

L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica: fonti, modelli e riforme in atto

di Dario Simeoli

Sommario

1. Introduzione al tema: il lavoro pubblico tra prestazione e funzione e tra politica ed amministrazione. – **1.1.** L'organizzazione del lavoro nel polimorfismo e policentrismo degli apparati. – **2.** L'evoluzione dell'apparato burocratico moderno: brevissimi cenni storici. – **3.** Lo statuto del lavoro soggettivamente ed oggettivamente "pubblico". – **3.1.** Considerazioni di sintesi. – **4.** La progressiva convergenza degli assetti regolativi: concorso di fonti e sincretismo tra ordinamenti nel lavoro pubblico "privatizzato". – **4.1.** Le fonti del rapporto di lavoro tra privatizzazione e contrattualizzazione. – **4.2.** Caratteri e ambiti della contrattazione collettiva. – **4.3.** Le fonti dell'organizzazione pubblica: degradazione e delegificazione. – **4.4.** Il potere negoziale "imparziale" nell'organizzazione degli uffici pubblici. – **4.5.** I principi legali della funzione di organizzazione (prima della novella del 2009). – **4.6.** L'ufficio dirigenziale quale organo titolare delle prerogative datoriali. – **5.** Unità e differenziazione nella organizzazione del personale regionale... – **5.1.** ...e del personale degli enti locali. – **6.** Le criticità irrisolte del lavoro pubblico privatizzato. – **7.** "L'aziendalizzazione" del lavoro pubblico nella novella del 2009. – **7.1.** La regolazione dei confini tra legge, potere organizzativo e contratto. – **7.2.** Il mutato quadro delle relazioni sindacali. – **7.3.** Compiti, garanzie e responsabilità dei dirigenti manager. – **7.4.** Parziali modifiche nell'assetto istituzionale tra vertice politico e potere burocratico. – **7.5.** I nuovi principi e criteri di organizzazione del personale. – **7.6.** Tendenze monismo del modello gestionale ed organizzativo.

1. Introduzione al tema: il lavoro pubblico tra prestazione e funzione e tra politica ed amministrazione

Le missioni assegnate alla pubblica amministrazione, distribuite tra le varie partizioni della sua organizzazione, sono portate a compimento dalle persone fisiche che ivi operano.

La pressante istanza sociale di una amministrazione più effi-

ciente e meno costosa si è recentemente tradotta (ancora una volta) nell'indirizzo politico di riformare l'organizzazione del personale.

Le ragioni attuali del dibattito possono essere meglio comprese solo ricostruendo le ragioni sistemiche che hanno originato i concetti e i costrutti normativi consegnatici dalla nostra tradizione culturale. L'adozione di una prospettiva storicizzata, si ritiene, costituisce il metodo più appropriato per indagare impatto, finalità ed efficacia di un intervento che si vuole di radicale novità.

Il presente saggio, occorre premettere, guarda al lavoro pubblico dall'angolo prospettico della organizzazione amministrativa ⁽¹⁾, nella sua essenza di energie lavorative strumentali al raggiungimento delle finalità istituzionali. Più che la disciplina dei rapporti intersoggettivi, interessa qui l'analisi del lavoro quale fattore organizzativo di acquisizione di interessi e predisposizione delle azioni più opportune a realizzarli. E' questo, del resto, il tratto di maggiore specificità rispetto al lavoro privato il cui oggetto di studio è, invece, essenzialmente interindividuale (e patrimoniale), essendo il funzionamento dell'apparato produttivo privo di rilevanza giuridica in senso "oggettivo" ⁽²⁾.

L'organizzazione privata forma oggetto di fattispecie regolativa per lo più solo nelle sue implicazioni intersoggettive: ovvero come decisione conformativa della prestazione del lavoratore e come distribuzione di compiti relativi allo svolgimento di at-

(1) Cfr. sul tema generale G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981; G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, Utet, 1967; V. BACHELET, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1965; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 1977; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966; F.G. SCOCA, *Teoria della organizzazione amministrativa*, in *Diritto Amministrativo* a cura di L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA, Bologna, Monduzzi, 1993.

(2) La dimensione organizzativa dell'impresa (intesa come comunità animata da un interesse proprio) trovava spazio nelle concezioni "istituzionalistiche" risalenti al periodo corporativo: riferimenti in T. ASCARELLI, *Il dialogo dell'impresa e delle società nella dottrina italiana dopo la nuova codificazione*, in *Riv. Soc.*, 1959, p. 414.

tività giuridiche (si pensi alla rappresentanza, alla preposizione institoria, alla legittimazione degli organi sociali)⁽³⁾. Nella sfera pubblica, per contro, le scelte di fondo concernenti il tipo di apparato strumentale, i criteri di allocazione dei compiti, le relazioni giuridiche tra gli uffici, la gestione specifica delle risorse, costituiscono esercizio di un potere non libero ma disciplinato dal diritto oggettivo. Ecco, dunque, imporsi all'interprete la comprensione di una "realtà duplice", la funzione e il servizio legati allo svolgimento dell'ufficio pubblico ed il rapporto giuridico di prestazione, la cui "sintesi" va colta nell'intreccio tra due ordini distinti di norme aventi fonti ed oggetto proprio: le formule organizzatorie dei poteri pubblici, da un lato, il contenuto dei diritti e degli obblighi delle parti, dall'altro. Alla relazione giuridica, in virtù della quale le energie lavorative vengono "scambiate" con la retribuzione, si sovrappone il "legame" (anch'esso giuridicamente rilevante) che fornisce al dipendente il potere (ed anche il dovere) di esercitare i compiti che la fattispecie normativa attribuisce impersonalmente all'ufficio radicandone la competenza.

Se una prima "lente di ingrandimento" mette a fuoco le fonti e le forme giuridiche della (funzione di) organizzazione del personale, l'ulteriore tema di interesse è quello delle interrelazioni esistenti tra i due principali tipi di apparato (inteso come aggregato di diversi elementi normativamente unificati dall'obiettivo) che compongono i pubblici poteri: quello politico, legittimato secondo il sistema democratico, che presceglie gli interessi da perseguire e che divengono per tale via "pubblici"; quello amministrativo, avente legittimazione tecnica, che ha il compito di concretare l'indirizzo politico fissato dal primo

(3) Fattispecie in cui per esigenza di certezza vengono formalizzati alcuni dati organizzativi e l'idoneità dell'atto negoziale è influenzata dalla posizione (in senso lato) organizzativa ricoperta dall'agente. Assai interessanti, sul punto, sono le considerazioni di A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 35 ss. Sulla centralità del momento organizzativo, cfr. anche le deduzioni di M. RUSCIANO, *Contributo alla lettura della riforma del pubblico impiego*, in M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1993.

(⁴). Il nesso strumentale tra "amministrazione" e "politica" assume, nel diritto positivo, graduazioni di diversa intensità (⁵) che si ripercuotono in via diretta sulle componenti, per l'appunto politica e amministrativa, in cui si articola la nozione stessa di datore pubblico (⁶). La modulazione dei rapporti istituzionali tra potere politico e potere burocratico, si vedrà, è il prodotto, storicamente determinato, della dialettica tra due principi: il principio della sovranità popolare (art. 1 Cost.), che assegna ai rappresentanti politici, oltre che la determinazione dell'indirizzo politico, anche il controllo degli apparati pubblici cui spetta la sua realizzazione; ed il principio della imparzialità (art. 97 Cost.), che impone alla azione pubblica di attuare in maniera egualmente efficace le intenzioni delle maggioranze di governo che si alternano, in quanto al "servizio esclusivo della nazione" (art. 98 Cost.).

1.1. *L'organizzazione del lavoro nel polimorfismo e policentrismo degli apparati*

È indispensabile una ulteriore premessa.

La legislazione che va sotto la denominazione di "norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" (d.lgs. n. 165/2001), e che costituisce l'oggetto precipuo della presente indagine, non esaurisce affatto l'intera materia. Se matrice comune ad ogni struttura dei pubblici poteri è la provvista di titolari ed addetti agli uffici professionali, può notarsi come, in relazione al tipo di apparato, corrisponda una differenziazione delle forme di organizzazione del

(4) D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 26.

