modalità esecutive del provvedimento giudiziale, lo arricchisce di contenuto, ampliandone l’oggetto. La teoria del giudicato a formazione progressiva non ha trovato nessun riscontro normativo neanche con l’introduzione del nuovo codice del processo amministrativo e trova la sua ratio giustificatrice alla luce del periodo storico della sua genesi. Bisogna premettere che accogliere la teoria del giudicato a formazione progressiva ha sempre comportato, che di formazione del giudicato dovesse parlarsi solo con riferimento al giudice dell’ottemperanza, visto la posizione prodromica della pronuncia del g.a., in quanto veniva considerata come una statuizione generica e preliminare all’individuazione della regola del caso concreto, che veniva operata soltanto in sede di ottemperanza. Ma la conseguenza più importante era l’impatto sul principio di intangibilità del giudicato vigente nel nostro ordinamento e l’ulteriore impatto circa l’incidenza o meno dello *ius superveniens*. Per la questione in esame è di fondamentale importanza valutare, se la teoria del giudicato a formazione progressiva sia ancora valida, tenendo conto delle importanti novità introdotte dal codice del processo amministrativo ed anche alla luce dei successivi correttivi. E’ di fondamentale importanza ricordare che il processo amministrativo nato come processo sull’atto e volto al suo annullamento si è trasformato in un processo sul rapporto. Tutto questo non solo trova conferma nel meccanismo dei motivi aggiunti che permette al giudice di approfondire il *thema decidendum*, ma anche all’introduzione della tutela cautelare ante causam ed anche della possibilità di valutare la fondatezza dell’istanza nel rito avverso il silenzio, in caso di attività vincolata o comunque dove non vi siano margini di discrezionalità amministrativa; infine si aggiunga l’azione di accertamento, che oltre ad involgere il silenzio dell’amministrazione, viene generalizzata in base al combinato disposto di cui agli articoli 31 e 34, comma 3, c.p.a., confermando nel diritto amministrativo il principio di anticipazione delle azioni processuali. Il giudicato a formazione

progressiva nell'ultimo periodo storico, è stato messo in crisi, nel caso di *ius superveniens* di matrice europea. Da questo angolo visuale, in relazione alla dinamica sottesa, occorre capire quale delle decisioni giudiziali possa aver acquisito il carattere di giudicato, se quella del giudice amministrativo, oppure accogliendo la teoria del giudicato a formazione progressiva, quella del giudice dell'ottemperanza e da ultimo quale sia il rapporto tra questo ed una successiva disciplina europea oppure una sopravvenuta operata dalla Corte di Giustizia. Per concludere, l'intervenuta sopravvenienza (in particolare, una sentenza della Corte di Giustizia, equiparabile ad una sopravvenienza normativa), incidendo su un procedimento ancora in corso e quindi non coperto dal giudicato, può determinare non un conflitto ma una successione di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica. Alla luce di tutto ciò, la stessa giurisprudenza dubita circa la piena condivisibilità della teoria del giudicato a formazione progressiva, in quanto il rimedio dell'ottemperanza non si pone più in chiave di completamento del dictum del giudice amministrativo, essendo più che altro finalizzato a garantire l'esecuzione della sentenza da parte della pubblica amministrazione.

4. La posizione dei Giudici di Palazzo Spada: l'Adunanza Plenaria N. 11 del 2016

Con la pronuncia N. 11 del 2016 i Giudici di Palazzo Spada si sono occupati dei rapporti tra giudicato amministrativo e *ius superveniens* di matrice europea. La vicenda processuale aveva ad oggetto la realizzazione della Cittadella della Giustizia presso il Comune di Bari da parte dell'impresa Pizzarotti, in particolare, a causa della lunga vicenda processuale, l'Adunanza Plenaria ha dovuto delimitare esattamente il contenuto e la portata conformativa delle sentenze di cui si richiede l'ottemperanza ma soprattutto il rapporto tra giudicato a formazione progressiva e sopravvenuta normativa europea, alla luce dell'attuale visione dei rapporti di integrazione fra l'ordinamento europeo e quello nazionale. In passato il Consiglio di Stato in numerose pronunce, ha riconosciuto al giudice dell'ottemperanza la possibilità di riempire gli spazi vuoti lasciati dal precedente giudicato formatosi in sede di cognizione (8). Ma in questo caso, la Sezione rimettente criticando la tesi del giudicato a formazione progressiva, ha chiesto all'Adunanza Plenaria di stabilire in astratto uno o più criteri, certi e ripetibili, per definire il discrimine tra statuizioni della sentenza di ottemperanza suscettibili di passare in giudicato e mere misure esecutive; infine anche alla luce del principio di diritto enunciato dalla Corte di Giustizia (9), se il diritto nazionale conosca dei rimedi per ritornare sul giudicato che ha condotto ad una situazione contrastante con la normativa

europea. L'Adunanza Plenaria, modificando l'ordine delle questioni sottoposte dalla V Sezione, pronuncia i seguenti principi di diritto:

1) gli effetti del giudicato sono limitati alle parti dell'originario giudizio di cognizione, sicché è inammissibile la proposizione del ricorso di ottemperanza (o, nel suo ambito, di un incidente di esecuzione), per dedurre la nullità di un provvedimento emanato da una amministrazione che non è stata parte del rapporto processuale definito con la sentenza irrevocabile di cui si chiede l'esecuzione;

2) pur ammettendosi la figura del giudicato a formazione progressiva, nell'individuazione delle prescrizioni via via stabilite dalle sentenze che si succedono sulla res controversa, occorre considerare che il giudice amministrativo non può mai sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio di valutazioni discrezionali, al di fuori dei tassativi casi di giurisdizione di merito stabiliti dalla legge; conseguentemente, da un giudicato che abbia accertato la lesione di interessi procedurali – come nel caso di azione esercitata ex artt. 30 e 117 c.p.a. per l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere al di fuori dei casi di esercizio vincolato del potere – deriva l'obbligo strumentale di portare a conclusione il procedimento e giammai quello finale di attribuzione del bene della vita sostanziale, posto che il giudicato non può incidere sui tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi;

3) premesso che, in linea generale, l'esecuzione del giudicato amministrativo di legittimità deve avvenire da parte dell'amministrazione secondo buona fede e senza che sia frustrata la legittima aspettativa delle parti alla stabile definizione del contesto procedimentale, ovvero mediante il ripristino retroattivo della situazione controversa per evitare che la durata del processo vada a scapito del vincitore, gli effetti del tempo e delle sopravvenienze (giuridiche e fattuali) sul giudicato amministrativo, pur esprimendo la ineluttabile contrapposizione fra naturale dinamicità dell'azione amministrativa ed effettività della tutela, trovano un punto di equilibrio nei seguenti principi:

a) la retroattività del giudicato non è assoluta, dovendo correlarsi alle circostanze del caso concreto ed alla consistenza dell'interesse legittimo coinvolto (pretensivo, oppositivo e procedimentale);

b) l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e

diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile; sicché la sopravvenienza è strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre incide su quelle durevoli nel solo tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato, determinando non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica medesima;

c) anche per le situazioni istantanee, la retroattività dell'esecuzione del giudicato trova un limite intrinseco e ineliminabile (che è logico e pratico, ancor prima che giuridico), nel sopravvenuto mutamento della realtà - fattuale o giuridica - tale da non consentire l'integrale ripristino dello status quo ante che semmai, ove ne ricorrano le condizioni, può integrare il presupposto esplicito della previsione del risarcimento del danno, per impossibile esecuzione del giudicato, sancita dall'art. 112, comma 3, c.p.a.;

