

Merito e premialità nella recente riforma del lavoro pubblico

di Umberto Gargiulo

Sommario

1. Il “merito” nell’ultima riforma del lavoro pubblico. – **2.** I principi di selettività e concorsualità nelle progressioni e nell’erogazione degli incentivi. – **3.** La valorizzazione del merito tra attribuzione selettiva degli incentivi e divieto di distribuzione indifferenziata delle risorse. – **4.** Gli strumenti per premiare merito e professionalità. – **4.1.** Il bonus annuale delle eccellenze. – **4.2.** Il premio annuale per l’innovazione. – **4.3.** Le progressioni economiche. – **4.4.** L’attribuzione di incarichi e responsabilità. – **4.5.** L’accesso a percorsi di alta formazione e di crescita professionale. – **4.6.** Il premio di efficienza. – **5.** L’adeguamento degli ordinamenti di Enti territoriali ed amministrazioni del Servizio sanitario nazionale. – **6.** Rigidità e dinamicità nel “nuovo” sistema di inquadramento dei dipendenti pubblici.

1. Il “merito” nell’ultima riforma del lavoro pubblico

Con il decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, attuativo della legge delega 4 marzo 2009, n. 15, il Governo interviene nuovamente sul rapporto di lavoro pubblico con l’obiettivo di migliorare la produttività delle amministrazioni, auspicando, ancora una volta, ripercussioni positive su efficienza e trasparenza dell’azione amministrativa, nonché, *ça va sans dire*, sulla soddisfazione dell’utenza.

Tra gli strumenti dichiaratamente funzionali a questo fine ci sono un deciso intervento sul sistema degli incentivi al personale e, per converso, l’inasprimento del sistema di responsabilità dei dipendenti e, tra questi, dei dirigenti.

Per la verità l’obiettivo di premiare il merito, tramite il riconoscimento della professionalità individuale e la valorizzazione del risultato “produttivo” del singolo e del gruppo nel quale è inserito, è presente sin dalla c.d. prima privatizzazione; è altret-

tanto vero, però, che questo aspetto ha finito per essere compreso tra spinte di segno inverso e, tra loro, assolutamente contraddittorie.

Anzitutto, la riforma del lavoro pubblico ruota attorno alla figura del dirigente, chiamato a incarnare il datore di lavoro nel contesto della singola amministrazione utilizzando le “capacità e i poteri del privato datore di lavoro”. Per altro verso, il riconoscimento del merito e la possibilità di incentivarlo, mediante adeguate dinamiche retributive e di carriera, richiede un atteggiamento dell’autonomia collettiva che, attraverso lo strumento contrattuale, dia corpo a siffatti principi.

Sarebbe ipocrita, tuttavia, negare che entrambi i binari appena descritti abbiano finito per perdere ben presto la linearità che il percorso avrebbe richiesto e, soprattutto, a non viaggiare più in parallelo.

La disciplina della dirigenza, infatti, è stata sottoposta a non poche torsioni (e distorsioni), per effetto di riforme intervenute, tra l’altro, a modificare il rapporto con la politica (e con le sue esigenze di creazione e mantenimento del consenso) e con le variegate forme di partecipazione sindacale, giungendo, in definitiva, a determinare una mutazione morfologica dell’autonomia del dirigente nella gestione delle risorse umane, che avrebbe invece dovuto caratterizzare la funzione manageriale.

La contrattazione collettiva, soprattutto quella integrativa, ha poi colpevolmente dato spazio a spinte corporative e ad istanze di appiattimento, talvolta anche come reazione alla carenza di meccanismi di misurazione e di valutazione della produttività realmente efficaci e trasparenti. Si è dunque scelto spesso il male minore della distribuzione “a pioggia” delle risorse economiche e dell’attivazione di dinamiche di carriera, che hanno rapidamente portato a una generalizzata, e sovente indiscriminata, progressione verticale del personale, più volte censurata dalla Corte costituzionale e dalla Cassazione.

È su tale terreno che ha deciso di intervenire il legislatore del 2009, dando corpo ad una visione dell’amministrazione anticipata, con toni non sempre pacati, dal titolare del dicastero

competente ⁽¹⁾.

Resta da verificare se i dispositivi utilizzati risultino coerenti con tali finalità e se siano in grado, alla prova dei fatti, di incentivare la produttività dei lavoratori, premiandone capacità, competenze e impegno.

Prima di passare a una lettura dei singoli strumenti adottati dal legislatore delegato - talora anticipati con puntualità eccedente l'indicazione di principi e criteri direttivi, dal delegante - è però necessario esaminare alcune tra le direttrici di fondo seguite dal legislatore nella tematica considerata in queste pagine.

Un primo dato dal quale partire è, indubbiamente, il ridisegno dell'equilibrio tra le fonti di disciplina del rapporto, con un marcato ridimensionamento del ruolo del contratto collettivo, che viene chiamato a svolgere funzioni attuative delle scelte avocate a sé dal legislatore e sottratte allo "spazio negoziale" ⁽²⁾.

Con riferimento agli strumenti di premialità, ciò denota una marcata sfiducia nei confronti del contratto collettivo e in particolare dei metodi selettivi disegnati dagli accordi con il sindacato. La valorizzazione della fonte unilaterale è accompagnata, a sua volta, da una forte centralizzazione del sistema, la quale però non è affatto un portato inevitabile della prima e determina, piuttosto, una decisa inversione di tendenza rispetto alla diversificazione degli strumenti regolativi, quale effetto della riconosciuta pluralità delle funzioni e dei servizi erogati dalle amministrazioni pubbliche.

La scelta di salvaguardare le peculiarità degli enti locali (*in primis*, ovviamente, delle Regioni) ⁽³⁾ e delle amministrazioni

(1) L. SGARBI, *Rendimento e merito. Concorsualità dell'accesso, delle progressioni di carriera e di quelle economiche*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, p. 1023, ricostruisce il percorso politico che ha accompagnato l'introduzione delle previsioni in commento.

(2) Su questo tema v., più ampiamente, L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 15.

(3) V., in argomento, A. TROISI, *Il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia di impiego pubblico regionale*, in corso di pubblicazione in *Le Regioni*, 2009.

del Servizio Sanitario Nazionale non pone al riparo da un pericoloso avviticciamento al centro e danneggia, in particolare, quelle amministrazioni che, pur non rientrando negli ambiti esclusi dall'applicazione diretta, richiedono elevati margini di autonomia organizzativa e gestionale proprio per rispondere nella maniera più corretta e tempestiva alle esigenze dell'utenza di riferimento.

È stato poi rilevato come la previsione puntuale degli strumenti di incentivazione e riconoscimento del merito, nonché dei presupposti e delle condizioni per la concreta applicazione dei medesimi, finisca per deresponsabilizzare la dirigenza ⁽⁴⁾, la quale può trincerarsi dietro valutazioni che contribuisce a elaborare, ma di cui non è esclusiva responsabile.

La valorizzazione del merito passa, nell'ultima riforma, attraverso l'adozione di un sistema generalizzato di valutazione delle *performance* individuali e di gruppo: in questa sede non è possibile esaminare tali essenziali aspetti, sui quali è necessario lasciare il campo ad altre discipline, per la verifica circa l'efficacia dei procedimenti di valutazione adottati dalla legge ⁽⁵⁾.