(5) Si pensi al coordinamento tra uffici della stessa struttura soggettiva in termini di gerarchia o direzione; al legame funzionale tra enti pubblici appartenenti ad un medesimo plesso organizzatorio, disciplinato attraverso atti di indirizzo unilaterale o in via convenzionale (come nel caso delle agenzie); alle strutture dotate di autonomia o addirittura indipendenti dall'indirizzo politico; alle "reti" tra apparati strumentali corrispondenti a distinti livelli di governo territoriale.

(6) Cfr. S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2000, p. 475; V. GASPARINI CASARI, *La dirigenza pubblica nel rapporto tra politica ed amministrazione*, in www.giustamm.it.

lavoro.

La funzione di regolazione che si avvale dell'apparato ministeriale e delle agenzie (d.lgs. n. 300/1999) è dotata di un ordinamento del lavoro privatistico con crescenti elementi di specialità.

Gli apparati incaricati dello svolgimento delle funzioni d'ordine (espressione del cuore della sovranità dello Stato: difesa, giustizia, ordine pubblico, diplomazia), e di talune funzioni ausiliarie (amministrazione consultiva e di controllo) conservano un ordinamento del lavoro di stampo eminentemente pubblicistico⁽⁷⁾.

Il personale impegnato nella funzione di regolazione organizzata secondo il modello tecnocratico delle amministrazioni indipendenti è, in buona parte, rimasto disciplinato dai rispettivi propri ordinamenti di settore⁽⁸⁾.

L'amministrazione di prestazione di servizi imprenditoriali⁽⁹⁾, in passato svolta da enti pubblici economici ma in seguito alla liberalizzazione dei servizi in massima parte organizzata

(7) Il fondamento della differenziazione del personale "non contrattualizzato" è facilmente rintracciabile solo per alcune categorie: si pensi alla necessità di conservare un modello autoritativo per i militari, le forze dell'ordine e la diplomazia; ovvero alla esigenza di salvaguardare uno *status* che dia maggiori garanzie di indipendenza per i magistrati. Di recente, sono state incluse nella previsione derogatoria: il rapporto di impiego del personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco ed il personale della carriera dirigenziale penitenziaria (cfr. le modifiche all'art. 3 d.lgs. n.165/2001).

(8) Cfr. Cons. Stato n. 1128/2005, secondo cui: *Dalla lettura combinata dell'art. 2 comma 4 d.lgs. n. 29 del 1993, dell'art. 2 comma 28 l. n. 481 del 1995, dell'art. 1 comma 21 l. n. 249 del 1997, risulta chiaro l'intento del legislatore di sottrarre al d.lgs. n. 29 del 1993, e dunque alla privatizzazione e al conseguente mutamento della giurisdizione, i rapporti di lavoro alle dipendenze di svariate autorità indipendenti, munite di un proprio ruolo del personale, e, in particolare: a) Banca d'Italia; b) Consob; c) Autorità garante della concorrenza e del mercato; d) Autorità per i servizi di pubblica utilità; e) Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.* Cfr. anche Cass., sez. un., n. 27893/2005 e Cass., sez. un., n. 13446/2005. Invero, non è facile comprendere perché l'accentuata indipendenza rispetto al potere esecutivo e l'alto tasso di tecnicità della prestazione debba riflettersi sul momento conformativo del rapporto di lavoro del personale. Sulle modifiche sul punto apportate dall'art. 34 d.lgs. 150/2009, vedi *infra* paragrafo 7.1.

(9) A differenza dei servizi pubblici sociali come scuola, aziende ed enti del servizio sanitario nazionale, istituzioni universitarie, Istituti autonomi case popolari, enti di previdenza.

secondo il modello della società in mano pubblica, è dotato di un ordinamento del lavoro interamente privatistico ⁽¹⁰⁾.

Il “personale politico” ⁽¹¹⁾ dell’amministrazione, poi, si compone di soggetti astratti da un rapporto tradizionalmente definito “onorario” in cui il conferimento dell’ufficio avviene senza previo contratto di lavoro ed il cui titolo di legittimazione deriva da elezione o da nomina discrezionale politica (che, quindi, sottende una relazione di rappresentanza politica o di interessi). L’ordinamento detta una disciplina piuttosto scarna dei diritti ed obblighi delle parti e maggiormente per incentrarsi sulle cause di ineleggibilità ed incompatibilità. Il compenso è indennitario ⁽¹²⁾, il rapporto a termine, la giurisdizione si riparte secondo il criterio della consistenza della situazione giuridica soggettiva.

Una ulteriore articolazione del tema concerne gli apparati strumentali ai livelli di governo territoriale per i quali, lo si vedrà meglio nel prosieguo, si pone il non facile contemperamento tra esigenze di unità dell’ordinamento e di differenziazione autonomistica.

Da ultimo, lo stesso rapporto professionale viene prestato, nei casi e con le modalità previste dalla legge, anche in forza di un rapporto di lavoro autonomo; le prestazioni di lavoro subordinato vengono, inoltre, rese anche da personale “precario” (sovente reclutato senza concorso ed al di fuori della dotazione organica, per il quale talvolta si prevedono forme di “stabiliz-

(10) Vedi, tuttavia, l’art. 18 d.l. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008, che, allo scopo di arginare il fenomeno delle assunzioni clientari, impone alle società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica di adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell’articolo 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; mentre le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità. Tali disposizioni non si applicano, però, alle società quotate su mercati regolamentati.

(11) Parlamentari, amministratori di enti pubblici ed enti territoriali.

(12) Avuto riguardo alle attuali indennità sempre più vicine alla retribuzione (con correlativa tutela previdenziale), è condivisibile l’opinione di quanti ritengono essersi formata una classe politica sostanzialmente professionale che ha cancellato il carattere originario di gratuità del modello.

zazione”).

2. L'evoluzione dell'apparato burocratico moderno: brevissimi cenni storici

L'apparato burocratico “moderno”, con tale formula intendendosi il disegno organizzativo permanente e territorialmente articolato degli uffici dei poteri pubblici (in Europa consolidatosi soltanto nel corso dell'Ottocento), ha percorso un itinerario evolutivo assai complesso perché strettamente correlato allo svolgimento della storia politica di ciascuna nazione. Occorrerebbero le competenze dello storico del diritto per una sua compiuta trattazione: qui, sia pure con molte imprecisioni e salti logici, se ne vogliono scarnamente tratteggiare le origini.

Nello Stato monarchico non esisteva una “carriera pubblica professionale”, derivando l'investitura nell'ufficio pubblico da un atto del titolare del potere politico, di ascendenza carismatica o elettiva (la corona, il governo o altro corpo collegiale da cui promanava il procuratore di giustizia, il procuratore fiscale, il commissario, l'intendente, l'ambasciatore). Il modello organizzativo era tutto incentrato su di un “titolo procuratorio” (non retribuito, ma a cui era spesso connesso un beneficio) la cui natura ricalcava figure di stampo privatistico (rappresentanza, mandato, fiducia, commissione, delega) ⁽¹³⁾. Per il resto, l'amministrazione si procurava le ulteriori risorse personali necessarie mediante contratti di diritto privato.

Di pari passo alla formazione delle strutture costituzionali rappresentative, con l'aumento dei conti e dei compiti dello Stato e con la correlativa crescita degli addetti professionali, si assistette alla progressiva definizione di uno *status* di funzionario, regolato da un atto iniziale di ingresso nella carriera costituente titolo giuridico necessario e pregiudiziale per l'inve-

(13) Cfr. M.S. GIANNINI, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 1 ss. il quale ricollega l'origine di tale modulo giuridico (di conferimento discrezionale dell'ufficio) all'ordinamento romano dell'età tardo-repubblicana e imperiale.

stitura nella titolarità di organi.