4) le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, rese in sede di rinvio pregiudiziale interpretativo, hanno la medesima efficacia delle disposizioni interpretate e pertanto vincolano non solo il giudice che ha sollevato la questione ma ogni altro organo (amministrativo o giurisdizionale) chiamato ad applicare le medesime disposizioni o i medesimi principi elaborati dalla Corte di giustizia;

5) costituisce decisione abnorme – come tale ricorribile in Cassazione ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, Cost. per superamento del limite esterno della giurisdizione – la sentenza del giudice amministrativo che non abbia evitato la formazione, anche progressiva, di un giudicato in contrasto con il diritto dell'Unione europea (o con altre norme di rango sovranazionale cui lo Stato è tenuto a dare applicazione), quale risulti da una successiva pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea.

5. Conclusioni

La tesi del giudicato a formazione progressiva per molto tempo ha permesso di risolvere questioni di complessa particolarità, tenendo in considerazione le peculiarità del giudizio di ottemperanza e della sua natura mista. A questo bisogna aggiungersi che spesso un procedimento, vuoi per la lentezza della giustizia, vuoi per i ritardi del legislatore, vuoi per i ritardi fisiologici del nostro sistema giudiziario, ha sempre portato a lunghissime vicende giudiziarie, come quella presa in considerazione dalla pronuncia in esame. Da ultimo, è di rilevante importanza il diritto europeo, che nell'ultimo periodo storico ha inciso notevolmente sul nostro ordinamento giuridico, non solo per le diverse materie oggetto di interventi normativi ma soprattutto per il principio di primazia della normativa

europea. Alla luce di quanto esposto e riassunto, sarebbe auspicabile, in considerazione delle statuizioni dei Giudici di Palazzo Spada, che il nostro legislatore potesse non solo intervenire ma anche fornire un quadro normativo il più possibile completo, in quanto la teoria del giudicato a formazione progressiva, nel nostro ordinamento giuridico non ha mai trovato alcun riscontro normativo e stante la situazione potrebbero ancora sorgere delle questioni da chiarire, tenendo conto del fatto che la normativa europea porterà sempre a delle novità normative e giurisprudenziali in numerose materie, e molti istituti giuridici dovranno essere sempre rivisti e messi in discussione.

Note e riferimenti bibliografici

1. <http://www.giurcost.org/fonti/rd642-07.htm>
2. http://presidenza.governo.it/USRI/magistrature/norme/L1034_1971.pdf
3. Cons. St., a. p., 26 luglio 2001 n. 6
4. *Ex multis*, Cons. St., sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409,
5. Corte cost., 12 dicembre 1998, n. 406
6. Per la possibilità di pronunciare sentenza che annullano l'atto illegittimo solo con effetti ex nunc o che si limitano ad accertare l'illegittimità dell'atto senza annullarlo imponendo all'amministrazione di provvedere nuovamente in modo legittimo, si veda Cons. St., VI, 10 maggio 2011 n. 2755
7. Cons. St., IV, 9 dicembre 2015 n. 5589. Si veda anche Cons. St., a.p., 5 gennaio 2013, n. 2: Il giudice dell'ottemperanza è il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto. Qualora in sede di esecuzione sia stato emesso un ulteriore provvedimento sfavorevole per chi sia vincitore in un precedente giudizio di annullamento, l'interessato può contestare l'atto sopravvenuto con un unico ricorso, proposto entro il termine di decadenza previsto dall'art. 41 del codice del processo amministrativo, e può formulare sia censure di legittimità che censure che ne lamentano la nullità per elusione del giudicato, spettando al giudice amministrativo la qualificazione dell'attività amministrativa in rapporto al precedente giudicato. La commissione esaminatrice di una valutazione comparativa per la copertura di un posto di professore universitario, qualora il giudice amministrativo abbia annullato le sue valutazioni conclusive perché viziato rispetto ai criteri da essa previamente predisposti, incorre nella violazione del giudicato se rinnova gli atti del procedimento modificando senza specifiche ragioni i medesimi criteri, perché solo nel caso in cui essi risultino illegittimi possono essere modificati.
8. Consiglio di Stato, Sezione IV, 25 Giugno 2010, n. 4131; in termini, Sezione V., 17 Maggio 2013, n. 2680 e 26 Giugno 2013, n. 3517.
9. Corte di Giustizia dell'Unione Europea 10 luglio 2014, C-213/13. *“L'articolo 1, lettera a), della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, deve essere interpretato nel senso che un contratto che abbia per oggetto principale la realizzazione di un'opera che risponda alle esigenze formulate dall'amministrazione aggiudicatrice costituisce un appalto pubblico di lavori e non rientra, pertanto, nell'esclusione di cui all'articolo 1, lettera a), iii), della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, anche quando comporti un impegno a locare l'opera di cui trattasi. Se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giudice del rinvio, che abbia*

statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 267 TFUE, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima”

LA SUCCESSIONE MEDIATA DI NORME PENALI

Questo argomento fa parte di una categoria estremamente complessa e delicata, sulla quale la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 2451 del 2008, ha cercato di fare chiarezza optando definitivamente per la tesi della integrazione.

autore **Giuseppe Mainas**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Sommario: 1. Premessa; 2. Tesi della Integrazione (S.U. 2008); 3. La Legge n. 189 del 2012; 4. Successione delle norme e Legge Balduzzi

1. Premessa

La successione di norme in ambito penale può essere immediata o mediata.

La successione immediata è la successione di norme che hanno all'evidenza natura penale, ossia norme che disciplinano il trattamento sanzionatorio (la norma che prevede qual è la pena per il reato) o di norme che descrivono direttamente la struttura del reato.

La successione mediata invece, ha ad oggetto norme che integrano o specificano il contenuto della legge penale, in particolare norme cui la norma incriminatrice rinvia; è l'ipotesi in cui, a fronte di una disposizione incriminatrice che rinvia ad un atto amministrativo o ad un decreto ministeriale per la specificazione dell'oggetto della condotta esecutiva del reato (ad es. importazione della sostanza stupefacente di cui all'apposito Decreto Ministeriale, e vi è una successione del D.M.). In tali casi la successione non riguarda la norma che definisce la struttura del reato o che fissa la pena, **ma riguarda la norma a cui la fattispecie incriminatrice rinvia per la definizione di un elemento costitutivo del reato.**

La successione può riguardare anche norme che definiscono un elemento normativo contenuto nella descrizione che la norma incriminatrice faccia; ad esempio, in presenza di una norma penale che punisca la sottrazione di minori, cambia la norma civilistica che definisce l'elemento normativo "minore" introdotto nella descrizione che la norma incriminatrice fa nell'ipotesi astratta di reato. Questa è la successione mediata. Con riferimento a queste ipotesi ci si chiede da sempre se siffatta vicenda successoria debba

essere attratta dalle regole successorie dettate dall'art. 2 c.p.