Concentrandosi sulle scelte di fondo sottese alle singole disposizioni legislative, va segnalato il frequente ricorso a strumenti di selezione obbligatoria dei soggetti interessati dagli strumenti premiali, che se per un verso è destinato ad aumentare la competitività tra i dipendenti, per altro verso può incrementare la conflittualità all'interno dei luoghi di lavoro, a sfavore della produttività collettiva, che in effetti risulta perdente nel bilanciamento rispetto all'incentivazione della *performance* individuale. Sarà peraltro soltanto la prassi a fornire utili indicazioni applicative al riguardo, segnalando eventuali squilibri da correggere.

(4) G. ROMA, *Merito e valutazione: dalla legge delega 15/2009, al decreto di attuazione*, in *Risorse Umane nella pubblica amministrazione*, Lug.-Ott. 2009, p. 23.

(5) V., anche per i necessari riferimenti bibliografici, R. MERCURIO, V. ESPOSITO, *La valutazione delle strutture: il punto di vista dell'organizzativista*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 231.

2. I principi di selettività e concorsualità nelle progressioni e nell'erogazione degli incentivi

Nell'art. 17 del decreto, che del Titolo III costituisce una sorta di premessa metodologica, e non a caso la norma è rubricata "Oggetto e finalità", dopo avere chiarito che gli strumenti previsti dalle disposizioni del titolo sono finalizzate alla valorizzazione del merito, conseguita ricorrendo a metodi di incentivazione della produttività (individuale e collettiva) e di riconoscimento della qualità della prestazione lavorativa, il legislatore precisa – ma il concetto sarà ribadito in maniera talvolta "ossessiva" anche in altre disposizioni – che strumenti e metodi di premialità sono (e devono restare) "informati a principi di selettività e concorsualità nelle progressioni di carriera e nel riconoscimento di incentivi".

In effetti, passando dalle dichiarazioni di principio alle concrete norme applicative, si evince che, contrariamente a quanto sembrerebbe a una prima lettura, i termini selettività e concorsualità non vanno letti come un'endiadi, perché informano di sé ambiti che restano differenti quanto a *ratio*, funzioni ed istituti regolamentati.

Il principio di concorsualità, in particolare, ad eccezione di quanto previsto dal nuovo comma 1-ter dell'art. 52, d.lgs. n. 165/2001 (disposizione in relazione alla quale si rinvia al paragrafo 4.3.), si applica alle progressioni verticali, trasformando in previsione normativa la giurisprudenza, ormai costante, delle giurisdizioni superiori. Questa lettura è del resto confortata dal combinato disposto della norma in commento con l'art. 62, che, nel novellare l'art. 52, d.lgs. n. 165/2001, elimina il concetto di "sviluppo professionale", lasciando il riferimento alle sole procedure selettive, per le quali opera un rinvio espresso all'art. 35, lett. a) del medesimo decreto, originariamente (e, testualmente, tuttora) riferito alle assunzioni dall'esterno ⁽⁶⁾.

(6) Per il commento alla disciplina delle progressioni verticali – regolate dal principio di concorsualità, che impone quindi la valutazione comparativa – è necessario rinviare a V. LUCIANI, *Il principio di concorsualità nella riforma del lavoro pubblico*,

Ai premi e agli altri strumenti di valorizzazione del merito, invece, si applica il principio di selettività, in base al quale l'amministrazione è obbligata ad adottare meccanismi di selezione dei soggetti "secondo logiche meritocratiche" e con l'espresso divieto di distribuzione indifferenziata degli incentivi.

3. La valorizzazione del merito tra attribuzione selettiva degli incentivi e divieto di distribuzione indifferenziata delle risorse

Nel collegare il trattamento accessorio alla *performance* individuale ⁽⁷⁾, il legislatore dispone (art. 19) che, per effetto delle valutazioni dell'Organismo indipendente di valutazione della *performance* che ogni amministrazione è chiamata a istituire ⁽⁸⁾, il personale venga ripartito in tre distinte fasce di merito, alle quali verrà ricollegata non solo la percezione degli importi di parte rilevante del trattamento accessorio ⁽⁹⁾, ma anche, indirettamente, la progressione nel sistema di classificazione.

Nella prima fascia di merito, quella *alta*, deve essere collocato il 25% del personale; a tale fascia verrà attribuito il 50% delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale. Nella fascia di merito *intermedia* è poi inserito il 50% del personale, con attribuzione del residuo 50% delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale. Alla fascia di merito *bassa* viene infine collocato il restante 25%, senza diritto alla corresponsione di alcun trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale.

tra reclutamento e progressione in carriera, in questo numero.

(7) R. SANTUCCI, *Retribuzione accessoria e valorizzazione delle performances nella nuova riforma del lavoro nelle amministrazioni pubbliche*, in questo numero.

(8) S. BATTINI, B. CIMINO, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta: il punto di vista del giurista*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 255.

(9) Ai dirigenti, come prevede il secondo comma della disposizione "si applicano i criteri di compilazione della graduatoria e di attribuzione del trattamento accessorio di cui al comma 2, con riferimento alla retribuzione di risultato".

Si tratta di un sistema caratterizzato da una significativa rigidità, non bilanciata dai poteri di deroga conferiti alla contrattazione collettiva. Dal disegno del meccanismo di ripartizione del personale in base alla *performance*, emerge che il legislatore considera evidentemente “irrecuperabile” una quota di dipendenti pari ad un quarto del totale: ne discende la considerazione, in termini di “fisiologia” sul piano organizzativo e di resa dei servizi, di un margine di inefficienza decisamente elevato.

Nel contempo, l'attribuzione della metà delle risorse alla fascia di merito alta (che può crescere o ridursi con uno scostamento minimo) determina che alla maggior parte del personale siano destinate risorse tutto sommato percentualmente non elevate, con il rischio di una tendenza del personale a posizionarsi in un'ambito di *aurea mediocritas*, rendendo prestazioni che superino la soglia dell'inefficienza, ma che non possono raggiungere la fascia alta, stanti i limiti oggettivi della percentuale massima di composizione della medesima.

In tal caso l'effetto potrebbe essere esattamente inverso al dichiarato miglioramento dei livelli generali di *performance*, rischiando di posizionare le amministrazioni in un'area di “sopravvivenza” ben lontana dalla tensione al raggiungimento dell'eccellenza organizzativa e produttiva che dovrebbe invece caratterizzarne le scelte di ammodernamento.

Questo rischio può essere solo in parte corretto dalla facoltà di deroga riconosciuta alla contrattazione collettiva. Un'attenta lettura del 4° comma dell'art. 19, infatti, conferma che l'autonomia collettiva è posta in una condizione che potrebbe definirsi di “libertà vigilata”.

Il contratto integrativo può infatti derogare, con un margine massimo di cinque punti, alla percentuale del 25% per la costituzione della fascia alta, potendo dunque portare la medesima al 30 ovvero ridurla al 20%, con ovvia compensazione nella composizione delle restanti fasce. Nello stesso tempo, però, la contrattazione collettiva non è abilitata a modificare l'attribuzione delle risorse: alla fascia alta continuerà a spettare

la metà delle risorse complessivamente destinate al trattamento accessorio.

Viceversa la contrattazione integrativa potrà modificare sia la composizione percentuale delle altre due fasce, sia la distribuzione delle risorse destinate al trattamento accessorio tra le medesime, fermo restando il confine invalicabile costituito dal 50% delle risorse disponibili.