Nell'Italia dei primi anni dopo l'unificazione, il rapporto d'impiego pubblico veniva concepito come un rapporto di diritto privato connotato da specialità (il diritto alla pensione, la disciplina degli avanzamenti in carriera, la disciplina dei congedi delle aspettative e degli altri fatti modificativi delle prestazioni del prestatore d'opera, la disciplina dei concorsi di assunzione). Con riferimento ai titolari o addetti di organi svolgenti funzioni pubbliche, il modello giuridico andò incontro ad una progressiva trasfigurazione verso forme marcatamente diverse dai rapporti di lavoro di diritto privato ⁽¹⁴⁾. Ciò fu storicamente il portato, oltre che di interventi legislativi volti a garantire l'imparzialità dei funzionari (come la disciplina del concorso, degli avanzamenti, la pensione), anche della introduzione di strumenti normativi volti a consentire un controllo (soprattutto di spesa) degli apparati politici sull'operato della amministrazione (si pensi, a titolo esemplificativo, agli istituti della parità retributiva; alla cristallizzazione dell'organico attraverso la predeterminazione normativa dei ruoli, cioè del numero dei dipendenti da assumere o da distribuire per i diversi gradi, allo scopo di impedire le assunzioni clientelari).

In questa fase, la relazione tra amministrazione e suo personale veniva ricostruita come un rapporto misto: avente gli elementi della locazione di opere per la parte patrimoniale, e gli elementi della rappresentanza *ex lege* (senza che occorresse alcun atto formale da parte dell'ufficio di investitura) per la parte che potrebbe dirsi pubblicistica (nomina, conferimento delle qualifiche da un lato, investitura nell'ufficio dall'altro) ⁽¹⁵⁾.

La teorica pubblicistica dello stato ottocentesco era ancora incentrata esclusivamente sugli atti e non sulla attività ⁽¹⁶⁾.

(14) La iniziale distinzione tra funzionari e impiegati pubblici (adibiti a mansioni prettamente tecniche ed esecutive) progressivamente scomparve.

(15) Cfr. M.S. GIANNINI, paragrafo n. 3 della voce enciclopedica citata, intitolato "Costruzioni di dottrina e di giurisprudenza".

(16) Nella seconda metà dell'800, le funzioni erano ancora limitate. Con il passaggio ad una pluralità di funzioni e prestazioni, lo Stato prenderà ad articolarsi in strutture sempre più complesse con moltiplicazione dei centri di imputazione e la sovranità a distribuirsi tra diversi Poteri.

L'organizzazione amministrativa degli uffici non si formalizzava in atti o norme, rilevando unicamente i modi di interazione del soggetto pubblico con l'esterno⁽¹⁷⁾. L'attenzione del giurista, dunque, era tutta rivolta agli strumenti (il mandato con rappresentanza, per lo più) attraverso i quali la capacità si estrinsecava e la responsabilità si estendeva nei confronti del cittadino; un diritto domestico, sottratto al Parlamento ed addirittura fuori dalla sfera giuridica⁽¹⁸⁾.

3. Lo statuto del lavoro soggettivamente ed oggettivamente "pubblico"

Nello Stato di diritto amministrativo compiutamente delineatosi, gli uffici amministrativi assumono, sul piano istituzionale ed organizzativo, una rilevanza autonoma dall'apparato di governo politico ed alle loro manifestazioni di volontà si riconosce una forza "esorbitante" rispetto al diritto comune⁽¹⁹⁾. Alle scelte tecniche di distribuzione del lavoro all'interno della organizzazione pubblica si riconosce ora una autonoma considerazione giuridica, anche in relazione alla tutela degli amministratori, a prescindere e prima della sua capacità nei rapporti intersoggettivi. La legittimazione delle diverse parti della organizzazione transita dalla versione pubblicistica della rappresentanza a modello di dimensione del potere⁽²⁰⁾. L'emersione del-

(17) V. MICELI, *La teoria degli organi di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pub.*, 1923, I, p. 361 ss.; G. ORSONI, *Competenza e amministrazione*, Padova, Cedam, 1990, p. 11 ss.; A. PIOGGIA, cit., p. 89; G.B. VERBARI, *L'attività amministrativa (interna) nello stato liberale*, Firenze, Nocchioli.

(18) M. NIGRO, cit., p. 19.

(19) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, sesta edizione 2002 a cura di ENZO CARDI e ALESSANDRO NIGRO, Bologna 2002, p. 25.

(20) Il superamento delle categorie civilistiche per spiegare come lo stato distribuisce tra i suoi uffici i compiti avviene attraverso la configurazione della teoria organica (SANTI ROMANO, *Organi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947). La nozione corrisponde ad una visione assolutistica di immedesimazione del personale con l'amministrazione, in cui non vi è distinzione fra chi esprime la volontà e chi ne è titolare. Si assiste al passaggio dal potere come diritto soggettivo e, quindi, come elemento della capacità di agire, al potere come attribuzione legislativa di strumenti autoritativi per il perseguimento dei fini pubblici. Cfr. G. PASTORI, *Stato*

la dimensione giuridica dell'organizzazione amministrativa, invero, coincide con l'allontanamento del diritto della pubblica amministrazione dal diritto dei privati e determina l'assorbimento della dimensione organizzativa nel diritto pubblico.

La burocrazia professionale cui era riservata la titolarità degli uffici, per buona parte del secolo scorso è stata organizzata secondo un modello (tradizionalmente denominato "pubblico impiego" ⁽²¹⁾) giuridicamente corrispondente ad una ideologia dei poteri di imperio cui ripugnava una relazione paritaria tra il cittadino e lo Stato. I suoi tratti caratteristici obbedivano ai principi generali di legalità, tipicità, procedimentalità, propri dell'attività amministrativa di diritto pubblico (cui si aggiungeva il principio di cittadinanza come condizione imprescindibile per la partecipazione ai pubblici poteri).

In luogo del reciproco consenso, il titolo della relazione giuridica stava nell'atto unilaterale di nomina (che conferisce la qualifica e il posto di ruolo), cui la volontà del dipendente accedeva quale mera condizione esterna di efficacia.

e organizzazione amministrativa in Oreste Ranelletti, in *Dir. amm.*, 1993, p. 41 ss.; A. PIOGGIA, cit., p. 110.

(21) Ci si riferisce alla figura "sedimentatasi" ad opera soprattutto delle seguenti fonti normative: il r.d. 23 ottobre 1853 n. 1611 (concernente l'ordinamento dell'amministrazione centrale dello Stato piemontese); il r.d. 24 ottobre 1866 n. 3306; la l. 25 giugno 1908 n. 290; r.d. 11 novembre 1923 n. 2395 (sull'ordinamento gerarchico delle amministrazioni dello Stato); il r.d. 30 dicembre 1923 n. 2960 (sullo stato giuridico degli impiegati civili dello Stato); lo statuto degli impiegati civili dello Stato approvato con d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 il quale, attraverso richiami, era finito per regolare tutti i rapporti di pubblico impiego; il d.P.R. 3 maggio 1957 n. 686; il d.P.R. 30 aprile 1958, n. 571; la l. 19 ottobre 1959, n. 928; la l. 22 ottobre 1961, n. 1143; il d.P.R. 29 maggio 1962, n. 576; la l. 20 dicembre 1965, n. 1443; la l. 18 marzo 1968, n. 249; la l. 2 aprile 1968, n. 482. In dottrina, cfr.: MONTUORI, *La riforma della pubblica amministrazione in Italia*, Milano, Giuffrè, 1917; A.C. JEMOLO, *L'ordinamento della burocrazia nel decreto 11 novembre 1923*, n. 2355, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, p. 165 ss.; O. RANELLETTI, *Le categorie del personale di servizio dello Stato*, in *Foro it.*, 1938, IV, p. 41; A. DE VALLES, *Le caratteristiche soggettive del rapporto di impiego pubblico*, in *La Magistratura del lavoro*, 1939, p. 9; G. SANTANIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, in *Corr. amm.*, 1960, p. 194; D'ABBIERO, *L'atto formale di nomina nel rapporto di pubblico impiego*, in *Riv. giur. lav.*, 1960, p. 586; P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, Milano, 1970; M. COLACITO, (VOCE) *Impiego statale*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, Giuffrè, 1970; M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978; S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 1983.