2. Tesi della integrazione (S.U. 2008)

Ora, in seno a questo dibattito sono emerse più tesi: **la tesi senz'altro prevalente oggi (vedi SS.UU 2008) è la tesi della cosiddetta "integrazione", secondo cui questa successione di norme penali** (mediata, ossia che riguarda norme richiamate dalla norma incriminatrice o norme che descrivono l'elemento normativo incluso nella descrizione della fattispecie astratta) **è sottoposta all'applicazione disciplinata dall'art. 2 c.p.** in specie al secondo comma dell'art. 2, a condizione che le norme oggetto della vicenda successoria presentino natura integratrice della disposizione incriminatrice. Questa tesi fa leva sulla natura integratrice o meno che la norma extra-penale abbia rispetto alla disposizione incriminatrice. Se ha natura integratrice, dunque, alla successione si applica l'art. 2 c.p. inclusa la retroazione della sopravvenuta norma abolitiva, se ha natura non integratrice a questa vicenda successoria non si applica quel principio del *favor* di cui all'art. 2 comma 2 c.p.

Innanzitutto questo è l'assunto fatto proprio dalle **SS UU 2451/2008** riguardante la vicenda relativa all'art. 14 co. 5 ter del decreto 286/98, ossia il fatto dell'extracomunitario il quale, senza giustificato motivo, attinto dall'ordine questorile di allontanamento, non lo ottemperi. Accade dunque che il soggetto extracomunitario al momento del fatto, cessa di presentare questo status al momento del giudizio, intervenendo dopo la commissione del fatto, l'adesione al Paese di appartenenza all'Unione Europea (caso di Polonia e Romania).

In questa ipotesi, tale novità del quadro normativo extra penale, implicando la perdita dello status di extracomunitario, deve retroagire con conseguente effetto abolitivo del fatto commesso in precedenza quando il soggetto era extracomunitario?

Sostengono le Sezioni Unite che:

1) fondamentalmente, quando la disposizione penale rinvia ad un atto della amministrazione o quando la disposizione contiene un elemento normativo la cui descrizione è rimessa ad una norma extra penale e la vicenda successoria coinvolge non la norma incriminatrice o la norma che definisce l'elemento normativo contenuto nella norma astratta, occorre ai fini della soluzione del problema successorio, guardare non al fatto concreto e alla sua punibilità o meno alla luce della novità legislativa, ma occorre comparare due plessi normativi che sono costituiti dalla norma incriminatrice insieme

alla norma recante la definizione come vigente al momento del fatto o la norma incriminatrice più l'atto amministrativo (primo plesso) e dall'altro la norma incriminatrice rimasta invariata e l'atto amministrativo come modificato dalla norma sopravvenuta o la norma incriminatrice invariata e la norma extra-penale che definisce l'elemento normativo intervenuti dopo. Quindi, nel verificare che la novità debba retroagire con conseguente effetto di *abolitio*, non occorre chiedersi se il fatto concreto sia o non sia punibile alla luce della novità sopravvenuta, ma occorre comparare le strutture (relazione strutturale) tra le due fattispecie astratte in successione; con la precisazione, in questo caso, che le fattispecie astratte sono dovute nel caso da due complessi normativi più articolati, da un lato la norma incriminatrice più atto amministrativo/norma descrittiva dell'elemento normativo come vigente al momento del fatto, dall'altra parte dopo la novità legislativa la norma incriminatrice e l'atto amministrativo o la norma descrittiva dell'elemento della fattispecie che è sono stati modificati.

Per esempio l'art. 73 d.P.R. sugli stupefacenti: occorre comparare fattispecie astratta, ossia norma incriminatrice insieme al D.M. vigente all'epoca del fatto. Tale fattispecie astratta va comparata con la successiva fattispecie composta dalla norma incriminatrice con il D.M. successivo.

La seconda ipotesi riguarda invece la successione non di un atto amministrativo a cui la norma incriminatrice rinvia, ma la norma extra penale che contiene un elemento normativo incluso nella fattispecie astratta. Per cui la fattispecie astratta sarà composta dalla norma incriminatrice insieme alla norma extra penale (mutata) che contiene un elemento normativo della fattispecie.

Il problema successorio va risolto non chiedendosi semplicemente se il fatto concreto non è più punibile alla luce della successione, ma occorre guardare alla fattispecie astratte in comparazione, raffrontarle e verificare che il legislatore sopravvenuto non abbia voluto modificare la fattispecie astratta. Solo quando c'è una nuova riscrittura della fattispecie astratta può parlarsi di *abolitio* e di sua retroazione.

Sicché non basta dire che il fatto non è più sussumibile nella nuova fattispecie, ma bisogna comparare le fattispecie. Ciò chiarito, però, le SS.UU. osservano che quando la vicenda successoria riguarda non norme penali in senso stretto, ma norme extra penali, occorre muovere dall'assunto, in forza del quale vige come principio generale sancito dall'art. 11 delle pre-leggi, in base al quale il novum legislativo non ha portata

retroattiva. Poiché ci si chiede se una retroazione favorevole, di cui all'art. 2 co. 2 c.p., riguardi il D.M. , atti amministrativi o norme extra penali, occorre partire dal presupposto che per le novità diverse in materia penale non trova applicazione della retroazione, ma quello dell'operatività solo per il futuro sancita dall'art. 11 delle preleggi. Sicché queste novità normalmente non retroagiscono e non può trovare applicazione l'art. 2 co. 2 c.p. e la doverosa retroazione in caso di norma abolitiva, SALVO CHE la novità sopravvenuta pur riguardando una norma non incriminatrice penale in senso stretto abbia natura integratrice della norma incriminatrice così da mutarne sostanzialmente la natura e risultare sottoposta all'analogo regime successorio.!

I fautori di questa tesi ritengono che poiché per il novum normativo intervenuto in ambito non penale vige la regola generale dell'operatività solo per il futuro (ex art. 11 preleggi), poiché possa applicarsi la retroazione è necessario che il novum riguardi norme extra penali o amministrative che mutino la natura penale della norma incriminatrice e ciò può dirsi solo quando esse sono integratrici della norma incriminatrice. Solo in questo caso, a dispetto della forma non penale, il *novum* che riguarda tali norme, in deroga alle disposizioni di cui all'art. 11 delle preleggi, deve soggiacere alle regole sancite dall'art. 2 (anche comma secondo) c.p.

2) La Cassazione si chiede quando è che le norme sono integratrici della norma incriminatrice?

