

GIURISDIZIONE: funzionario onorario - Identificazione - Controversie - Riparto della giurisdizione.

Cass. Civ., Sez. Unite, ordinanza 17 dicembre 2020, n. 28978 (Pres. Curzio; Rel. Tricomi; Pm (diff) Mastrobernardino)

- in *Guida al Diritto*, 10, 2021, pag. 57.

“[...] ricorre la figura funzionario onorario ogni qualvolta si sia in presenza, come accade nel caso in esame, di un rapporto di servizio con attribuzione di funzioni pubbliche ma manchino gli elementi caratterizzanti dell'impiego pubblico, quali la scelta del dipendente di carattere prettamente tecnico-amministrativo effettuata mediante procedure concorsuali [...]

Dalla non assimilabilità al rapporto di pubblico impiego della figura del funzionario onorario si trae la conseguenza che, nei confronti di quest'ultimo, la giurisdizione, in applicazione dei criteri generali, deve essere determinata tenendo conto delle sostanziali situazioni giuridiche soggettive, di diritto soggettivo o di interesse legittimo, di volta in volta, fatte valere in giudizio.

Pertanto, laddove siano direttamente in contestazione atti amministrativi che hanno la loro origine in libere e discrezionali determinazioni dell'autorità che procede all'investitura [...] la relativa controversia appartiene alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, in quanto la posizione dell'interessato è di mero interesse legittimo [...].

Invece, qualora l'atto in contestazione emanato dall'autorità che ha attribuito l'incarico onorario non abbia carattere discrezionale, ma vincolato la situazione fatta valere in giudizio è qualificabile come diritto soggettivo, con conseguente sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario [...].”

Svolgimento del processo

1. Che il TAR Campania, con ordinanza n. 5056 del 2019, si è pronunciato sull'impugnazione del silenzio serbato dalle Amministrazioni intimete sull'istanza, proposta ai sensi della L. n. 241 del 1990, art. 2, in data 7 novembre 2018, e reiterata con diffide dell'8 febbraio 2019 e del 22 marzo 2019, con la quale D.M.G. chiedeva di adottare gli atti e i provvedimenti necessari al pagamento delle competenze dovutegli per le attività svolte quale Commissario straordinario delegato per il rischio idrogeologico per i periodi indicati (parte variabile del compenso per il periodo dal 1 gennaio 2011 al 25 giugno 2014, e parte fissa del compenso per il periodo dal 7 marzo 2014 al 25 giugno 2014, con l'ulteriore precisazione per cui l'attività commissariale era di fatto proseguita dal 25 giugno 2014 fino al 14 luglio successivo, giorno in cui era stato possibile effettuare il formale passaggio di consegne dal ricorrente, quale Commissario straordinario delegato, al Presidente della Giunta regionale Campania, sempre nella qualità di Commissario straordinario).

2. Il TAR ha rilevato che il D.M. aveva in precedenza adito il Tribunale di Napoli.

Il giudice ordinario, con sentenza n. 2670 del 2018, aveva dichiarato il proprio difetto di giurisdizione ritenendo che la determinazione del compenso richiesto restasse affidata alle libere e discrezionali determinazioni dell'Autorità amministrativa, di fronte alle quali la posizione giuridica soggettiva azionata non aveva consistenza di diritto soggettivo ma di interesse legittimo, e la cui tutela era affidata al giudice amministrativo.

3. Quindi, il TAR ha promosso conflitto negativo di giurisdizione, prospettando che il silenzio dell'Amministrazione è maturato con riguardo a una posizione giuridica di diritto soggettivo, attinente appunto alla determinazione e al pagamento del compenso dovuto per la prestazione effettuata dal ricorrente in esito all'incarico ricevuto.

Il TAR richiama il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa (TAR Campania, n. 2780 del 2019) secondo il quale il rimedio apprestato contro il silenzio serbato dall'Amministrazione sull'istanza del privato non è esperibile nel caso in cui il giudice amministrativo sia privo di giurisdizione in ordine al rapporto sostanziale, mancando sia la natura di provvedimento amministrativo autoritativo dell'atto che costituirebbe l'inadempimento dell'amministrazione, sia la posizione sostanziale d'interesse legittimo (pretensivo) da parte del ricorrente, sia l'impossibilità di tutelare, in via giurisdizionale, la posizione soggettiva a cui è riconducibile l'interesse alla definizione del procedimento.

La giurisprudenza esclude che l'applicazione del rito del silenzio possa giustificare una deroga alle regole generali sul riparto di giurisdizione.