La disciplina del rapporto, ricca di disposizioni di maggior favore rispetto alla disciplina del lavoro privato (onde preservare l'imparzialità del funzionario), era unilaterale e di esclusiva fonte legale anche per quanto riguarda la misura delle retribuzioni, indennità e altri compensi.

Anche gli atti unilaterali (non normativi) di gestione del personale erano regolati dal diritto pubblico. Le vicende del rapporto erano, in particolare, l'effetto di provvedimenti amministrativi in cui la manifestazione di volontà datoriale era formalizzata in chiave procedimentale e cristallizzata nell'atto di inquadramento (aspettative, congedi, distacchi, comandi, missioni).

Il sistema di progressione verticale era rigido e si articolava in appositi procedimenti di scrutinio, o per anzianità, o per anzianità congiunta al merito. Si prevedeva, per il passaggio dalle qualifiche inferiori a quelle superiori, un esame-concorso. Con inversione rispetto al principio stabilito dall'art. 2103 c.c. per il rapporto di lavoro privato, l'esercizio di mansioni di una qualifica superiore rispetto a quella in cui si era iscritti per nomina o per promozione non comportava il passaggio alla diversa qualifica o gruppo⁽²²⁾.

Erano normativamente prefigurate sia le infrazioni discipli-

(22) Con il d.P.R. n. 3/1957 n. 3 si tentò di riorganizzare il sistema del personale statale nella prospettiva delle attenuazioni del regime eccessivamente gerarchizzato. Il nuovo inquadramento prevedeva quattro carriere (direttiva, di concetto, esecutiva, personale ausiliario) e nell'ambito di ciascuna di esse era prevista una graduazione di qualifiche cui avrebbero dovuto corrispondere distinte mansioni e responsabilità ma il cui numero eccessivo e la difficile diversificazione non sortì gli effetti sperati. Seguirono, infatti, le ulteriori modifiche operate dalla l. 19 ottobre 1959 n. 928 e dalla l. 22 ottobre 1961 n. 1143: cfr. P. VIRGA, cit., 1970, p. 103; C. VIDETTA, (voce) *Pubblico Impiego*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, appendice di aggiornamento, Torino, Utet, p. 327. Il successivo sistema, introdotto con la legge 11 luglio 1980 n. 312, prevedeva qualifiche funzionali disposte in ordine crescente dalla prima alla ottava, alle quali corrispondeva un determinato livello retributivo, comprendenti al suo interno diversi profili professionali individuati in base alla prestazione, responsabilità ed autonomia. Alla progressione gerarchica tramite promozione si sostituì, dunque, una progressione meramente economica all'interno della stessa qualifica, mentre il passaggio da una qualifica all'altra necessitava del superamento di pubblico concorso. Cfr. G. D'ALESSIO, *L'inquadramento e la carriera nei settori pubblico e privato*, in G. CECORA, C. D'ORTA (a cura di), *La Riforma del pubblico impiego*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 237 ss.

nari ed il relativo procedimento, sia gli eventi al cui avverarsi è ricollegata l'estinzione del rapporto (limiti di età, di servizio, inabilità fisica, soppressione di uffici o riduzione di posti di organico, provvedimenti disciplinari, dimissioni volontarie), conferendo al lavoro pubblico un connotato di estrema "stabilità".

Sussisteva una netta separazione tra due serie coordinate di atti, entrambi retti dal diritto pubblico ⁽²³⁾: la prima (da cui discendeva il rapporto di servizio) disciplinava il conferimento delle qualifiche (quella iniziale con la nomina e quelle successive con le promozioni), i riconoscimenti di anzianità e gli altri atti a contenuto patrimoniale; la seconda (da cui discende il rapporto d'ufficio) determinava l'effetto di formale preposizione del dipendente all'ufficio (incardinazione, assegnazione, investitura). Il rapporto d'ufficio, dunque, non si fondava più né su procure né su deleghe né su mandati, ma su una norma e sugli atti che ne costituivano applicazione.

Il r.d. n. 2840/1923, al fine di evitare controversie sulla natura della posizione soggettiva e quindi sulla regola di riparto, sancì la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle relative controversie. Ciò fu particolarmente rilevante giacché, proprio in questo ambito, si sperimentò principalmente la verificabilità della dimensione organizzativa interna dell'ente ⁽²⁴⁾. Del resto, il giudice amministrativo, fedele alla sua "vocazione" di somministrare una tutela mediata e coordinata a quella dell'interesse pubblico, "alimentava" il regime derogatorio (rispetto al diritto comune) degli atti di gestione del rapporto, qualificandoli tutti indistintamente come atti amministrativi ⁽²⁵⁾ (salvo, col tempo, riconoscere natura "paritetica" agli atti di gestione a contenuto prettamente patrimoniale, come la determinazione della misura di compensi), riconoscendo la natura di

(23) La distinzione rilevava soprattutto rispetto ai soggetti, titolari dell'ufficio, la cui attività è imputata direttamente all'organo e, quindi, per il tramite di quest'ultimo, all'ente.

(24) Cfr. Cons. Stato n. 206/1983: il pubblico dipendente ha interesse ad impugnare i provvedimenti che incidono sulle modalità di prestazione del servizio al quale è adde-

(25) S. BATTINI, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 126.

potestà pubblica a manifestazioni tradizionalmente incluse nella dinamica sinallagmatica dell'incontro di volontà.

I rapporti tra politica ed amministrazione rispondevano al modello della responsabilità ministeriale⁽²⁶⁾. Il ministro era, oltre che organo politico responsabile dinnanzi al Parlamento, organo burocratico sovraordinato rispetto a tutti gli altri uffici amministrativi; la sua sfera di competenza inglobava tutte le funzioni degli uffici chiamati a eseguire professionalmente le sue decisioni, consentendogli un potere di diretto intervento in tutti gli affari. Il maggiore presidio della imparzialità del personale burocratico dirigenziale era rappresentato dalla stabilità nel rapporto di ufficio, in contrapposizione alla temporaneità dell'organo politico⁽²⁷⁾. Poca cosa, invero, per salvaguardare l'indipendenza dal vertice politico, considerato il permanere in capo al Ministro dei poteri di avocazione, annullamento e decisione sui ricorsi gerarchici⁽²⁸⁾.

Lo statuto dianzi tratteggiato del pubblico impiego aveva una portata applicativa pressoché generale. Solo gli enti pubblici imprenditoriali intrattenevano rapporti di lavoro di mero diritto privato, in cui erano possibili anche contratti collettivi di lavoro⁽²⁹⁾.

Gli enti pubblici territoriali minori, sebbene qui il regime giuridico ed economico dell'impiego civile statale fosse applicabile soltanto nella misura in cui vi fosse un rinvio da parte del

(26) Introdotto con legge 23 marzo 1853 n. 1483 sul riordinamento dell'amministrazione centrale dello Stato Sardo. L'unificazione amministrativa si ebbe solo con la legge 20 marzo 1865 n. 2248. In dottrina: S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 1983, p. 28 ss.

(27) V. GASPERINI CASATI, cit., 7 ss.

(28) Le cose non migliorarono neppure con il riconoscimento della specialità della funzione dirigenziale rispetto a quella direttiva con attribuzione di uno statuto particolare, ovvero di poteri negoziali e di spesa indipendenti da quella del ministro (d.P.R. 30 giugno 1972 n. 748).

(29) La scelta operata dal legislatore fascista del necessario inquadramento sindacale sia di tali enti sia dei suoi dipendenti, determinò la giurisdizione del giudice ordinario relativamente alle controversie in materia la quale si protrasse anche successivamente alla caduta dell'ordinamento corporativo. Con la l. n. 533/1973, di riforma sul processo del lavoro, si confermò la giurisdizione al giudice ordinario. Cfr. C. VIDETTA, cit., p. 327; S. CASSARINO, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 302.

regolamento alle leggi dello Stato, preferirono consapevolmente modellare il proprio ordinamento sulla corrispondente norma del corpo normativo dell'impiego dello Stato ⁽³⁰⁾.