In buona sostanza, il contratto potrà anche, in ipotesi, ampliare la fascia bassa, quella di inefficienza, alla quale non spetta nulla, ovvero, più probabilmente, agire in senso inverso e ridurre al minimo quest'ultima (ma non eliminarla, pena il conflitto con l'art. 18, co. 2, su cui v. *infra*) per allargare la fascia intermedia - e sarà questa, realisticamente, l'opzione che verrà preferita - ma in ogni caso non potrà modificare la quantità di risorse disponibili: in definitiva, il 75-80% del personale continuerà ad avere a disposizione non più del 50% di quanto destinato al trattamento accessorio.

In questo modo le amministrazioni si preparano ad avere un nucleo di dipendenti che tende all'eccellenza, ma che non può superare, al più, il 30% del personale complessivo, e una restante massa di personale che, potendo contare su un ammontare non modificabile di trattamento accessorio, tenderà a restare a livelli di mera "sufficienza".

Il Dipartimento della funzione pubblica è peraltro chiamato a monitorare le deroghe concretamente adottate dalla contrattazione, soprattutto al fine di verificare l'eventuale violazione o anche solo l'aggiramento dei "principi di selettività e di meritocrazia", nella distribuzione del personale e far scattare i meccanismi sanzionatori previsti dalla legge.

All'inserimento in una delle tre fasce di merito sono poi ricollegate anche ulteriori conseguenze in tema di progressioni economiche e di carriera, che verranno analizzate successivamente.

Nelle prime norme del decreto il legislatore subordina, ancora, l'erogazione dei premi legati al merito e alla *performance* al rispetto delle disposizioni dettate in tema di misurazione, valutazione e trasparenza della *performance* (v. art. 3, co. 5):

l'ossequio di siffatte previsioni è anzi qualificato dal legislatore delegato come "condizione necessaria" per la successiva erogazione dei premi.

Il decreto vieta inoltre la distribuzione c.d. "a pioggia" (testualmente "in maniera indifferenziata o sulla base di automatismi") degli incentivi e dei premi collegati alla *performance* in carenza delle verifiche e delle attestazioni sui sistemi di misurazione e valutazione previsti dal decreto (art. 18, co. 2).

Il combinato disposto delle due norme lascia intuire che attraverso di esse il legislatore cerchi, da un lato, di garantire effettività agli strumenti di misurazione e valutazione della *performance*, dall'altro di limitare l'erogazione dei premi in assenza dei premi. Nel capo relativo alla premialità, infatti, i pur numerosi richiami al sistema di valutazione della *performance* individuale e collettiva sono accompagnati dal più pressante timore di distribuzione indifferenziata delle risorse, che viene ostacolata mediante il principio di attribuzione selettiva degli incentivi medesimi, alla cui disapplicazione la legge collega specifiche conseguenze.

Consapevole, forse, della difficoltà di applicare tali sanzioni per l'ipotesi di violazione delle disposizioni esaminate, il legislatore ricorre tuttavia anche a un sistema di *moral suasion*, imponendo alle amministrazioni di pubblicare sul proprio sito istituzionale "l'analisi dei dati relativi al grado di differenziazione nell'utilizzo della premialità sia per i dirigenti sia per i dipendenti", consentendo in tal maniera un controllo sociale da parte dell'utenza sul rispetto della disciplina e del principio di selettività nell'erogazione degli incentivi. Siffatto obbligo è poi rafforzato indirettamente, colpendo i dirigenti degli uffici preposti a quest'attività di trasparenza con il divieto di erogazione ai medesimi della retribuzione di risultato, in caso di omissione delle attività di pubblicazione.

Il rispetto delle previsioni normative è, infine, affidato all'Organismo indipendente di valutazione della *performance*, chiamato a garantire il corretto utilizzo dei premi, secondo quanto previsto dalle diverse fonti di regolazione (legge, rego-

lamenti, contratti collettivi), in applicazione del principio di valorizzazione del merito e della professionalità. Alla specifica attività di “validazione” della Relazione sulla *performance*, sempre affidata al richiamato Organismo, è poi subordinata l'utilizzabilità stessa dei premi previsti dal Titolo III: l'art. 14, co. 6, del decreto definisce la validazione, con espressione tecnicamente non ineccepibile, come “condizione inderogabile” per l'accesso agli strumenti premianti.

Più corretta sul piano tecnico la disposizione contenuta nell'art. 29, d.lgs. n. 150/2009, che attribuisce carattere imperativo alle norme del Titolo III, assicurandone l'inderogabilità da parte della contrattazione collettiva in base al combinato disposto degli artt. 1419, co. 2, e 1339 cod. civ., che determina la sostituzione automatica delle clausole contrattuali illegittime con le norme di legge derogate “a decorrere dal periodo contrattuale successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore” del decreto stesso.

La disposizione ripete quanto anticipato dal comma 3-*bis*, introdotto dal legislatore delegato in chiusura dell'art. 2, d.lgs. n. 165/2001, che prevede il meccanismo di nullità parziale e sostituzione automatica delle previsioni della contrattazione collettiva con quelle imperative di legge come strumento a carattere generale. In questi termini la commentata previsione dell'art. 29 si pone quale norma speciale, in quanto inserisce un dispositivo ad efficacia differita, destinato a tener conto delle previsioni contrattuali *medio tempore* entrate in vigore e finalizzato a evitare vuoti normativi in tema di salario accessorio nel periodo di entrata a regime della riforma.

Nell'insieme, tuttavia, il sistema non pare in grado di superare i limiti applicativi già incontrati dal “vecchio” art. 40, co. 3, d.lgs. n. 165/2001 ⁽¹⁰⁾, che pur prevedendo la nullità delle clausole della contrattazione integrativa difformi rispetto alle previsioni del contratto nazionale o in contrasto con i vincoli finanziari e di bilancio, non è riuscito ad eliminare il “vizio”

(10) La norma è ora integrata per effetto di un'ampia novella normativa, che ha introdotto diversi nuovi commi all'art. 40: tra questi il comma 3-*quinquies*, costruito sul sistema integrato nullità-sostituzione automatica delle c.d. clausole difformi.

della distribuzione indifferenziata delle risorse destinate al finanziamento del salario accessorio ⁽¹¹⁾. Va anzi sottolineato che questa discutibile modalità di assegnazione indiscriminata delle risorse finanziarie - con un'evidente eterogenesi dei fini rispetto all'introduzione degli strumenti di incentivazione - ha trovato talvolta negli stessi contratti nazionali più di una sponda di legittimazione, costruita forse sulla "inconfessabile" sfiducia, soprattutto, ma non solo, della parte sindacale, nei sistemi di valutazione e nelle capacità selettive e premiali della dirigenza.

Il punto delicato è, come sempre, quello dell'efficacia delle conseguenze nel caso di violazione dei pur stringenti limiti fissati dalla legge e quindi nell'ipotesi tanto di distribuzione di trattamento accessorio e assegnazione di premi non collegati ad un merito *valutato* e *misurato*, quanto nell'ipotesi di attribuzione indifferenziata dei medesimi, senza il rispetto del principio di selettività. In tal caso, infatti, qualora l'erogazione risulti già avvenuta, la previsione della nullità parziale delle clausole contrattuali e la sostituzione delle medesime con le disposizioni inderogabili di legge potrebbe determinare soltanto la classica chiusura del recinto quando i buoi sono ormai scappati.