Allorchè il rapporto sottostante il silenzio serbato dall'Amministrazione involga posizioni di diritto soggettivo, è inammissibile il ricorso proposto ai sensi degli artt. 31 e 117 cod. proc. amm., al fine di accertare l'illegittimità dell'inadempimento dell'Amministrazione.

4. Ciò si sarebbe verificato nel caso in esame, atteso che il D.M. agiva contro il silenzio ad adottare gli atti e i provvedimenti necessari per il pagamento delle competenze dovutegli per l'attività svolta di Commissario straordinario delegato per il rischio idrogeologico, per i periodi ivi indicati.

Pertanto, il TAR, ai sensi dell'art. 11, comma 3, cod. proc. amm., e della L. n. 69 del 2009, art. 59, comma 3, ha sollevato d'ufficio dinanzi a questa Corte conflitto negativo di giurisdizione, volto all'individuazione in via definitiva del giudice munito di giurisdizione sulla controversia, con contestuale sospensione della stessa.

5. Il conflitto è stato avviato alla trattazione camerale sulle base delle conclusioni scritte, ai sensi dell'art. 380-ter c.p.c., del pubblico ministero, che ha chiesto dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario.

6. L'Ufficio della Procura generale della Corte di cassazione, ha ripercorso il quadro normativo del rapporto giuridico de quo e delle composizione e modalità di determinazione del compenso, e ha

rilevato, tra l'altro, che il D.M. aveva già percepito la parte fissa del compenso per la durata formale dell'incarico, con esclusione del periodo di proroga antecedente al passaggio di consegne, di talchè l'Amministrazione aveva certamente proceduto alla determinazione della misura del compenso fisso sulla cui base il D.M. aveva quantificato il residuo.

Dunque, si era in presenza di una situazione di diritto soggettivo atteso che l'azione mirava alla remunerazione dell'attività espletata nell'interesse della pubblica amministrazione.

Motivi della decisione

1. Che il D.L. 30 dicembre 2009, n. 195, art. 17, ha previsto che, in considerazione delle particolari ragioni di urgenza connesse alla necessità di intervenire nelle situazioni a più elevato rischio idrogeologico e al fine di salvaguardare la sicurezza delle infrastrutture e il patrimonio ambientale e culturale, in sede di prima applicazione dei piani straordinari diretti a rimuovere le situazioni a più elevato rischio idrogeologico, "possono essere nominati commissari straordinari delegati, ai sensi del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, art. 20, convertito, con modificazioni, dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2 e successive modificazioni, con riferimento agli interventi da effettuare nelle aree settentrionale, centrale e meridionale del territorio nazionale, come individuate ai sensi del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152".

Il D.L. n. 95 del 2011, successivo art. 15, al comma 3, ha stabilito: "A decorrere dal 1 gennaio 2012, il compenso dei commissari o sub commissari di cui al comma 2 (n.d.r. tra cui i commissari straordinari nominati ai sensi del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, art. 20) è composto da una parte fissa e da una parte variabile. La parte fissa non può superare 50 mila Euro, annui; la parte variabile, strettamente correlata al raggiungimento degli obiettivi ed al rispetto dei tempi di realizzazione degli interventi ricadenti nell'oggetto dell'incarico commissariale, non può superare 50 mila Euro annui. Con la medesima decorrenza si procede alla rideterminazione nei termini stabiliti dai periodi precedenti dei compensi previsti per gli incarichi di commissario e sub commissario conferiti prima di tale data. La violazione delle disposizioni del presente comma costituisce responsabilità per danno erariale".

Va altresì ricordato che il D.L. n. 91 del 2014, art. 10, comma 1, ha sancito che, a decorrere dall'entrata in vigore del decreto medesimo (25 giugno 2014), i Presidenti delle Regioni, nei territori di loro competenza, subentravano nelle funzioni degli esistenti Commissari straordinari delegati e nella titolarità delle relative contabilità speciali, per il sollecito espletamento delle procedure relative alla realizzazione degli interventi, individuati negli specifici accordi di programma per la mitigazione del rischio idrogeologico.

2. Tanto precisato, va ricordato che costituisce principio consolidato che, ai fini di risolvere le questioni di riparto della giurisdizione, occorre fare riferimento al c.d. *petitum sostanziale* che,

secondo l'insegnamento di queste Sezioni Unite, va identificato, in forza degli artt. 5 e 386 c.p.c., non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico del quale detti fatti sono manifestazione.