3.1. Considerazioni di sintesi

Sono sufficienti queste brevi notazioni per comprendere come, nel pubblico impiego, i connotati del rapporto di lavoro risultassero completamente "traslati" nella dimensione della funzione di organizzazione da cui ripetevano fonti e forme giuridiche. La dottrina, non a caso, per illustrare la figura, ricorreva alla teoria del contratto di diritto pubblico ovvero dell'atto unilaterale dell'amministrazione ad effetto bilaterale ⁽³¹⁾.

Si trattava di un modello "funzionalizzato" soprattutto all'esigenza di controllare il modo con cui le amministrazioni spendevano il danaro pubblico. Quella prescelta fu, tuttavia, una scelta non necessitata dall'art. 97 Cost., apparendo anzi (*ex post*), quantomeno sul piano teorico, una vistosa forzatura. E' stato osservato come gli atti di assunzione e governo del personale (compresi gli atti modificativi e quelli estintivi del rapporto e quelli di costituzione, modificazione e soppressione di taluni uffici interni), anche se equiparati quanto al regime giuridico ai provvedimenti amministrativi, non presentassero di questi ultimi i tratti né strutturali né funzionali. Non erano esercizio di una potestà pubblica, perché qualunque soggetto giuridico ha la potestà di organizzare le proprie attività e di costituirsi un'organizzazione in senso oggettivo; neppure erano esercizio di un momento autoritativo del pubblico potere, finalizzato alla

(30) Questo effetto di emulazione è stato spiegato con più ragioni: il giudice amministrativo ricavava dal pubblico impiego (statale) i principi generali della materia; le autorità di controllo erano solite prediligere che gli enti controllati assumessero la normativa statale come modello della propria; la normativa statale era maggiormente completa; contava, inoltre, lo spirito di imitazione che gli enti minori hanno sempre avuto nei confronti dell'ente Stato, per ciò che attiene alle materie relative all'organizzazione. Cfr. M.S. GIANNINI, cit., paragrafo n. 2 della voce enciclopedica citata, intitolato "*Evoluzione del diritto positivo*".

(31) Secondo la ulteriore tesi del diritto civico, la prestazione di lavoro alle pubbliche amministrazioni veniva a realizzare un potere, costituzionalmente previsto, di partecipazione del cittadino all'amministrazione stessa.

cura di un interesse pubblico (trattandosi di interesse strumentale) ⁽³²⁾.

Col tempo, inoltre, si dovette constatare che una organizzazione del lavoro ispirata ad un principio di legalità “forte” si presentava soluzione inefficiente sia per il datore pubblico che per il lavoratore. Per entrambi, la conformazione dettagliata e rigida del rapporto costituiva un “vincolo inestricabile” che impediva sia di eliminare l’inefficiente che di valorizzare il meritevole (si pensi all’inquadramento per carriere che non consentiva una adeguata valorizzazione delle capacità del dipendente e della esperienza acquisita).

La disciplina del rapporto tramite fonti statuali, poi, per quanto numerose e microsettoriali fossero, erano inadeguate a cogliere le specificità di ciascun settore e contesto territoriale. La giungla retributiva e normativa mise in luce come l’impiego pubblico italiano fosse diventato un groviglio di trattamenti nel quale a non trovare realizzazione erano proprio i valori costituzionali dell’art. 97.

4. *La progressiva convergenza degli assetti regolativi: concorso di fonti e sincretismo tra ordinamenti nel lavoro pubblico “privatizzato”*

A partire dalla seconda metà del secolo scorso, prese inizio una lenta e progressiva convergenza tra lavoro pubblico e privato.

Una prima spinta di avvicinamento fu originata dalle iniziative sindacali che consentirono di sommare l’uno (il lavoro pubblico ottiene l’associazionismo sindacale, il diritto di sciopero, l’indennità di fine rapporto, la retribuzione del lavoro

(32) Secondo M.S. GIANNINI (v. paragrafo n. 3 della voce enciclopedica citata, intitolato “Costruzioni di dottrina e di giurisprudenza”) l’opinione, alla cui stregua la potestà di organizzarsi o l’assunzione in servizio di un dipendente sarebbero stati cura di interesse pubblico perché pubblico era il soggetto da cui promanavano, era priva di senso, perché non considerava che, ovunque, le amministrazioni pubbliche esercitano poteri organizzativi e addivengono a contratti (come gli appalti) con finalità organizzative agendo nell’ambito del diritto privato comune.

straordinario, l'assistenza, i primi accordi collettivi trasfusi in leggi o regolamenti ad opera della l. n. 93/1983 ⁽³³⁾) i vantaggi dell'altro (il lavoro privato ottiene il trattamento di quiescenza, le qualifiche, il regime di stabilità con la restrizione dei poteri del datore di lavoro di risoluzione del rapporto, per effetto soprattutto della l. n. 604/1966 e della l. n. 300/1970).

Un secondo fattore è legato, invece, alla evoluzione normativa che, sul finire del secolo scorso, ebbe di mira l'alleggerimento progressivo dell'apparato amministrativo dal suo carico di vincoli sostanziali e procedurali: il nuovo ordinamento delle autonomie locali (l. n. 142/1990), la riforma del procedimento amministrativo (l. n. 241/1990), la limitazione dei controlli preventivi, l'istituzione del difensore civico, le finalità di decentramento, snellimento e semplificazione espresso nel processo di semplificazione e di delegificazione (l. n. 59/1997 e l. n. 127/1997). Si volle, all'epoca, delineare un'amministrazione più vicina alle esigenze del pubblico, più razionale, flessibile ed efficiente anche nel quadro della competizione con i corrispondenti uffici e servizi dei Paesi europei. La crescente utilizzazione dei moduli convenzionali privatistici, il ridimensionamento della legalità formale in luogo della tutela sostanziale, la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni dovevano sostituire, all'agire autoritativo e impositivo, un rapporto nuovo, dialettico e collaborativo, con i cittadini.

Per di più, l'accelerazione dovuta alla crisi dei conti pubblici, l'esigenza di razionalizzare il costo del lavoro ⁽³⁴⁾ pubblico contenendo gli effetti incontrollati della finanza funzionale, imposero un nuovo ruolo per l'amministrazione, non solo rispetto alla Società, ma anche rispetto al Mercato, producendo il fenomeno noto come "privatizzazione" ⁽³⁵⁾.

(33) La legge quadro, tuttavia, non fu né in grado di garantire un più efficace controllo della spesa pubblica né di compiere il voluto allineamento al lavoro privato; a ciò si aggiunse la indubbia complessità dei meccanismi di recepimento a mezzo d.P.R. e la continua invasione delle aree rispettive di competenza tra le leggi e l'accordo.

(34) All'inizio degli anni '90, la spesa per il personale erano quasi un terzo del totale.

(35) F. SALVIA, *Il mercato e l'attività amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 1994, p. 523.

La riforma del pubblico impiego (a partire dal d.lgs. n. 29/1993 emanato in attuazione della delega contenuta nella l. n. 421/1992 ⁽³⁶⁾) è parte di questo “quadro di intervento strutturale”.

L’architettura del progetto riformatore sta nella distinzione tra aspetto organizzativo della pubblica amministrazione, la cui disciplina viene affidata all’indirizzo politico contenuto nella legge ed alla potestà amministrativa, e rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti, attratto nell’orbita della disciplina civilistica per tutti i profili non connessi all’interesse pubblico ed allo strumento della contrattazione collettiva. Attraverso tale nuova dosimetria di fonti regolatrici, il tradizionale statuto del pubblico impiego (la cui denominazione muta in “lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni”), viene abbandonato in favore del rapporto di lavoro subordinato privato con la convinzione che, grazie ai nuovi strumenti gestionali e alla dissoluzione del modello gerarchico (sostituito da ambiti di competenze diverse e coordinate), si sarebbe, meglio che in passato, potuto assicurare il contenuto della prestazione in termini di produttività e di flessibilità più idonei al buon andamento e all’efficienza dell’amministrazione ⁽³⁷⁾.