A presidiare il sistema, a parte una tuttora poco realistica responsabilità contabile dei soggetti contraenti la clausola nulla ⁽¹²⁾, resterebbe ancora una volta la sola responsabilità del dirigente che dispone l'erogazione del salario accessorio ovvero del premio, per non parlare dell'immissione nella qualifica superiore, in caso di progressioni verticali: un po' poco - considerando che, a stretto rigore, siffatta responsabilità esisteva anche prima del decreto in commento - se l'obiettivo è il risparmio di spesa e l'incentivazione del merito, piuttosto che la punizione dei colpevoli.

Va comunque segnalato il meccanismo, di applicazione pra-

(11) Su cui v. A. VISCOMI, *La contrattazione integrativa*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2000, t. I, p. 1270.

(12) Su questo tema A. VISCOMI, *Contrattazione integrativa, nullità della clausola difforme e "responsabilità diffusa"*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2007, p. 877.

tica assai incerta, introdotto nel nuovo art. 40, co. 3-*quinquies*, d.lgs. n. 165/2001, che impone l'obbligo del "recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva" in caso di superamento dei vincoli finanziari, accertato dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, dal Dipartimento della funzione pubblica o dal Ministero dell'economia e delle finanze. La disposizione porrà non pochi problemi pratici, visto che l'accertamento circa il superamento dei vincoli in questione può essere effettuato da soggetti con competenze differenti e di fronte ai quali il rispetto del contraddittorio si presenta alquanto farraginoso. A ciò va aggiunto che la previsione di recupero è riferita espressamente al superamento dei vincoli finanziari: resta dunque invariato il problema della violazione dei "soli" vincoli e limiti di competenza posti alla contrattazione collettiva, che lasci però inalterato l'ammontare complessivo delle risorse impegnate.

In effetti, finché la legge non farà chiarezza sui meccanismi di recupero delle somme indebitamente erogate ai dipendenti, lasciando ad una giurisprudenza tutt'altro che univoca il compito di individuare i presupposti della ripetizione e il concreto recupero degli importi, queste norme e le relative sanzioni rischiano di restare sulla carta, con buona pace della selezione e dell'incentivazione del merito.

4. *Gli strumenti per premiare merito e professionalità*

4.1. *Il bonus annuale delle eccellenze*

Il primo strumento di premialità indicato dal decreto è il *bonus* annuale delle eccellenze, che viene assegnato entro il mese di aprile di ogni anno alle *performance* che siano risultate, nell'anno precedente, migliori in assoluto. Al *bonus* concorrono infatti i dipendenti, dirigenti e non, collocati nella fascia di merito alta prevista dall'art. 19, co. 2, lett. a), di cui si è detto, e può essere assegnato soltanto a non più del 5% di tale personale. L'ammontare del *bonus* è determinato dalla contrattazione

collettiva nazionale, nei limiti delle risorse disponibili.

Fin qui il meccanismo, tutto sommato abbastanza semplice, per l'attribuzione del *bonus*. Poco coerente risulta, invece, la previsione del comma 3 dell'art. 21, in base al quale il personale premiato è tenuto a rinunciare al *bonus*, qualora intenda accedere allo strumento premiante previsto dall'articolo 22, dedicato al premio annuale per l'innovazione.

L'incompatibilità si giustifica solo in base a un principio di rotazione del personale nel percepimento di risorse aggiuntive, ma pone in compensazione premi caratterizzati da oggetti e finalità differenti. C'è infatti da chiedersi cosa abbiano in comune un'eccellente *performance* lavorativa e la presentazione di un "progetto [...] in grado di produrre un significativo cambiamento dei servizi offerti o dei processi interni di lavoro", che è dunque il risultato di attitudini e capacità personali, peraltro attinenti, è detto espressamente, alla *performance* organizzativa e alla capacità di incidere su di essa, piuttosto che alla *performance* individuale, che inerisce invece alla prestazione lavorativa.

Se però la logica è quella della rotazione, forse sarebbe stato più razionale porre in alternativa strumenti premiali caratterizzati da maggiore omogeneità (e quindi, ad esempio, collocare in termini di incompatibilità il *bonus* in esame e il premio di efficienza di cui all'art. 27).

4.2. Il premio annuale per l'innovazione

In base all'art. 22 le singole amministrazioni istituiscono un premio annuale per l'innovazione, il cui ammontare, essendo pari al *bonus* delle eccellenze, è anch'esso determinato, seppure indirettamente, dalla contrattazione collettiva nazionale.

Se l'idea di fondo è quella, condivisibile, di stimolare i dipendenti a contribuire al miglioramento dell'efficienza organizzativa e dei servizi resi dalle amministrazioni, non altrettanto felice risulta la formulazione tecnica del comma 2, con riferimento al momento in cui "fotografare" il progetto da premiare.

In breve: la disposizione fa riferimento al “miglior progetto realizzato nell’anno” che però sia in grado di produrre un rilevante miglioramento (testualmente “cambiamento”) dei servizi offerti all’utenza o dei processi interni di lavoro e che possano determinare un “elevato impatto sulla *performance* dell’organizzazione”.

A meno che non si voglia attribuire all’Organismo indipendente di valutazione della *performance* - chiamato ad operare la comparazione tra i progetti presentati - un potere discrezionale di eccezionale ampiezza e non privo di attitudini divinatorie, perché comprendente un giudizio prognostico sul futuro impatto organizzativo dei progetti stessi, realisticamente la valutazione, essendo limitata all’anno, finirà per premiare i progetti destinati ad essere attuati nell’arco dell’anno, accantonando quelli di respiro più ampio, ma semmai in grado, potenzialmente, di determinare miglioramenti di *performance* più significativi e duraturi. In sostanza, per come formulata, la disposizione rischia di incentivare i dipendenti a ragionare secondo prospettive innovative di breve periodo, trascurando quelle che per entrare a regime, e dunque per essere valutate, richiedono un periodo di riferimento superiore all’anno.

Sull’incompatibilità tra il premio in esame e il *bonus* delle eccellenze è sufficiente rinviare al paragrafo precedente.

4.3. *Le progressioni economiche*

Con riferimento alle progressioni economiche c.d. orizzontali, l’art. 23 ribadisce il principio di selettività già contenuto, in termini generali, nell’art. 17 e al secondo comma precisa che la selezione necessaria è funzionale all’attribuzione della progressione economica all’interno dell’area di inquadramento ad una “quota limitata di dipendenti”.

Con una tecnica rinvenibile anche in altre previsioni del decreto, il legislatore, da un lato, sembra (continuare a) rimettere la materia alla contrattazione collettiva (ricorrendo in questo caso ad espressioni del tipo: “[...] sulla base di quanto previsto dai contratti collettivi nazionali e integrativi”), con il solo limite

della disponibilità di risorse finanziarie, dall'altro lato detta criteri tutto sommato stringenti, e neppure del tutto coerenti, per l'applicazione dell'istituto delle progressioni orizzontali.

Il primo capoverso dell'articolo, infatti, pone l'attribuzione selettiva delle progressioni economiche "in relazione allo sviluppo delle competenze professionali ed ai risultati individuali e collettivi rilevati dal sistema di valutazione". La previsione va però posta in rapporto anche con altre disposizioni: anzitutto con l'art. 52, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 62 del decreto in esame, nel quale si reitera il principio di selettività nella realizzazione delle progressioni all'interno dell'area, precisando che tale selezione deve avere luogo "in funzione delle qualità culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito".