In precedenza si era già aperto un dibattito e la giurisprudenza ripercorre il dibattito dottrinale. Perciò la norma extra penale può ritenersi integratrice quando essa concorre con la norma incriminatrice a fissare o a definire l'estensione della fattispecie astratta da ritenere penalmente rilevante. Soltanto in questo caso, la norma, ad onta della sua veste formale extra penale, la norma concorre a definire l'area del penalmente rilevante e concorre a definire il disvalore che il legislatore ha inteso stigmatizzare e soggiace al regime successorio proprio delle norme penali.

Questo può dirsi quando la norma extra penale è una norma richiamata dalla norma incriminatrice, quando cioè è una norma chiamata a colmare gli spazi di definizione della fattispecie astratta lasciati scoperti dalle norme penali in bianco; è l'ipotesi dell'art. 73 che rinvia al D.M. Quest' ultimo nel chiarire che è stupefacente una sostanza, concorre a coprire spazi del precetto lasciati aperti dall' area della norma incriminatrice, quindi, è sottoposto alle regole successorie.

Sostiene la Cassazione che altrettanto avviene nel caso delle norme extra penali definitorie, che per l'appunto contengono la definizione di un elemento costitutivo della fattispecie astratta indicato dalla norma incriminatrice. In questo caso la norma incriminatrice implicitamente fa richiamo per la definizione del reato ad una norma extra penale, ad esempio nel reato di sottrazioni di minori, la norma extra penale che definisce il concetto di minori.

La vicenda portata al vaglio del giudice di legittimità nella sentenza suddetta, riguarda quella dell'extracomunitario che non è più tale. In questo caso una novità normativa ha determinato la non applicabilità della normativa di cui all'art. 14 co. 5 ter a quei soggetti non extracomunitari.

L'interrogativo che ci si è posti, è se questa novità senz'altro applicabile successivamente alla entrata in vigore, debba retroagire al momento della commissione del fatto (quando cioè il polacco e il rumeno erano extracomunitari) e se a tale vicenda debba applicarsi la regola di cui all'art. 2 co.2 c.p. Sostengono le S.U. che applicando al caso di specie tali coordinate, occorre per risolvere il problema non guardare al fatto concreto, ossia alla punibilità o meno del soggetto in base al nuovo plesso normativo, perché se si applicasse un approccio di questo tipo, si dovrebbe per ciò solo concludere nel senso della retroazione. Invece occorre comparare le fattispecie astratte, e chiedersi se qualcosa è cambiato in base alla successione di una norma integratrice di quella incriminatrice.

Occorre, quindi, comparare la fattispecie vigente al momento del fatto e quella vigente successivamente per modifica legislativa. Ebbene, sostengono le Sezioni Unite che non è cambiato nulla perché la fattispecie astratta era quella che puniva l'extracomunitario che raggiunto dall'ordine questorile non ottemperò, e anche adesso è il medesimo. Le due fattispecie non sono in alcun modo modificate, sono immutate. Non è stata modificata nemmeno la norma extra penale cui l'art. 14 co. 5 ter rinvia per la definizione dell'elemento normativo costituito dalla nozione di extracomunitario che era e resta quella di un soggetto non appartenente all'Ue. Non c'è stata proprio, allora, una vicenda successiva. Diversamente sarebbe stato se la norma avesse modificato la nozione di extracomunitario. Nel caso di specie non è stata modificata la fattispecie astratta; è venuto meno solo un presupposto di fatto per l'applicazione della norma incriminatrice ad un soggetto. **Queste modifiche, quindi, non possono che riguardare il futuro.** A fortiori le Sezioni Unite chiariscono che la soluzione del caso sarebbe stata differente se

fosse mutato il concetto di extracomunitario, se ad esempio fosse stato escluso dal suo ambito i soggetti appartenenti a Paesi che, pur essendo ancora estranei all' Unione Europea, abbiano avviato il procedimento che il trattato disciplina per l'adesione all'UE. Se fosse mutata la nozione di extracomunitario avremmo avuto una vera e propria vicenda successoria perché le fattispecie astratte come integrate dalla combinazione tra norma incriminatrice ed extra penale sarebbero state differenti. In questo caso invece è cambiato solo un presupposto di fatto.

In astratto, ciò che la Cassazione (e la dottrina maggioritaria) sostiene è che occorra guardare alle fattispecie astratte e qualora la vicenda sia autenticamente successoria per cui tra fattispecie astratte, la seconda restringa l'ambito applicativo della prima, occorre chiedersi se la vicenda incida su una norma che abbia natura integratrice. Il che accade soprattutto in due casi: il caso che coinvolge la successione di una norma definitiva, o il caso di una successione che coinvolga una norma (sia essa promanante da atto amministrativo o D.M.) cui la norma incriminatrice rinvia.

3. La Legge n. 189 del 2012

Problema analogo si è posto per effetto della novità legislativa introdotta dal decreto Balduzzi che all'art. 3 ha introdotto la sola disciplina penale della condotta del sanitario, stabilendo che qualora l' esercente la professione sanitaria si attiene a linee guida o a buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, lo stesso non risponde penalmente per colpa lieve.

Un primo profilo è quello di costituzionalità per dubbi circa la compatibilità di tale disposizione nella parte in cui limita la responsabilità penale del sanitario alla sola colpa grave, con alcuni parametri costituzionali tra cui quello del diritto di difesa della persona offesa. La Corte Costituzionale ha dichiarato la questione inammissibile.

Seconda questione è quella relativa all'ambito applicativo di tale disposizione: ci si è chiesti se tale previsione normativa, nel momento in cui circoscrive l'ambito della responsabilità penale, sul versante soggettivo, solo ai casi di colpa grave, sia applicabile nei soli casi in cui ciò che si contesta al medico sia l'errore specialistico (colpa per imperizia) o se l'esclusione della responsabilità per colpa medica debba estendersi anche ai casi in cui la colpa consista nell' imprudenza o nella negligenza.

Terza questione che si è posta attiene alla applicabilità di questa limitazione di responsabilità in ogni caso in cui siano dal medico osservate le linee guida, quali che

siano le linee guida, oppure solo nei casi in cui le linee guida osservate abbiano un contenuto eminentemente terapeutico e non siano dettate da ragioni di economicità. Ci si è chiesti se il fatto che la responsabilità penale sia subordinata al caso che il sanitario rispetti le linee guida funzioni anche quando le linee guida siano dettate non per finalità terapeutiche, ma per ragioni economiche.

Quarta questione che si è posta attiene all'*ubi consistam* di questa nozione di colpa non lieve o grave: quando il giudice, acclarato l'intervenuto rispetto delle linee guida da parte del sanitario debba concludere nel senso che la colpa in cui il sanitario sia incorso sia una colpa grave. Tale questione è esplosa dopo il decreto Balduzzi, perché prima del decreto la rilevanza dell'intensità della colpa serviva solo per fissare la commisurazione della pena, ma non ai fini dell'*an* della responsabilità. Con il decreto Balduzzi, il grado della colpa ha rilevanza per l'affermazione della responsabilità penale.