Tale concorso di fonti determina un peculiare sincretismo tra

(36) Al progetto originario sono seguiti molti interventi di aggiustamento: il d.lgs. n. 546/1993; la l. n. 59/1997 (recante estensione della privatizzazione ai dirigenti generali, semplificazione delle procedure di contrattazione collettiva, riordinamento dell’ARAN, devoluzione al giudice ordinario delle materie residue); il d.lgs. n. 396/1997 (recante modifiche alla disciplina sindacale); il d.lgs. n. 80/1998; d.lgs. n. 387/1998; il d.lgs. n. 247/1993 (in materia di mansioni superiori).

(37) La Corte Costituzionale ha ripetutamente affermato la conformità a Costituzione del mutamento operato sulla natura giuridica del rapporto dei dipendenti pubblici (sentenze n. 313/1996, n. 359/1993 e n. 88/1996). Tra le trattazioni più complete in tema di lavoro “privatizzato” cfr.: S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 1999; M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI, *L’impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1993; A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell’organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, (d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni e integrazioni), in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999; F. CARINCI, M. D’ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2000; G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Milano, 2007.

gli ordinamenti pubblico e privato (precedentemente, sia il rapporto di ufficio che quello di servizio erano regolati dal diritto pubblico). Difatti, se in termini astratti, è nitida la distinzione tra organizzazione (per tale intendendosi la definizione del tipo di apparato strumentale, la distribuzione dei compiti e le relazioni giuridiche tra gli uffici) e gestione del rapporto (per tale intendendosi l'esercizio del potere datoriale meramente conformativo della prestazione di lavoro), vi è, tuttavia, una ampia serie di atti che hanno contemporaneamente rilievo sia sul piano della articolazione che sul piano intersoggettivo (sul punto si rinvia alle riflessioni *sub* paragrafo 4.4).

A ciò si aggiunge che, mentre nella disciplina del pubblico impiego era il "lavoro" (ovvero il "rapporto di servizio" che ne era la sua declinazione autoritativa) ad essere attratto nella disciplina pubblica della organizzazione, ora è un parte dell'organizzazione ad essere attratta al diritto privato: gli uffici interni (ossia quelli la cui attività non impegna l'amministrazione sul piano dell'ordinamento generale) sono, infatti, "privatizzati" e retti da un atto negoziale.

4.1. *Le fonti del rapporto di lavoro tra privatizzazione e contrattualizzazione*

L'equiparazione di regime giuridico con il lavoro subordinato nell'impresa non è stata totale perché, accanto all'area del diritto del lavoro "comune" ⁽³⁸⁾ a tutti i lavoratori pubblici e pri-

(38) Occorre ricordare che il legislatore aveva inizialmente ricondotto al diritto privato praticamente tutte le materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali (art. 2, co. 2 e 3, e art. 40, co. 1, d.lgs. 165/2001; v. anche art. 11, co. 4, lett. a), l. 59/1997), tranne sette materie elencate nell'art. 2, co. 1, lett. c), della l. delega 421/1992 (le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative; gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; i principi fondamentali di organizzazione degli uffici; procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva; la garanzia della libertà d'insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca; la disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra l'impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici) che avrebbero dovuto restare regolate esclusivamente con atti normativi

vati, permangono numerosi aspetti di specialità, rilevanti per il diritto amministrativo perché strettamente legati ai profili organizzativi ovvero al perseguimento di interessi generali: le procedure selettive, la contrattazione collettiva, la disciplina delle mansioni, l'esercizio del potere disciplinare, la responsabilità erariale, il diritto di accesso, la dirigenza, l'esclusione del regime di libera recedibilità del dirigente pubblico⁽³⁹⁾, la disciplina delle incompatibilità e del cumulo di impieghi e degli incarichi, la definizione di un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni pubblicato nella Gazzetta Ufficiale (sul versante processuale, la possibilità per il dipendente pubblico di avvalersi del più efficace rimedio della ottemperanza innanzi al giudice amministrativo⁽⁴⁰⁾).

Alla "privatizzazione" della disciplina normativa, si accompagna la "contrattualizzazione" del titolo individuale la quale conferma la scelta del legislatore di trasformare la natura giuridica dei rapporti stessi. La prestazione e le condizioni contrattuali del lavoro pubblico trovano la loro origine, non più in una formale investitura, bensì nell'avere il singolo dipendente accettato che il rapporto di lavoro si instauri (e prosegua) secondo regole definite, almeno in parte, nella sede della contrattazione collettiva.

L'equiparazione del regime giuridico sostanziale a quello dei privati, la regolamentazione su base contrattuale del rapporto, postulando la parità giuridico-formale delle parti e la gestione delle vicende del rapporto mediante atti negoziali (promozione, trasferimenti, licenziamenti), ha trovato poi naturale completamento con la devoluzione del contenzioso alla cognizione del giudice delle liti tra privati.

o amministrativi.

(39) Cass., sez. lav., n. 2233/2007 secondo cui: la illegittimità del recesso dal rapporto di lavoro di una p.a. con un dirigente comporta l'applicazione, al rapporto fondamentale sottostante, della disciplina dell'art. 18 l. n. 300/1970, con conseguenze reintegratorie, a norma dell'art. 51, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, mentre all'incarico dirigenziale si applica la disciplina del rapporto a termine sua propria.

(40) Si ricordi, inoltre, che la l. n. 300/1970, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti.

4.2. Caratteri e ambiti della contrattazione collettiva

La delegificazione della disciplina del lavoro pubblico si è realizzata attraverso la sua regolazione negoziata tra le parti sociali, ritenuta maggiormente in grado di assicurare trasparenza e massimizzazione delle reciproche utilità ⁽⁴¹⁾. Di essa interessa qui sottolineare natura giuridica e ambito operativo.

In luogo del modello di contrattazione informale, radicato nel settore del lavoro privato, l'autonomia collettiva può svolgersi soltanto all'interno di un "modello legale" di contrattazione strutturato su due livelli (nazionale e decentrato da svolgersi sulle materie e nel rispetto dei limiti nazionali) dove, eliminata la fase pubblicistica di recepimento in un regolamento, sono disciplinati i soggetti, l'oggetto, i livelli, le procedure, gli effetti, gli strumenti e le tecniche di controllo. È stato osservato come, curiosamente, alla delegificazione della disciplina del rapporto di lavoro, si sia accompagnata la legificazione delle fonti collettive ⁽⁴²⁾.

I tratti del tutto peculiari della contrattazione collettiva, che non trovano adeguata spiegazione nelle ricostruzioni privatistiche dell'autonomia collettiva, non consentono di assimilarlo a quello "di diritto comune" ed, anzi, lo rendono più facilmente collocabile tra le fonti del diritto ⁽⁴³⁾. Si pensi all'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo (desumibile *in primis* dal principio di parità di trattamento, ma anche effetto naturale della rappresentanza legale, attribuita all'Agenzia per la rappresentanza

(41) Il riconoscimento, a tutto campo, della contrattazione, nel vigente ordinamento dell'impiego pubblico doveva servire a razionalizzare il costo del lavoro pubblico ed a puntellare le carenze istituzionali ed organizzative delle amministrazioni pubbliche, con il consenso "contrattualizzato" delle rappresentanze dei dipendenti, aderenti alle grandi Confederazioni sindacali: cfr. M. RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1996, p. 245 e ss.

(42) Sul tema, M. RUSCIANO, *Contratto, contrattazione e relazioni sindacali nel "nuovo" pubblico impiego*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, p. 97; A. MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1996, p. 183 e ss.