Nella stesura finale del decreto è forse mancato un migliore coordinamento tra le due norme. Mentre infatti il comma 3 dell'art. 23 prevede che "la collocazione nella fascia di merito alta ai sensi dell'articolo 19, comma 2, lettera a), per tre anni consecutivi, ovvero per cinque annualità anche non consecutive, costituisce titolo prioritario ai fini dell'attribuzione delle progressioni economiche", il richiamato comma 1-*bis* del novellato art. 52, d.lgs. n. 165/2001, precisa che la valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni costituisce "titolo rilevante" ai fini della progressione.

Senza soffermarsi troppo sulla distinzione tra *titolo prioritario* e *titolo rilevante*, può desumersi che l'inserimento nella fascia di merito alta, in quanto *titolo prioritario*, debba comportare comunque, indipendentemente cioè dal possesso di altri titoli, l'ottenimento dei primi posti nella graduatoria per le progressioni, mentre con l'attributo *rilevante*, relativo a una più generica valutazione positiva, si determini che siffatto risultato valutativo non possa essere pretermesso all'atto di conferire un peso ai diversi titoli e prevalga rispetto a titoli più generici. È diverso anche il periodo di riferimento, che nel caso di titolo prioritario discende dalla permanenza in fascia alta per tre anni consecutivi ovvero per cinque non consecutivi, mentre nel caso

del titolo “meramente” rilevante la legge parla *tout court* di “almeno tre anni”, senza aggiungere nulla circa la sequenza delle valutazioni.

A parte, poi, il legislatore disciplina l’accesso alle posizioni apicali all’interno delle aree funzionali, per le quali il sistema di progressione si sdoppia. Alla progressione economica conseguita mediante selezione interna, deve affiancarsi un concorso pubblico, bandito nella forma del corso-concorso dalla Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, per l’accesso al 50% dei posti disponibili. Sebbene non sia detto chiaramente, mi pare si possa ritenere che, adottando la formula del concorso pubblico, ai dipendenti che decidano di parteciparvi possa essere consentito il c.d. doppio salto di posizione economica, impedito nelle ipotesi standard di progressione economica, per le quali di solito è ammesso il passaggio da una posizione economica a quella immediatamente successiva.

4.4. *L’attribuzione di incarichi e responsabilità*

La norma in commento (art. 25) non presenta un contenuto di agevole esame, anche per la discutibile formulazione del testo.

Il primo comma della disposizione è una sorta di norma-manifesto, dalla scarsa, se non nulla portata precettiva. Il capoverso, invece, ha il carattere della norma-cornice, in quanto non esplicita gli incarichi ai quali il legislatore intende fare riferimento: è dunque da ritenere che vada applicata a qualsivoglia tipologia di incarico e in questo senso l’espressione “assegnazione di incarichi e responsabilità” va letta come un’endiadi.

In effetti, la disposizione, richiedendo che i criteri per l’assegnazione siano “oggettivi e pubblici”, estende a tutte le fattispecie di incarico il principio di pubblicità e trasparenza dei criteri di affidamento, che già da alcuni anni la giurisprudenza considera presupposto essenziale per la legittima assegnazione di incarichi comportanti una responsabilità e un corrispettivo aggiuntivo e pur ribadendo la discrezionalità dell’amministrazione nell’esercizio della scelta.

Anche i contratti collettivi si muovono spesso in questa direzione, recependo le indicazioni provenienti dalle aule di giustizia - finalizzate, per lo più, alla tutela dei diritti di eventuali terzi controinteressati - e imponendo, quale requisito di legittimità dell'assegnazione, la preventiva esplicitazione dei criteri in base ai quali avrà poi luogo l'affidamento e in non pochi casi assegnando agli strumenti della partecipazione sindacale (prevalentemente si tratta di concertazione) l'individuazione, quantomeno, dei criteri generali.

La mancata indicazione della tipologia di incarichi, pertanto, fa propendere per un'applicazione generalizzata di tale previsione, che potrà regolare anche le ipotesi di delega di funzioni dirigenziali ex art. 17, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 165/2001 e il conferimento di posizioni organizzative, previsto in numerosi contratti collettivi ⁽¹³⁾.

Il testo del secondo comma, come si diceva, non appare ineccepibile sul piano sintattico ("la professionalità [...] costituisce criterio [...] secondo criteri [...]"). in ogni caso pare debba intendersi che, tra i criteri, oggettivi e pubblici, richiesti per l'assegnazione, non debba mai mancare un riferimento alla professionalità, così come "certificata" dal sistema di misurazione e valutazione. Se, in linea di principio, peraltro, è condivisibile il richiamo alla professionalità, per evitare che la competenza del soggetto non venga considerata neppure tra i presupposti del conferimento, l'ancoraggio della medesima al sistema di valutazione rischia di mostrare qualche sbavatura sul piano operativo, in quanto la valutazione disegnata dal legislatore, essendo collegata alla misurazione della performance, sembra adatta a verificare l'esatto adempimento della prestazione e la diligenza del dipendente, piuttosto che ad attestarne la professionalità (che è invece correlata al bagaglio di conoscenze, competenze ed esperienze del prestatore e che potrebbe

(13) Sulle posizioni organizzative v. C. SPINELLI, *Posizioni organizzative e valorizzazione delle alte professionalità*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2005, p. 79.

non essere oggetto di valutazione) ⁽¹⁴⁾.

4.5. *L'accesso a percorsi di alta formazione e di crescita professionale*

Anche tale previsione fa tesoro dell'esperienza di alcuni enti e tenta di generalizzarne la portata. Accade invero, in taluni contesti, che le amministrazioni incoraggino la partecipazione dei propri dipendenti, ad esempio, ai *master* universitari o ad altre esperienze formative certificate, finanziandola direttamente, attraverso il pagamento totale o parziale della retta, o indirettamente, tramite la concessione di permessi e giornate di congedo aggiuntive, che consentano di non perdere giorni di ferie.

La lettera a) della disposizione rinvia alle esperienze di alta formazione presso "primarie istituzioni educative nazionali e internazionali", limitando quindi "l'accesso privilegiato" dei dipendenti ad esperienze sufficientemente strutturate, presso enti che dovrebbero assicurare serietà e qualità del percorso formativo.

La lettera b) rinvia a un più ampio concetto di *training on the job* finalizzato all'accrescimento ed allo sviluppo delle competenze, facendo riferimento a periodi di lavoro "presso primarie istituzioni pubbliche e private, nazionali e internazionali". L'idea è sicuramente condivisibile in linea di principio, ma presenterà forse qualche difficoltà di attuazione pratica, nel momento in cui si dovrà individuare la forma giuridica per consentire l'accesso a tali esperienze: se nel caso di lavoro presso altre amministrazioni potrebbero essere utilizzati gli strumenti del distacco e del comando, nell'ipotesi di invio presso soggetti privati probabilmente sarà necessario un più complesso sistema di convenzioni.

Anche qui occorrerà attendere la prova dei fatti, che in ogni

(14) In effetti, il riferimento testuale alla "professionalità sviluppata" richiama proprio il concetto di professionalità intesa come competenza soggettiva e non tanto quello di professionalità considerata come oggetto della prestazione (*rectius* dell'obbligazione), seppure intesa in senso dinamico.

caso appaiono sin da ora limitati da due ostacoli “classici”: gli incentivi in questione sono infatti “riconosciuti nei limiti delle risorse disponibili di ciascuna amministrazione” e, comportando una inevitabile ricaduta organizzativa, in quanto sottraggono all’amministrazione risorse umane preziose (al punto da essere premiate e valorizzate con queste esperienze), potrebbero non essere autorizzate agevolmente in un momento di generale, e spesso strutturale, carenza di personale dotato di idonee competenze professionali. Questo “premio” rischia quindi di impattare nella classica (e ormai cronica) carenza di risorse finanziarie e organizzative che affligge l’amministrazione italiana.