Dunque, la giurisdizione va determinata, ai sensi dell'art. 386 c.p.c., in base al "petitum sostanziale", ossia dello specifico oggetto e della reale natura della controversia, da identificarsi in funzione della "causa petendi" dedotta, in relazione alla protezione accordata dall'ordinamento alla posizione medesima, ed a prescindere dalla prospettazione della parte.

3. Con riguardo alla fattispecie in esame, assume rilievo la giurisprudenza di queste Sezioni Unite (Cass., S.U., n. 1869 del 2020), che nel ribadire i principi già enunciati in materia, ha affermato che ricorre la figura funzionario onorario ogni qualvolta si sia in presenza, come accade nel caso in esame, di un rapporto di servizio con attribuzione di funzioni pubbliche ma manchino gli elementi caratterizzanti dell'impiego pubblico, quali la scelta del dipendente di carattere prettamente tecnico-amministrativo effettuata mediante procedure concorsuali (che si contrappone, nel caso del funzionario onorario, ad una scelta politico-discrezionale), l'inserimento strutturale del dipendente nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione (rispetto all'inserimento meramente funzionale del funzionario onorario), lo svolgimento del rapporto secondo un apposito statuto per il pubblico impiego (che si contrappone ad una disciplina del rapporto di funzionario onorario derivante pressochè esclusivamente dall'atto di conferimento dell'incarico e dalla natura dello stesso), il carattere retributivo, perchè inserito in un rapporto sinallagmatico, del compenso percepito dal pubblico dipendente (rispetto al carattere indennitario e di ristoro delle spese rivestito dal compenso percepito dal funzionario onorario), la durata tendenzialmente indeterminata del rapporto di pubblico impiego, a fronte della normale temporaneità dell'incarico onorario.

Dalla non assimilabilità al rapporto di pubblico impiego della figura del funzionario onorario si trae la conseguenza che, nei confronti di quest'ultimo, la giurisdizione, in applicazione dei criteri generali, deve essere determinata tenendo conto delle sostanziali situazioni giuridiche soggettive, di diritto soggettivo o di interesse legittimo, di volta in volta, fatte valere in giudizio.

4. Pertanto, laddove siano direttamente in contestazione atti amministrativi che hanno la loro origine in libere e discrezionali determinazioni dell'autorità che procede all'investitura - come, ad esempio, in caso di domanda di detto funzionario onorario rivolta a contestare la congruità del compenso di natura indennitaria e non retributiva riconosciutogli dall'Amministrazione in mancanza di specifiche previsioni di legge - la relativa controversia appartiene alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, in quanto la posizione dell'interessato è di mero interesse legittimo

(citata Cass., S.U., n. 1869 del 2020, nonché da quest'ultima richiamata: Cass. SU n. 18618 del 2008; Cass. SU n. 17591 del 2015; Cass. SU n. 27461 del 2016; Cass. SU n. 2479 del 2017; Cass. SU n. 5303 del 2018).

Invece, qualora l'atto in contestazione emanato dall'autorità che ha attribuito l'incarico onorario non abbia carattere discrezionale, ma vincolato la situazione fatta valere in giudizio è qualificabile come diritto soggettivo, con conseguente sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario.

15. Tale ultima fattispecie non ricorre nel caso in esame, atteso che il legislatore, come sopra esposto, ha disciplinato il contenuto e le modalità di determinazione del compenso dovuto al Commissario straordinario per il periodo in esame attribuendo all'Amministrazione l'esercizio di potestà discrezionale sia con riguardo alla quota fissa, da stabilire tra un minimo e un massimo, sia con riguardo alla quota variabile che richiede a monte la fissazione degli obiettivi, e dunque il petitum sostanziale della domanda proposta dal D.M., di impugnazione del silenzio dell'Amministrazione, investe l'esercizio della discrezionalità amministrativa nella determinazione del compenso.

Pertanto, deve risolversi il conflitto dichiarando la giurisdizione del giudice amministrativo, davanti alla quale vanno rimesse le parti, anche sulle spese di questo giudizio di cassazione.

Non si deve statuire sulle spese del regolamento di ufficio, non avendo svolto alcuna delle parti attività difensiva e, quindi, preso posizione sulla prospettazione del conflitto.

P.Q.M.

La Corte dichiara la giurisdizione del Giudice Amministrativo.

Conclusione

Così deciso in Roma, il 3 novembre 2020.

Depositato in Cancelleria il 17 dicembre 2020