(43) Cfr. M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 2003.

negoziale delle amministrazioni pubbliche, la cui composizione burocratica ed autonomia normativa e finanziaria doveva garantire l'assenza di influenze politiche); al meccanismo di delegificazione del diritto pubblico, previsto dall'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, in base al quale si riconosce, attraverso il rinvio mobile, al contratto collettivo la forza di abrogare disposizioni di legge o di regolamento contenenti discipline dei rapporti di lavoro limitate ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche⁽⁴⁴⁾; la pubblicazione dei contratti nazionali sulla Gazzetta Ufficiale; la recente introduzione del ricorso per Cassazione anche per violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali; il procedimento di "interpretazione autentica" che vincola l'accertamento del Giudice e lo fa secondo un meccanismo, che assomiglia assai più all'efficacia retroattiva della legge di interpretazione autentica, che a quella del negozio di accertamento⁽⁴⁵⁾. La generalità dell'efficacia, per cui, rispetto al contratto collettivo, non ci sono "terzi" tra i lavoratori del comparto di riferimento, è il chiaro riflesso della "oggettività" dell'ordinamento di settore, prefigurato dall'autonomia sindacale⁽⁴⁶⁾. L'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 165/2001, che rimette al contratto collettivo la disciplina dei rapporti individuali di lavoro, è una norma sulla produzione giuridica, contenente un rinvio "mobile" alle norme collettive, presenti e future, poste in essere da soggetti a tanto abilitati dalla legge e con i procedimenti da essa previsti. Le norme contrattuali, dunque, non forniscono il contenuto normativo ad una disposizione "in bianco", che determina il sorgere di corrispondenti norme del diritto oggettivo (meccanismo, questo, adottato

(44) Il CCNL sono il fatto abrogativo della disciplina futura di fonte legale avente natura dispositiva per previsione legale. In dottrina, V. SPEZIALE, *La deroga della legge, del regolamento e dello statuto da parte del contratto collettivo*, in F. CARINCI F., D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario*, cit., p. 257 e ss.

(45) G. AMOROSO, *L'interpretazione del contratto collettivo*, in *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza*, n. 1 (gennaio-giugno 2004), p. 10 ss.

(46) Anche l'introduzione di norme sulla selezione degli agenti negoziali è coerente con l'attribuzione, alla contrattazione collettiva, di un vero e proprio potere normativo. Cfr. L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo nel lavoro pubblico*, in *Scritti in memoria di M. D'Antona*, Milano, 2004.

dalla l. n. 741/1959), ma compongono esse stesse l'ordinamento, perché la norma rinviante, quale norma sulle fonti, attribuisce ad esse la forza della produzione giuridica. Si è in presenza di una fonte extrastatuale, che si impone appunto *ab extra*, con carattere di imperatività e autoritarità (si pensi, per un caso simile, alle norme immesse in forza dell'ordine di esecuzione di un Trattato internazionale) ⁽⁴⁷⁾.

Sotto altro profilo, sebbene secondo l'impianto originario (art. 2, comma 3, e art. 40, comma 1, d.lgs. n. 165/2001) la materia devoluta alla contrattazione collettiva avrebbe dovuto incentrarsi esclusivamente sul rapporto di lavoro e sulle relazioni sindacali, la prassi applicativa e talune espressioni del legislatore (è presumibile, senza alcuna consapevolezza) hanno ingenerato l'equivoco di una sorta di parallelismo tra "ambito della contrattazione collettiva" e "privatizzazione" che ha comportato l'inevitabile "sconfinamento" della prima nella sfera della funzione di organizzazione.

In particolare, l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, rimettendo alle disposizioni di legge (peraltro limitatamente alla definizione di principi generali) soltanto le linee fondamentali di organizzazione degli uffici di maggior rilevanza, ha collocato il discrimine tra ordinamento pubblicistico e privatistico non più in corrispondenza della (peraltro, difficoltosa) demarcazione tra organizzazione degli uffici e gestione del rapporto ma sul crinale più sottile che distingue l'organizzazione degli uffici esterni

(47) È doveroso ricordare la differente opinione della Suprema Corte secondo cui, per quanto l'art. 64 del d.lgs. 165 del 2001, nell'ambito dello speciale procedimento di accertamento pregiudiziale ivi disciplinato, attribuisca alla Corte di cassazione un potere-dovere di interpretare direttamente i contratti o accordi collettivi nazionali dei pubblici dipendenti e per quanto l'art. 63 dello stesso decreto stabilisca che, nelle controversie dei dipendenti pubblici, il ricorso per cassazione può essere proposto anche per violazione e falsa applicazione dei contratti e degli accordi collettivi nazionali, di cui all'art. 40 del medesimo decreto, ciò non è ricollegabile alla natura delle clausole da interpretare, in quanto a tali disposizioni contrattuali non è possibile riconoscere forza e valore di norme giuridiche secondarie, trattandosi di disposizioni, che trovano la loro fonte nella volontà delle parti collettive che le stipulano; dalla natura negoziale dei contratti collettivi dei pubblici dipendenti discende che l'interpretazione di tali atti debba avvenire secondo i criteri di cui agli artt. 1362 ss. c.c. e non a norma degli artt. 12 e 14 disp. prel. (cfr. Cass. n. 5892/2005).

(macro) da quella degli uffici interni (micro). Tale disposizione, unitamente alla possibilità per i contratti collettivi nazionali di disciplinare i rapporti sindacali e gli istituti di partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro (art. 9 d.lgs. n. 165/2001 vecchia formulazione), ha “di fatto” determinato un correlativo incremento dell’area di competenza della contrattazione collettiva (e, correlativamente, della giurisdizione ordinaria), legittimando ancor più la convinzione che la partecipazione condotta dalla dirigenza poteva ben condurre ad un accordo vincolante per l’ente.

4.3. *Le fonti dell’organizzazione pubblica: degradazione e delegificazione*

L’organizzazione degli apparati strumentali alle attività di governo statali rientra nella potestà esclusiva dello Stato, salvo delega (la riforma del Titolo V della Costituzione ha introdotto un nuovo assetto delle competenze normative in tema di organizzazione amministrativa degli enti minori).

L’art. 97 Cost. regola i rapporti tra Parlamento e Governo nei termini di assicurare al primo la possibilità di stabilire i confini tra legge, regolamento ed atto amministrativo ⁽⁴⁸⁾. A dispetto della tradizionale lettura della norma costituzionale (secondo cui sarebbe riservata alla legge la disciplina degli uffici di maggiore rilevanza, competenti ad esprimere all’esterno la volontà dell’ente) ⁽⁴⁹⁾, le fonti del potere di organizzazione conoscono oggi una gradazione distinta per livelli che contempla atti normativi (leggi, regolamenti), atti non normativi (provve-

(48) Cfr. D. SORACE, cit., p. 233, secondo cui il Parlamento ha il potere di decidere in quale misura delegare al governo il potere di provvedere. La riserva di legge assoluta, contenuta all’art. 95, secondo l’opinione dello stesso autore, riguarda specificatamente i soli apparati preposti alla definizione dell’indirizzo politico. Autorevole dottrina (M. NIGRO, *Studi*, cit.), come è noto, ha individuato nell’art. 97 Cost. una riserva di amministrazione, in base alla quale ogni pubblica amministrazione ha il potere naturale di auto-organizzarsi in vista del perseguimento dei propri fini.

(49) v. Corte cost. n.14/1962; Corte cost. n.221/1976 riconosce che le competenze possano stabilirsi con regolamento.

dimenti amministrativi) e, finanche, atti negoziali (atti di gestione del datore pubblico).

Le principali fonti primarie, in tema di amministrazione statale, sono il d.lgs. n. 300/1999 (recante la riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 della l. n. 59/1997) ed il d.lgs. n. 165/2001 (recante le norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche). La legge definisce l'apparato strumentale solo in termini di principi generali senza scendere al di sotto degli uffici di vertice, per quanto anche quelli sotto ordinati (divisioni e sezioni) emanino atti a sicura rilevanza esterna. La restante gran parte della organizzazione (anche degli uffici i cui effetti si riverberano all'esterno) sono retti da fonti secondarie e da atti non normativi ⁽⁵⁰⁾.