Quinta questione è quella relativa al rapporto tra linee guida e omessa osservanza di regole cautelari, quindi, quando è possibile sostenere non soltanto la colpa, ma anche la colpa grave del medico allorquando esso si sia attenuto alle linee guida o alle pratiche accreditate nella comunità scientifica? La risposta è stata che la colpa grave risiede proprio nel NON essersi discostato dalle linee guida quando il caso di specie, alla stregua delle regole cautelari, richiedeva proprio di discostarsi dalla linee guida. **Questi sono i 5 problemi fondamentali!**

4. Successione delle norme e Legge Balduzzi

Ci si è chiesti – ritornando al problema successorio – cosa accade se un medico, nel 2011, rispettando le linee guida ha posto in essere una condotta caratterizzata da colpa lieve viene condannato; successivamente sopravviene il decreto Balduzzi: questa regola innovativa deve retroagire?

Su questa questione la Cassazione con l'arresto numero 16237 del 2013 ha sostenuto che viene in considerazione con l'introduzione del Balduzzi un'autentica successione mediata di norme penali. L'assunto è quello secondo cui, per lesione e omicidio colposo, la norma incriminatrice rinvia per la nozione di colpa all'art. 43 del c.p.; sicché la norma incriminatrice al momento del fatto è costitutiva dagli art. 589 c.p. – 43 c.p. che ai fini della definizione dell'elemento costitutivo "colpa" non assegnavano nessun rilievo al grado della colpa, potendo l'elemento costitutivo "colpa" essere costituito da qualsiasi grado di colpa. Per effetto della novità extra penale costituita dall'art. 3 della Balduzzi,

limitatamente al settore di responsabilità medico-sanitaria, l'elemento costitutivo dell'omicidio o della lesione colposa è modificato e integrato non più dalla colpa descritta dall'art. 43, ma dall'art. 46 e dall'art. 3 decreto Balduzzi, perché si è al cospetto di una vera e propria successione di norme extra penali mirata ad integrare la nozione di colpa. Si è quindi in presenza di due fattispecie: la fattispecie astratta vigente al momento della commissione del fatto (omicidio compiuto dal sanitario con colpa, quale che sia la sua intensità) e fattispecie sopravvenuta che assegna rilevanza penale solo al grado più alto della colpa, quella grave. E' una vicenda successiva che ha riguardato una norma c.d. definitiva, perché il Balduzzi ha definito la nozione di "colpa" che costituisce elemento costitutivo del reato di omicidio e lesioni colpose. La legge Balduzzi, pertanto, deve conseguentemente trovare applicazione la disciplina successiva che riguarda le norme extra penali integratrici della fattispecie astratta (quindi successione mediata). Tant'è che la Cassazione del 2013 annulla la sentenza di condanna, chiede al giudice del rinvio di verificare se, nella condotta, il medico abbia osservato le linee guida e se sì, se sia rinvenibile una colpa "grave" e non lieve. Questo è il compito che la Cassazione demanda al giudice del rinvio.

Note e riferimenti bibliografici

- [R. GAROFOLI, Manuale di diritto penale, parte generale, Nel Diritto Editore, 2015](#)
- D. BRUNELLI, *Rilevanza penale dell'abolizione del servizio militare obbligatorio: tra successione di norme e "scomparsa" del fatto tipico*, in *Cassazione penale*, 2006, pp. 1682 ss.;
- A. NATALINI, *La leva volontaria è un'abolitio criminis. La Corte aggiusta il tiro: non rileva la gradualità della riforma*, in *"Diritto&Giustizia"* n. 15/06, p. 79;
- A. NATALINI, *Assunzione di rumeni senza permesso di soggiorno: non è più reato* in *"Dirittoegiustizia.it on line"* del 27 gennaio 2007.
- R. BLAIOTTA, "La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa", in *Diritto penale contemporaneo*.
- F. VIGANO', "Il medico che si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponderà più per colpa lieve", in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.
- P. PIRAS, "*In culpa sine culpa* – Commento all'articolo 3 comma 1, legge 8 novembre 2012, n. 189", in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.

LA RIFORMA "MADIA" SUL PUBBLICO IMPIEGO: I NUOVI SCENARI IN MATERIA DI PERFORMANCE, DIRIGENTI E CONCORSI PUBBLICI.

Con i due decreti 74 e 75 del 2017, si è data attuazione alla travagliata riforma del pubblico impiego, che prende il via dalla Legge delega 7 agosto n. 124 del 2015, per mezzo della quale si è provveduto ad introdurre correttivi sia in materia di valutazione della performance amministrativa che della dirigenza pubblica e dei concorsi pubblici.

autore **Anna Villani**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Sommario: 1. Premessa 2. La contrattazione collettiva 3. L'accesso ai pubblici uffici tramite concorso e l'organizzazione del personale 4. La responsabilità disciplinare dell'impiegato pubblico 5. La dirigenza pubblica e la valutazione della *performance* 6. Conclusioni.

1. Premessa

Da sempre, il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, per cui una persona fisica svolge volontariamente e dietro corrispettivo la propria attività lavorativa per un'amministrazione pubblica, è stato oggetto di continui interventi normativi, a partire dagli anni Novanta con le varie fasi della cd. privatizzazione del pubblico impiego^[1].

Attualmente, la disciplina è contenuta nel [D. Lgs. 30 marzo 2001 n. 165](#), cd. *Testo Unico sul pubblico impiego*, i cui obiettivi principali sono la crescita dell'efficienza delle amministrazioni rispetto agli altri Paesi dell'Unione Europea, la razionalizzazione del costo del lavoro pubblico entro i vincoli della finanza pubblica e la migliore utilizzazione delle risorse umane.

Prima della Riforma Madia, oggetto della presente trattazione, però, già la **cd. Riforma Brunetta**^[2] aveva profondamente inciso nella materia in esame, facendo perno sui fondamentali principi di **trasparenza e valutazione della performance lavorativa**. La trasparenza è il perno attorno al quale ruota questa innovazione. Essa è intesa quale totale accessibilità alle informazioni sull'attività ed organizzazione delle pubbliche

amministrazioni. Massima attenzione, poi, è data alla valorizzazione del merito e all'attribuzione di incentivi economici e di carriera, nonché premi per i dipendenti capaci e meritevoli, al fine di migliorare la produttività e la qualità della prestazione lavorativa. Viene riorganizzata la materia della **dirigenza** e della **contrattazione collettiva**, qualificando espressamente il dirigente come datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. In ultimo, viene completamente rinnovata la disciplina delle **sanzioni disciplinari** e il sistema della **responsabilità dei dipendenti pubblici**, con particolare riguardo alla lotta contro l'assenteismo e lo scarso rendimento.

Infine, a partire dal [D. L. 90/2014](#), convertito in L. 114/2014, si colloca la **Riforma Madia** (dal nome del Ministro proponente), che cerca di conciliare le esigenze di riduzione dei costi e quelle di semplificazione e contrasto ai fenomeni di corruzione nei pubblici uffici, fino ad arrivare alla Legge delega n. 124/2015, in attuazione della quale il Consiglio dei Ministri, in data 19 maggio 2017, dopo un *iter* travagliato[3], ha approvato in via definitiva i due decreti legislativi 74 e 75 del 2017.