4.6. Il premio di efficienza

L’art. 27 del decreto consente l’attribuzione di un premio al personale “direttamente e proficuamente coinvolto” in processi di ristrutturazione, riorganizzazione e innovazione dai quali siano derivati risparmi sui costi di funzionamento delle amministrazioni e nei limiti di due terzi di tali risorse, distribuiti in base a criteri generali oggetto di contrattazione integrativa. Il restante terzo di tali somme va invece a incrementare le risorse disponibili per la contrattazione medesima.

Anche in tal caso, per ridurre gli sprechi e soprattutto per evitare che il premio costituisca lo strumento per ampliare surrettiziamente le risorse destinate alla contrattazione integrativa, la legge subordina l’utilizzo di siffatte risorse alla condizione che i risparmi siano documentati nella Relazione di *performance*, validati dall’Organismo di valutazione e verificati dalla Ragioneria generale dello Stato.

È però la prima parte della disposizione a porre, attraverso due rinvii formali, i vincoli più significativi all’attribuzione del premio. Anzitutto l’art. 61, d.l. n. 112/2008, convertito con modificazioni dalla legge n. 133/2008, che ha imposto, tra l’altro, una riduzione dei compensi spettanti ai dipendenti pubblici per tutta una serie di incarichi e compiti aggiuntivi rispetto alla prestazione lavorativa; viene poi richiamato l’art. 2 della Legge

Finanziaria per l'anno 2009 (l. 22 dicembre 2008, n. 203), limitatamente ai commi 33 e 34, che appunto in relazione ai risparmi di spesa già previsti, e imposti, dal decreto n. 112/2008, consentono il finanziamento della contrattazione integrativa utilizzando una quota delle risorse derivanti dai risparmi (aggiuntivi rispetto a quelli già considerati ai fini del miglioramento dei saldi di finanza pubblica) realizzati per effetto di processi di razionalizzazione e di riduzione dei costi di funzionamento dell'amministrazione.

5. *L'adeguamento degli ordinamenti di Enti territoriali ed amministrazioni del Servizio sanitario nazionale*

Non pochi problemi si pongono, poi, nell'applicazione dell'art. 31, d.lgs. n. 150/2009, che chiude il Titolo III dettando disposizioni specifiche riferite alle "regioni, anche per quanto concerne i propri enti e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, e gli enti locali". Il legislatore della (ennesima) riforma, quindi, mentre adotta una disciplina tendenzialmente uniforme del lavoro pubblico, con una linea di politica del diritto marcatamente "centralistica" ⁽¹⁵⁾ lascia un margine piuttosto ampio di autonomia agli enti indicati, dettando previsioni che però, ad un'esegesi attenta, risultano di non facile applicazione e non prive di contraddizioni che l'interprete è chiamato a risolvere.

A tali enti, infatti, la legge conferisce una facoltà di adeguamento dei propri ordinamenti ai principi contenuti in alcune norme del decreto. Riconosciuta questa facoltà, tuttavia, il legi-

(15) Va in ogni caso segnalato, con riferimento alla tematica oggetto di questa riflessione, l'art. 74, comma 4, in base al quale "con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca e con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono determinati i limiti e le modalità di applicazione delle disposizioni dei Titoli II e III del presente decreto al personale docente della scuola e delle istituzioni di alta formazione artistica e musicale, nonché ai tecnologi e ai ricercatori degli enti di ricerca. Resta comunque esclusa la costituzione degli Organismi di cui all'articolo 14 nell'ambito del sistema scolastico e delle istituzioni di alta formazione artistica e musicale".

slatore distingue gli effetti del suo esercizio. Per le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale l'adeguamento può avere luogo entro il 31 dicembre 2010, ma - è da ritenere in base ad un'interpretazione sistematica - fino ad allora (e dal 2011 in poi, nel caso di infruttuoso decorso del termine) si applicheranno le disposizioni del decreto n. 150/2009; per le regioni e gli enti locali, nelle more dell'adeguamento, che può essere operato entro il 31 dicembre 2010, "si applicano le disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore" del d.lgs. n. 150/2009, mentre quest'ultimo diviene applicabile agli enti locali solo a decorrere dal 1° gennaio 2011, salvo tornare "in letargo" "alla data di emanazione della disciplina regionale e locale", che potrebbe dunque intervenire, con portata derogatoria, praticamente *sine die*.

Venendo all'oggetto di tale possibile attività di adeguamento, dalla lettura del primo comma dell'art. 31 emerge che gli enti potranno dettare autonome disposizioni, rispettose dei ("soli") principi del Titolo in commento relativamente alla disciplina delle progressioni, sia economiche (art. 23, commi 1 e 2) che di carriera (art. 24, commi 1 e 2), nonché in materia di attribuzione di incarichi e responsabilità (art. 25), di accesso ai percorsi di alta formazione e crescita professionale (art. 26) e di premio di efficienza (art. 27, comma 1).

All'adeguamento è poi rimesso anche il principio contenuto nel capoverso dell'art. 17, in base al quale l'applicazione degli strumenti di valorizzazione del merito e di premialità non deve comportare "nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica", nonché quelli contenuti nell'art. 18, riassumibili nell'adozione di sistemi di attribuzione selettiva di premi ed incentivi e nel parallelo divieto di distribuzione "a pioggia" degli incentivi medesimi, qualora siano collegati alla valutazione e verifica della *performance*. Nel momento stesso in cui vengono posti, peraltro, i due divieti (di incremento degli oneri per la finanza pubblica e di distribuzione indifferenziata delle risorse) poc'anzi esaminati mostrano la difficile riconducibilità al concetto di "principio", ponendosi come limiti scarsamente adatta-

bili da parte del soggetto al quale vengono imposti: scelta che può essere comprensibile, ed anche apprezzabile, sul piano dell'efficacia del divieto, ma lo è certamente meno su quello del rispetto dell'autonomia degli enti che di quei principi devono tenere conto nell'esercizio delle proprie prerogative ordinarie⁽¹⁶⁾.

Di non agevole interpretazione è anche il rapporto tra il comma primo dell'art. 31, testé esaminato, ed il terzo comma della medesima norma: nel secondo capoverso, infatti, il legislatore delegato precisa che i suddetti enti, "oltre a quanto autonomamente stabilito [...] utilizzano" gli strumenti di premialità previsti dalle lettere c), d), e) ed f) dell'art. 20, vale a dire proprio quegli istituti in relazione ai quali, al comma 1, ha previsto l'adeguamento.

Che la formulazione del testo non sia casuale è confermato, *a contrario*, dal fatto che per i due strumenti "di cui alle lettere a) e b)" dell'art. 20, comma 1, vale a dire *bonus* delle eccellenze e premio per l'innovazione, il legislatore prevede la possibilità di un *adattamento* alla specificità degli ordinamenti degli enti, sicché per gli altri strumenti l'utilizzo dovrebbe avvenire senza mediazioni; se non fosse che gli strumenti in questione (e tra questi essenzialmente le progressioni e l'attribuzione di incarichi) sono espressamente richiamati, due commi prima, come oggetto del descritto meccanismo di adeguamento: congegno che nel caso degli enti locali resta, come visto, praticamente aperto.

L'unico modo di superare questa vistosa aporia - sempre che, nel frattempo, la frattura non venga "ridotta" dai decreti correttivi previsti dall'art. 2, comma 3, della legge n. 15/2009 - è dunque quello di attribuire prevalenza ermeneutica al principio di adeguamento affermato al primo comma dell'art. 31 e ri-

(16) Il rispetto, almeno formale, di tali prerogative è confermato (che si tratti di una *excusatio non petita*? ...) anche all'art. 74, il cui capoverso richiama le disposizioni poc'anzi commentate, precisando che esse "recano norme di diretta attuazione dell'articolo 97 della Costituzione e costituiscono principi generali dell'ordinamento ai quali si adeguano le regioni e gli enti locali, anche con riferimento agli enti del Servizio sanitario nazionale, negli ambiti di rispettiva competenza".

badito (se *ubi lex voluit dixit*, qui il legislatore lo fa una seconda volta) dal secondo alinea dell'art. 74: lettura quest'ultima che si presenta maggiormente coerente anche con i criteri dettati dal legislatore delegante.

A coonestare ulteriormente la correttezza di tale lettura è, del resto, lo stesso legislatore delegato, il quale, all'ultimo comma dell'art. 31, fissa un ulteriore termine, quello del 31 dicembre 2011, per la trasmissione da parte di regioni ed enti locali alla Conferenza unificata dei dati relativi all'attribuzione del trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale, affidando alla Conferenza compiti di verifica dell'attuazione dei descritti principi in tema di premi e progressioni, “anche al fine di promuovere l'adozione di eventuali misure di correzione e migliore adeguamento”.

Enti territoriali e amministrazioni del Servizio sanitario nazionale non sono invece tenuti all'applicazione rigida dell'art. 19, con la descritta ripartizione in tre fasce di merito e l'anelastica allocazione di risorse che vi è connessa. Questi enti, infatti, hanno un limite solo verso il basso, potendo quindi articolare la distribuzione del personale su un numero maggiore delle tre fasce di merito, che è imposto alle altre amministrazioni, così come non vi sono predeterminazioni rigide circa la distribuzione delle risorse all'interno delle fasce medesime. Si tratta, tuttavia, anche in tal caso, di una “semilibertà”, perché a questi enti è comunque imposta l'attribuzione al personale collocato nella fascia di merito alta di una “quota prevalente” delle risorse destinate al trattamento economico accessorio connesso alla performance individuale.

L'imposizione di un criterio di *prevalenza*, peraltro, combinato con la possibilità di prevedere un numero di fasce di merito superiore a tre potrebbe determinare un aggravamento degli effetti collaterali segnalati in precedenza, sostanzialmente individuabili nella valorizzazione *effettiva* della sola fascia di merito alta, con la coeva disincentivazione di comportamenti *performanti* nella restante (sebbene numericamente prevalente) parte del personale.

6. Rigidità e dinamicità nel “nuovo” sistema di inquadramento dei dipendenti pubblici

Prima di concludere, è infine opportuno esaminare l'intervento del legislatore delegato sulla tematica delle mansioni, attuato novellando la prima parte dell'art. 52, d.lgs. n. 165/2001.

Per effettuare questa sintetica lettura, è necessario ricostruire, seppure brevemente, la disciplina previgente e i principali problemi interpretativi che aveva posto, per verificare, con lo stesso criterio metodologico delle pagine precedenti, se l'intervento “correttivo” del legislatore risulti idoneo a risolvere i dubbi o finisca per riproporli.

Il tema, del resto, è da sempre delicato nel pubblico impiego e le vicende della riforma della disciplina delle mansioni hanno rispecchiato emblematicamente la storia dell'intera privatizzazione: un intervento normativo difficile, complesso, caratterizzato dalla progressiva stratificazione di discipline sostituite spesso prima ancora di entrare a regime ⁽¹⁷⁾; la segnalata complessità è, peraltro, ad avviso di molti, la principale ragione degli “aggiustamenti progressivi che hanno radicalmente modificato il testo e la *ratio*” ⁽¹⁸⁾ delle disposizioni oggi vigenti rispetto a quelle originarie.

Ricondotto il rapporto lavorativo del dipendente pubblico alla logica negoziale del contratto di lavoro ⁽¹⁹⁾, la disciplina legislativa previgente rimetteva alla contrattazione collettiva la determinazione della classificazione professionale, la demarca-

(17) L. FIORILLO, Sub art. 56, in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, p. 1389.

(18) S. LIEBMAN, *La disciplina delle mansioni nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1999, p. 628.

(19) Parlo di “riconduzione”, perché il lavoro pubblico non è sempre ricaduto nell'area del diritto amministrativo e sottoposto alla relazione “sfalsata” di supremazia speciale, che è invece scelta storicamente delimitabile. V., sul punto, le pagine di M.S. GIANNINI, *Voce Impiego pubblico. Profili storici e teorici*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 293, nonché Id., *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Il Foro Italiano*, 1979, V, c. 288. Ancora attuale sul tema la riflessione di M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, il Mulino, 1978.

zione dell'equivalenza tra le mansioni e in definitiva la delimitazione dell'ambito stesso di esigibilità della prestazione. Un aspetto fortemente innovativo della disciplina riguardava la tematica della mobilità orizzontale ⁽²⁰⁾, perché il legislatore autorizzava l'assegnazione del lavoratore "alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi".

Mentre nella prima parte la norma ricalcava - ed è tuttora così - l'art. 2103 cod. civ., ammettendo la possibilità di modificazione delle mansioni assegnate al dipendente e ponendo come limite alla mobilità orizzontale l'equivalenza tra i compiti previsti in contratto e quelli oggetto del provvedimento di *jus variandi*, nella seconda parte faceva proprie le proposte di matrice dottrinale ⁽²¹⁾ che, già con riferimento alla norma del codice civile, avevano auspicato la devoluzione all'autonomia collettiva della determinazione del rapporto di equivalenza, individuando nel contratto collettivo lo strumento più idoneo, per struttura e funzione, ad adeguare rapidamente il giudizio di valore sulle mansioni al mutare del valore medesimo ⁽²²⁾. La rimessione alla contrattazione collettiva del giudizio di equivalenza veniva inoltre vista come possibilità di superare le rigidità dell'interpretazione giurisprudenziale e far fronte alla difficoltà di esercitare un efficace controllo giudiziale sulle operazioni di mobilità.

La disposizione in esame, per la verità, chiedeva all'inter-

(20) Secondo P. CAMPANELLA, *Mansioni e jus variandi nel lavoro pubblico*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1999, p. 64, "è, questo, probabilmente, l'elemento più emblematico della (allora *n.d.r.*) mutata ottica legislativa, se è vero che era proprio il mancato richiamo al criterio dell'equivalenza a dare il senso di una sostanziale svalutazione del profilo oggettivo e professionale della prestazione lavorativa, a tutto vantaggio del riferimento prioritario alla qualifica".

(21) Posizioni riassunte da O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 373.