In particolare, il [D. Lgs. 74/2017](#) viene ad incidere sul D. Lgs. Brunetta 150/2009, mentre il D. Lgs. 75/2017 concerne il T.U. sul pubblico impiego n. 165/2001.

Per quanto riguarda il D. Lgs. 74/2017, le principali novità introdotte concernono la valutazione della *performance*, che deve essere effettuata da ogni singola amministrazione, sia con riferimento all'amministrazione nell'insieme, sia alle singole unità organizzative e ai singoli dipendenti o *team*; l'ampliamento dei poteri attribuiti all'OIV (Organismo Indipendente di Valutazione) rinnovato anche nella durata (tre anni) e nella struttura, tra cui quello di verificare l'andamento delle *performance* rispetto agli obiettivi programmati e di segnalare eventuali interventi correttivi; la valutazione della *performance*, sia positiva al fine dell'erogazione di premi e del riconoscimento di progressioni economiche, sia negativa, per la responsabilità dirigenziale e le eventuali sanzioni disciplinari; l'istituzione di un polo unico in capo all'Inps per le visite fiscali, operativo da settembre 2017, sia per il lavoro pubblico che privato.

Con riferimento, per converso, al [D. Lgs. 75/2017](#), si segnala il superamento del concetto di "dotazione organica" sostituito dal cd. Piano Triennale dei fabbisogni, che ha lo scopo di programmare le assunzioni nelle pp.aa. in base all'effettiva necessità; l'accelerazione e semplificazione dell'azione disciplinare, nonché la previsione di nuove sanzioni disciplinari che comportano il licenziamento; la valorizzazione dell'esperienza professionale acquisita e la conoscenza delle lingue straniere, oltre all'inglese, come

requisito per accedere ai concorsi o, in ogni caso, come titolo di merito valutabile; la maggiore attenzione per l'integrazione dei soggetti disabili nel mondo del lavoro; l'inserimento di un correttivo alla tutela reale prevista dall'art. 18 della Legge n. 300 del 1970[4].

2. La contrattazione collettiva

Fatte queste brevi premesse e passando ad un'analisi più dettagliata dei singoli aspetti principalmente toccati dalla Riforma Madia, si può iniziare sottolineando l'innovazione in tema di fonti regolatrici del rapporto di lavoro pubblico. Come accennato in precedenza, quest'ultimo è ormai un rapporto di lavoro privatizzato, laddove assume primaria importanza il ruolo, in passato marginale[5], del contratto collettivo come fonte regolatrice.

Nel nostro ordinamento, la contrattazione collettiva si colloca su due piani: nazionale e integrativa.

La contrattazione collettiva nazionale (art. 40 D. Lgs. 165/2001) concerne i comparti[6]; essa disciplina il rapporto di lavoro e le relazioni sindacali ed è consentita nei limiti previsti dalle norme di legge nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni, mentre è esclusa nelle materie relative all'organizzazione degli uffici, del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali.

Spetta, poi, alle singole amministrazioni attivare livelli di contrattazione collettiva integrativa, nelle materie e coi limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, anche con riferimento ai soggetti ed alle procedure da seguire.

Orbene, con precipuo riferimento alla contrattazione collettiva nazionale, il D. Lgs. 75/2017, modificando il co. 2 dell'art. 2 D. Lgs. 165/2001, afferma la possibilità per i **contratti o accordi collettivi nazionali** di derogare alle norme di legge, regolamento o statuto che introducano o abbiano introdotto discipline dei rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici. La deroga in parola è possibile a patto che si tratti di contratti collettivi nazionali e pur sempre nel rispetto dei principi fissati dal T.U. pubblico impiego.

3. L'accesso ai pubblici uffici tramite concorso e l'organizzazione del personale

È noto, poi, che agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si acceda tramite

concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge (art. 97, co. 4, Cost.). Il concorso è la forma ordinaria di accesso ai pubblici uffici, mentre le eccezioni a tale regola sono possibili solo se strettamente funzionali al buon andamento della p.a. e se ricorrono straordinarie esigenze di interesse pubblico^[7].

In attuazione del succitato art. 97 Cost., infatti, l'art. 35 T.U. pubblico impiego afferma che l'assunzione nelle pp.aa. avviene tramite procedure selettive volte all'accertamento della professionalità richiesta o mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento, in generale per i profili che richiedono il solo requisito della scuola dell'obbligo, fatte salve le assunzioni obbligatorie delle categorie protette, ossia i disabili ex L. 68/1999.

Il D. Lgs. 75/2017 ha novellato anche tale disciplina, prevedendo la possibilità di concorsi pubblici svolti in maniera centralizzata ed aggregata, l'accertamento della conoscenza di altre lingue straniere, oltre all'inglese, sia come requisito di partecipazione al concorso che come titolo di merito valutabile (art. 37 D. Lgs. 165/2001), la valorizzazione del titolo di dottorato di ricerca ed una maggiore sensibilizzazione verso l'integrazione di soggetti disabili nel mondo del lavoro.

I criteri da seguire per la selezione e la progressione del personale sono improntati ad un'adeguata pubblicità della selezione e delle modalità di svolgimento, per garantirne l'imparzialità, celerità ed economicità, ricorrendo, ove opportuno, a procedure automatizzate di preselezione; al rispetto delle pari opportunità tra lavoratori e lavoratrici; ad una composizione delle commissioni giudicatrici con soggetti che non ricoprono cariche politiche; alla facoltà per ciascuna p.a. di limitare il numero degli eventuali idonei in misura non superiore al 20% dei posti messi a concorso.

Le determinazioni relative all'avvio delle procedure di reclutamento del personale sono adottate sulla base del **Piano Triennale dei fabbisogni** di cui all'art. 6 D. Lgs. 165/2001, così come prevede il novellato art. 35, co. 4, T.U. pubblico impiego.

Di solito, le pubbliche amministrazioni assumono con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Tuttavia, ai sensi dell'art. 36 D. lgs. 165/2001, come modificato dal D. Lgs. 75/2017, per esigenze temporanee ed eccezionali, le stesse possono stipulare contratti di lavoro a tempo determinato, contratti di formazione e lavoro, contratti di somministrazione a tempo determinato, ricorrere alle forme flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa, al *part-time*, al telelavoro e

all'apprendistato^[8], nei limiti in cui ciò sia consentito alle pp.aa. Inoltre, ciascuna p.a., per far fronte a specifiche esigenze non fronteggiabili con il personale in servizio, può ricorrere all'affidamento di incarichi individuali esterni a persone con particolare e comprovata specializzazione, anche universitaria (art. 7, co. 6, D. Lgs. 165/2001 novellato), laddove si trovi nell'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane interne e con predeterminazione della durata, dell'oggetto e del compenso della collaborazione.

In ogni caso, in virtù del nuovo co. 5 *bis* art. 7 T.U. cit., introdotto dal D. Lgs. 75/2017, è fatto divieto di stipulare contratti di collaborazione che si concretino in prestazioni esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

Oltre che sulle modalità di accesso ai pubblici uffici, la Riforma Madia ha inciso significativamente anche sulla disciplina dell'organizzazione del personale, col passaggio dal concetto di "dotazione organica" a quello di **fabbisogno del personale**. È noto, infatti, che ogni amministrazione ha un proprio ruolo organico con il numero di posti suddiviso, a sua volta, in posizioni funzionali (mansioni) e retributive (stipendio). La dotazione organica, che corrisponde al vecchio concetto di pianta organica dell'ente, non è altro che l'insieme dei posti assegnati a ciascun ruolo, ossia il numero complessivo di posti di cui l'ente di riferimento dispone.

Oggi, con la nuova formulazione dell'art. 6 del T.U., si prevede che le pubbliche amministrazioni definiscono l'organizzazione degli uffici in conformità al Piano Triennale dei fabbisogni, e non più in riferimento alla dotazione organica. Ciascuna p.a. adotta il suddetto Piano in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e della *performance*, nonché con le linee di indirizzo per la pianificazione delle medesime adottate con D.P.C.M. ai sensi dell'art. 6 *ter* T.U., introdotto dal D. Lgs. 75/2017. Nell'ambito del Piano, le pp.aa. sono tenute a procedere all'ottimale distribuzione delle risorse umane, attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e reclutamento del personale.

4. La responsabilità disciplinare dell'impiegato pubblico

La materia della responsabilità disciplinare e delle relative sanzioni rappresenta uno dei principali punti di intervento della Riforma Madia sul pubblico impiego.

La responsabilità disciplinare del pubblico dipendente attiene alla violazione dei doveri

inerenti al rapporto d'impiego ed è disciplinata dagli artt. 55 – 55 *octies* del D. Lgs. 165/2001. Le infrazioni e le sanzioni sono definite dai contratti collettivi, salvo quanto previsto dalle norme del T.U. citato.

La violazione dolosa o colposa delle summenzionate norme di carattere imperativo, alla luce della riforma del 2017, costituisce illecito disciplinare anche in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione.

Per quanto attiene al procedimento disciplinare di cui all'art. 55 *bis* D. lgs. 165/2001, esso si distingue a seconda della gravità delle violazioni commesse dal pubblico dipendente.

Per le **infrazioni di minore gravità**, punite con la sanzione del rimprovero verbale, il procedimento disciplinare è di competenza del **responsabile della struttura** presso cui presta servizio il dipendente. Viceversa, per le infrazioni punite con una **sanzione superiore al rimprovero verbale**, ciascuna amministrazione deve individuare **l'ufficio per i procedimenti disciplinari** (UPD).

Il procedimento si deve concludere entro centoventi giorni dalla contestazione dell'addebito al dipendente.

Novità di rilievo della Riforma Madia è l'allargamento delle ipotesi per le quali è prevista la sanzione del **licenziamento disciplinare di cui all'art. 55 *quater* D. Lgs. 165/2001**, già novellato dalla Riforma Brunetta^[9].

Le ipotesi di licenziamento disciplinare sono: 1) falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia; 2) assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o a sette nell'arco degli ultimi dieci anni; 3) ingiustificato rifiuto del trasferimento per motivate esigenze di servizio; 4) falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro; 5) reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose; 6) condanna penale definitiva per la quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione del rapporto di lavoro; 7) gravi e reiterate violazioni dei codici di comportamento; 8) insufficiente rendimento dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da leggi, regolamenti, contratti

collettivi o individuali, atti e provvedimenti dell'amministrazione, come rilevato dalla valutazione negativa della *performance* del dipendente nell'ultimo triennio.

Oltre alla previsione di siffatte ipotesi, il legislatore del 2017 ha dato una significativa accelerazione ai tempi del procedimento disciplinare, nell'ottica di una maggiore concentrazione e prevenzione dell'assenteismo sul luogo di lavoro, proseguendo la scia della Riforma Brunetta sulla lotta ai cd. furbetti del cartellino.

L'art. 55 *quater*, commi 3 *bis* – 3 *quinquies*, D. Lgs. 165/2001, infatti, prevede un *iter* particolarmente accelerato nel caso di falsa attestazione della presenza in servizio. Se quest'ultima viene accertata in fragranza o mediante strumenti di sorveglianza o registrazione, comporta l'immediata sospensione cautelare del dipendente, senza stipendio e senza obbligo di essere ascoltato preventivamente, con provvedimento motivato del responsabile della struttura di appartenenza o, nel caso ne venga a conoscenza per primo, dell'ufficio per i procedimenti disciplinari. Con il medesimo provvedimento, si contesta per iscritto l'addebito e si convoca il dipendente dinanzi all'ufficio per i procedimenti disciplinari, il quale deve concludere il procedimento entro trenta giorni dal ricevimento, da parte del dipendente, della contestazione dell'addebito.

Una peculiarità della Riforma Madia è poi la lotta contro i cd. **furbetti del weekend**. Prevede, infatti, il nuovo comma 3 *bis* dell'art. 55 *quinquies* D. Lgs. 165/2001, introdotto dal D. Lgs. 75/2017, che la contrattazione collettiva deve fissare le condotte e le relative sanzioni in caso di ripetute e ingiustificate assenze dal servizio in continuità con le giornate festive e di riposo settimanale, nonché in caso di ingiustificate assenze collettive in periodi nei quali è necessario assicurare continuità nell'erogazione dei servizi all'utenza.

5. La dirigenza pubblica e la valutazione della *performance*

È noto che nell'ambito di ciascuna amministrazione vige una netta distinzione tra attività di indirizzo politico e attività di gestione, la prima affidata agli organi di governo, la seconda ai dirigenti. L'indirizzo politico consiste nell'individuazione dei programmi che poi verranno attuati mediante gli atti e i provvedimenti amministrativi posti in essere dai dirigenti. Ai dirigenti compete l'emanazione degli atti che impegnano la p.a. verso l'esterno e la gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa, mediante autonomi poteri di spesa e di organizzazione delle risorse umane, essendo gli unici responsabili sia della gestione che dei relativi risultati.

I dirigenti si occupano, inoltre, della valutazione del personale assegnato ai loro uffici. Essa consiste nella procedura diretta ad assicurare che su ogni dipendente si svolga periodicamente un giudizio che serva a valutarne il rendimento.

La valutazione della *performance* rappresenta uno dei nodi focali del D. lgs. 74/2017, che ha modificato il Decreto Brunetta, [D. Lgs. 150/2009](#).

Per siffatta valutazione è previsto un ciclo di gestione che mira alla valorizzazione del merito e alla predisposizione di premi per il raggiungimento dei risultati stabiliti.

Le amministrazioni valutano la *performance* attraverso un Sistema di misurazione, contenente un **Piano della Performance**, da emanare entro il 31 gennaio, che consiste in un documento programmatico triennale che individua gli indirizzi e gli obiettivi e definisce gli indicatori per la misurazione della *performance*, nonché una **Relazione sulla performance** da adottare entro il 30 giugno, che evidenzia a consuntivo, con riferimento all'anno precedente, i risultati organizzativi ed individuali raggiunti rispetto agli obiettivi programmati.