(22) Il legislatore del '98 fece propri i rilievi di chi, all'esito della "prima" riforma, osservava come "in definitiva sarebbe forse preferibile rinviare alla contrattazione collettiva il compito di "elasticizzare" l'area delle mansioni, in connessione con la revisione dei sistemi di inquadramento (aree professionali) eventualmente prevedendo esplicitamente la possibilità per la contrattazione di "derogare" al 2103 cod. civ.": così L. ZOPPOLI, *Il lavoro pubblico negli anni '90*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 166.

prete di sciogliere alcuni significativi nodi problematici, primo tra tutti il quesito se la rimessione al contratto dell'ambito di equivalenza tra le mansioni fosse totale ovvero se residuasse uno spazio, riservato alla legge, contenente una nozione (legale) di equivalenza che la fonte collettiva fosse chiamata poi a specificare e integrare ⁽²³⁾. La risposta fornita a questo interrogativo portava con sé importanti corollari in termini di ampiezza del sindacato giudiziale: se, infatti, si considerava il contratto collettivo, che operava sulla definizione dei confini dell'equivalenza, fonte esclusiva di regolazione della mobilità orizzontale, l'intervento del giudice incontrava il limite posto proprio dalla fonte negoziale e poteva valutare la legittimità degli atti di esercizio dello *jus variandi* soltanto entro i margini disegnati dall'autonomia collettiva ⁽²⁴⁾. Viceversa, qualora si ritenesse sussistente una nozione legale minima di equivalenza, sulla quale il contratto intervenisse con funzione integrativa, il giudice avrebbe ben potuto annullare le operazioni di mobilità - e, in definitiva, lo stesso intervento contrattuale - qualora risultassero superati i limiti posti dalla norma ⁽²⁵⁾.

Secondo la lettura più diffusa, alla contrattazione era rimessa non solo la previsione dell'ambito entro il quale opera il giudizio di equivalenza, ma anche la determinazione del rapporto di equivalenza tra mansioni, con l'elisione dell'intervento giudiziale, costretto ad arrestarsi di fronte alla volontà (eventualmente espressa *negativamente*, attraverso il silenzio) della contrattazione ⁽²⁶⁾.

(23) Per questa ragione, nel segnalare le ambiguità derivanti dalla rimessione alla contrattazione collettiva dell'equivalenza professionale, mi domandavo se il legislatore avesse firmato un assegno "in bianco" ovvero un assegno "a vuoto": si consenta di rinviare, quindi, a U. GARGIULO, *Sulla nozione di equivalenza delle mansioni*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2006, p. 331.

(24) Secondo O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit. p. 380, nel lavoro pubblico "il giudizio di equivalenza non è affidato alla variabile interpretativa giudiziale, ma ad una valutazione operata autonomamente dalle parti in sede contrattuale collettiva; il che dovrebbe consentire un quadro di maggiori certezze".

(25) Di questo avviso, tra le prime, Trib. Vicenza 21 agosto 2001, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2002, p. 356, con nota di S. RIGON.

(26) In giurisprudenza accoglie questa prospettiva Cass., S.U., 4 aprile 2008, n. 8740, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, p. 353, con nota di M. G. MUR-

Nei fatti, indipendentemente dall'uso di formulazioni talvolta ambigue ⁽²⁷⁾, tutti i contratti sono ricorsi all'accorpamento delle qualifiche funzionali in un più ridotto numero di aree professionali ⁽²⁸⁾, riconoscendo all'area la funzione di individuare, pur tra le necessarie differenziazioni discendenti dallo specifico dei contesti organizzativi, le omogeneità di contenuti professionali.

Con l'intervento in commento, il legislatore cristallizza l'utilizzo del sistema di inquadramento a fasce larghe (cd. *broad banding*) ⁽²⁹⁾, prevedendo che, ad eccezione dei dirigenti e del personale docente della scuola, delle accademie e dei conservatori, i dipendenti pubblici siano inquadrati "in almeno tre distinte aree funzionali" (così il comma 1-bis del nuovo art. 52, d.lgs. 165/2001), ma soprattutto impone il ricorso all'area di inquadramento quale ambito nel quale le mansioni sono equivalenti e dunque esigibili.

Il legislatore, dunque, pur facendo tesoro dell'esperienza della contrattazione collettiva, "ingessa" i sistemi di classificazione del personale facendo riferimento all'inquadramento per aree, impedendo così alla contrattazione collettiva di operare ripensamenti, ma anche di tener conto delle tendenze degli studi di organizzazione aziendale, che potrebbero, in ipotesi, prevedere in futuro nuovi strumenti di ordinamento delle prestazioni lavorative.

Alla contrattazione residua, dunque, un ruolo che, se non

RONE.

(27) Ambiguità spesso figlia di una scelta consapevole delle parti, che, non avendo raggiunto un'intesa, lasciano aperta la questione perché venga successivamente risolta attraverso la via giudiziaria. È questa l'opinione di G. GIUGNI, *Appunti sull'interpretazione del contratto collettivo*, in *Rivista di diritto del lavoro*, 1957, II, p. 179, secondo il quale, in tali situazioni, l'accordo viene raggiunto sul testo più che sul significato.

(28) P.G. ALLEVA, *Lo ius variandi*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2000, p. 1553.

(29) Sull'ampio ricorso all'inquadramento c.d. *broad banding* nella pubblica amministrazione, v. G. DELLA ROCCA, *Gli ordinamenti professionali a fasce larghe o «broad banding»; l'esperienza in Gran Bretagna e in Italia*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, p. 271.

può essere definito meramente integrativo, è certamente più ridotto e controllato che in passato, essendo l'autonomia collettiva chiamata a delimitare i confini delle aree di inquadramento e ad operare il concreto raggruppamento delle prestazioni professionali all'interno delle aree medesime.

Uno spazio maggiore di intervento può derivare dalla valorizzazione del dato testuale che individua in *almeno* tre aree funzionali l'inquadramento dei dipendenti pubblici. L'espressione "almeno" consente, infatti, l'aggiunta di ulteriori ambiti di classificazione alle tre aree "minime" previste dalla legge. Questo spazio, che certamente non verrà agevolato dalla riduzione numerica dei comparti di contrattazione, potrà forse consentire il riconoscimento delle esigenze di diversificazione inerenti, ad esempio, ad alcuni settori dell'attività amministrativa (come le autonomie locali o la ricerca) o di conferire espresso riconoscimento a talune categorie professionali che da tempo richiedono cittadinanza nel pubblico impiego (è il caso dei quadri o dei c.d. *professionals*).

Quanto, infine, all'attitudine della disposizione, così come novellata, a ridurre i problemi legati all'individuazione della nozione di equivalenza e del connesso ambito di esigibilità della prestazione lavorativa⁽³⁰⁾, non pare che le espressioni utilizzate siano in grado di elidere ogni questione: l'obbligo per le amministrazioni di adibire il lavoratore ai compiti per i quali è stato assunto ovvero "alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento" non esclude un'interpretazione per la quale la mobilità orizzontale venga riconosciuta nell'ambito dell'area, *purché* le mansioni oggettivamente assegnate al dipendente risultino equivalenti alle precedenti.

Al pari di quanto accade nel lavoro privato, anche nel pubblico è proprio nel rapporto area-mobilità che più frequentemente può verificarsi un'alterazione della relazione corrispettiva; nel contempo, l'ambito endo-categoriale è quello in cui è più difficile l'equilibrio tra le due primarie esigenze contrappo-

(30) Per un esame di questi aspetti si consenta di rinviare a U. GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 2008.

ste nei fenomeni di mobilità: la richiesta datoriale della massima flessibilità compatibile con l'organizzazione prevista e la pretesa del dipendente di non vedere sacrificato (o scarsamente valorizzato) il proprio patrimonio professionale, inteso anche nel suo divenire, attraverso il riconoscimento del potenziale di sviluppo del bagaglio di conoscenze possedute.