Ruolo importante nel ciclo di gestione della *performance* è affidato all'Organismo Indipendente di Valutazione (**OIV**), organo necessario di ogni amministrazione che si occupa del monitoraggio sul funzionamento complessivo del sistema di valutazione e della garanzia di correttezza dei processi di valutazione dei pubblici dipendenti.

Ma il vero centro di questo sistema, dopo la Riforma del 2017, è senza alcun dubbio il **cittadino**, utente finale dei servizi erogati dai pubblici uffici. Trattasi di una delle principali novità della riforma che qui si esamina. Infatti, ai sensi del nuovo art. 19 *bis* D. Lgs. 150/2009, introdotto dal D. lgs. 74/2017, i cittadini, anche in forma associata, partecipano al processo di misurazione delle *performance* organizzative, anche comunicando direttamente all'OIV il proprio grado di soddisfazione per i servizi erogati. Ogni amministrazione, a tal fine, deve adottare sistemi di rilevazione del grado di soddisfazione degli utenti in relazione ai servizi erogati, favorendo la più ampia partecipazione degli stessi.

Il D. Lgs. 74/2017 ha, inoltre, introdotto un nuovo sistema di distribuzione delle risorse economiche destinate a remunerare la *performance* dei lavoratori pubblici[10]. Il novellato art. 19 D. Lgs. 150/2009 prevede che spetta alla contrattazione collettiva nazionale, nell'ambito delle risorse destinate al trattamento economico accessorio

collegato alla *performance*, stabilire la quota delle risorse destinate a remunerare la *performance*, al fine di garantire che a diversi gradi di rendimento corrispondano differenti trattamenti economici.

La valutazione positiva della *performance* rileva per l'erogazione di premi, il riconoscimento delle progressioni economiche, l'attribuzione di incarichi di responsabilità al personale ed il conferimento degli incarichi dirigenziali. La valutazione negativa delle *performance* rileva, per converso, ai fini dell'accertamento della responsabilità dirigenziale, oltre che a fini disciplinari.

6. Conclusioni.

Alla luce di quanto detto, la Riforma Madia si pone l'obiettivo di non demordere nella lotta contro l'assenteismo sui luoghi di lavoro, accentuando le responsabilità e le sanzioni in capo ad ogni singolo dipendente pubblico. Resta, però, la lacuna in tema di dirigenza pubblica. Infatti, l'intero capo III della delega Madia n. 124/2015 riguardava il personale e, soprattutto, la riforma della dirigenza pubblica volta a istituire un ruolo unico dei dirigenti, senza distinzione di fasce, per favorire una maggiore flessibilità nell'attribuzione degli incarichi. Ma tale riforma non è stata riproposta, stante i tanti malumori suscitati. Difficile prevedere se questi decreti riusciranno a ridurre il lassismo degli ultimi anni, che già la Riforma Brunetta aveva tentato di arginare, ma la strada intrapresa è sicuramente meritevole di considerazione.

Note e riferimenti bibliografici

[CHINE'- FRATTINI- ZOPPINI, Manuale di diritto amministrativo, Terza edizione, Nel Diritto Editore](#)

[1] A partire dal D. Lgs. 29/1993, trasfuso poi nel D. Lgs. 165/2001, e passando per la cd. seconda privatizzazione ad opera del D. Lgs. 80/1998 di attuazione della L. Bassanini 59/1997, il rapporto di pubblico impiego è, oggi, privatizzato, salvo eccezioni contenute nello stesso decreto 165/2001, ossia la relativa disciplina è stata trasferita dall'area pubblicistica a quella privatistica, essendo regolamentato dalle disposizioni del Capo I, Titolo II, Libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. In passato, invece, non era riconosciuto alcuno spazio alla fonte contrattuale, ma tutto era disciplinato unilateralmente da leggi o regolamenti. Tale processo, oltre all'avvento dello strumento del contratto collettivo, ha comportato il passaggio dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla giurisdizione ordinaria per le controversie in esame, fatta eccezione per le categorie non privatizzate e per la fase antecedente all'assunzione del dipendente pubblico, relativa alle procedure concorsuali di assunzione, che

restano di competenza del giudice amministrativo fino alla formazione della graduatoria definitiva.

[2] L. 4 marzo 2009, n. 15, attuata con D. Lgs. 27 ottobre 2010, n. 150.

[3] A tal proposito, infatti, la Corte Costituzionale, con sentenza del 25 novembre 2016, n. 251, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune norme della Legge delega 7 agosto 2015 n. 124, per violazione della competenza regionale in siffatte materie, nella parte in cui affermavano che i decreti attuativi dovevano essere emanati previo mero parere delle Regioni, anziché d'intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni. La pronuncia in parola, tuttavia, riguarda solo l'illegittimità costituzionale delle specifiche disposizioni impugnate dalla Regione Veneto che ha sollevato la questione, e non anche dei decreti attuativi.

[4] Quando il licenziamento viene accertato come illegittimo, l'indennizzo contestuale al reintegro nel posto di lavoro non potrà oltrepassare le 18 mensilità. Se il giudice ordinario ritiene la sanzione irrogata dall'ente come viziata da difetto di proporzionalità, avrà il potere di modificarla prendendo a parametro la gravità del comportamento del lavoratore pubblico e lo specifico interesse pubblico violato (art. 63, co. 2 *bis* D. Lgs. 165/2001).

[5] La Riforma Brunetta, infatti, aveva al contrario proceduto ad una rilegificazione del rapporto di pubblico impiego, stabilendo il primato della legge sul contratto collettivo.

[6] I comparti sono l'unità fondamentale della contrattazione collettiva nazionale e sono: Ministeri, Enti pubblici non economici, Regioni e autonomie locali, Scuola, Università, Servizio Sanitario Nazionale, Agenzie fiscali, Presidenza del Consiglio, Istituti di alta formazione, Istituti ed enti di ricerca. I dirigenti erano ripartiti in otto aree, corrispondenti ad analoghi comparti. La Riforma Brunetta ha previsto la riduzione dei comparti a quattro aree: Funzioni centrali, Funzioni locali, Istruzione e ricerca, Sanità.

[7] Corte Cost. 19 maggio 2017, n. 113; Corte Cost. 1 luglio 2013, n. 167.

[8] In virtù della previsione di cui al D. Lgs. 167/2011 e poi del Jobs Act *ex* D. Lgs. 81/2015.

[9] Nonché dai decreti legislativi nn. 116/2016 sui cd. furbetti del cartellino.

[10] La previgente disciplina prevedeva la suddivisione dei dipendenti di ciascuna p.a. in tre fasce di merito (alta, media, bassa), a ciascuna delle quali corrispondeva un determinato trattamento economico accessorio, mentre nel caso di fascia bassa non era previsto nessun trattamento. Ma tale disciplina, stante il blocco dei contratti collettivi nazionali, è rimasta inattuata.