In particolare, dispone la legge che i Ministeri si articolano in strutture di primo livello: dipartimenti ⁽⁵¹⁾ ovvero direzioni generali. I primi, costituiti per assicurare l'esercizio organico ed integrato delle funzioni del ministero, hanno compiti finali concernenti grandi aree di materie omogenee e i relativi compiti strumentali di indirizzo e coordinamento delle unità di gestione in cui si articolano i dipartimenti stessi ⁽⁵²⁾. Il capo del dipartimento ⁽⁵³⁾ svolge compiti di coordinamento, direzione e controllo degli uffici di livello dirigenziale generale (che da lui dipendono funzionalmente) compresi nel dipartimento stesso, al fine di assicurare la continuità delle funzioni dell'amministrazione ed è responsabile dei risultati complessivamente raggiunti dagli uffici da esso dipendenti, in attuazione degli indirizzi del

(50) L'attuale assetto è conforme all'opinione dottrinale secondo la quale la legge deve provvedere solo alla individuazione delle attribuzioni (G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 112) nonché dei principi e criteri di organizzazione (A. PIOGGIA, *cit.*, p. 221).

(51) Nei Ministeri in cui le strutture di primo livello sono costituite da dipartimenti non può essere istituita la figura del segretario generale. Nei Ministeri organizzati in dipartimenti l'ufficio del segretario generale, ove previsto da precedenti disposizioni di legge o regolamento, è soppresso ed i compiti attribuiti a tale ufficio sono distribuiti tra i capi dipartimento (art. 3 d.lgs. n. 300/1999).

(52) Cfr. art. 5 d.lgs. n. 300/1999.

(53) Prescelto in conformità alle disposizioni, di cui all'articolo 19 del d.lgs. n. 29/1993, e successive modificazioni ed integrazioni.

ministro; lo stesso determina i programmi per dare attuazione agli indirizzi del ministro ed alloca le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili. Nei Ministeri, invece, in cui le strutture di primo livello sono costituite da direzioni generali può essere istituito l'ufficio del segretario generale che opera alle dirette dipendenze del Ministro. Questi assicura il coordinamento dell'azione amministrativa, provvede all'istruttoria per l'elaborazione degli indirizzi e dei programmi di competenza del Ministro, coordina gli uffici e le attività del Ministero, vigila sulla loro efficienza e rendimento e ne riferisce periodicamente al Ministro ⁽⁵⁴⁾.

L'organizzazione, la dotazione organica ⁽⁵⁵⁾, l'individuazione degli uffici di livello dirigenziale generale ed il loro numero, le relative funzioni e la distribuzione dei posti di funzione dirigenziale, l'individuazione dei dipartimenti, nei casi e nei limiti fissati dalle disposizioni del presente decreto legislativo, e la definizione dei rispettivi compiti, sono invece disciplinati con regolamenti di delegificazione (ai sensi dell'art. 4 d.lgs. n. 300/1999) ⁽⁵⁶⁾.

La legge prevede anche strutture svolgenti attività a carattere tecnico-operativo di interesse nazionale, prima esercitate da ministeri ed enti pubblici, denominate agenzie. Esse operano al servizio delle amministrazioni pubbliche, comprese anche quel-

(54) Art. 6, d.lgs. n. 300/1999.

(55) L'art. 6, d.lgs. n. 165/2001, conferma che per le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, nell'individuazione delle dotazioni organiche si applica l'articolo 17, comma 4-bis, della l. n. 400/1988. La distribuzione del personale dei diversi livelli o qualifiche previsti dalla dotazione organica può essere modificata con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del ministro competente di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, ove comporti riduzioni di spesa o comunque non incrementi la spesa complessiva riferita al personale effettivamente in servizio al 31 dicembre dell'anno precedente. Lo strumento principale, in tema di risorse da destinare alla provvista di personale, è ovviamente la legge di bilancio.

(56) Emanati ai sensi dell'articolo 17, comma 4-bis, della l. n. 400/1988 tra i cui criteri da osservare è contemplata la previsione lett. e) di decreti ministeriali di natura non regolamentare per la definizione dei compiti delle unità dirigenziali nell'ambito degli uffici dirigenziali generali". Trattandosi di atti aventi riflessi sull'organizzazione del lavoro o sullo stato giuridico dei pubblici dipendenti, si richiede siano sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative.

le regionali e locali ⁽⁵⁷⁾. Ma anche qui, solo con regolamenti di delegificazione ⁽⁵⁸⁾ sono emanati gli statuti contenenti l'organizzazione (art. 8, d.lgs. n. 300/1999).

Alla fonte regolamentare è rimessa anche l'organizzazione della Prefettura-Ufficio territoriale del Governo (la quale assicura l'esercizio coordinato dell'attività amministrativa degli uffici periferici dello Stato e garantisce la leale collaborazione di detti uffici con gli enti locali: art. 11, d.lgs. 30 luglio 1999 n. 300) e lo statuto degli enti pubblici nazionali (cfr. d.lgs. n. 419/1999 recante il riordinamento del sistema degli enti pubblici nazionali, a norma degli articoli 11 e 14 della l. n. 59/1997).

All'individuazione degli uffici di livello dirigenziale non generale di ciascun ministero e alla definizione dei relativi compiti, nonché alla distribuzione dei predetti uffici tra le strutture di livello dirigenziale generale, si provvede con decreto ministeriale di natura non regolamentare ⁽⁵⁹⁾.

Anche il decreto legislativo n. 165/2001 è nel segno della valorizzazione dell'autonomia organizzativa, rimettendo alla legge solo le regole organizzative di principio e, per il resto, facendo leva sulla capacità di adattarsi delle singole amministrazioni ⁽⁶⁰⁾. Sulla base dei principi generali fissati nelle disposizioni di legge e regolamentari, le amministrazioni pubbliche definiscono, mediante propri atti organizzativi, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi, determinano le dotazioni organiche complessive (art. 2, d.lgs. n. 165/2001). La funzione di organizzazione si ripartisce tra i seguenti centri di competenza (che riflettono il principio di

(57) Le agenzie hanno piena autonomia nei limiti stabiliti dalla legge e sono sottoposte al controllo della Corte dei conti, ai sensi dell'articolo 3, comma 4, della legge n. 20/1994. Sottostanno ai poteri di indirizzo e di vigilanza di un ministro.

(58) Emanati ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della l. n. 400/1988.

(59) Art. 4, comma 4, d.lgs. n. 300/1999. Vedi, peraltro, che con atto non regolamentare il Presidente del Consiglio dei Ministri individua le aree funzionali omogenee da affidare alle strutture di dirigenza generale (art. 7 d.lgs. n. 303/1999 n. 303).

(60) Soprattutto a seguito delle modifiche operate con d.lgs. n. 80/1998; la previgente stesura del d.lgs. n. 29/1993 lasciava alle fonti del diritto oggettivo un ruolo preponderante.

separazione tra indirizzo e gestione). Agli organi di governo spetta di individuare le risorse umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale, nonché di provvedere alle nomine, designazioni ed atti analoghi ad essi attribuiti da specifiche disposizioni ⁽⁶¹⁾ (art. 4, d.lgs. n. 165/2001). Ai dirigenti spetta (con capacità e poteri di diritto privato), nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi generali, di adottare le determinazioni per l'organizzazione degli uffici (di minore rilevanza) e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro.

La descritta degradazione delle fonti (tre ordini decrescenti di fonti pubblicistiche), accompagnata da una marcata delegificazione (distribuzione dei compiti tramite atti privatistici), risponde alla volontà di una articolazione di competenze più flessibile rispetto alle esigenze dell'azione. In altre parole, se il concorso di fonti originariamente prefigurato dall'art. 97 Cost. era in funzione del bilanciamento tra poteri, quello inverteosi nel diritto positivo vuole garantire, attraverso strumenti di regolazione meno rigidi, il buon andamento della pubblica amministrazione. La recessività del concetto classico di competenza ⁽⁶²⁾, intesa come predeterminazione normativa certa e stabile della regola di distribuzione dei compiti, delle aree di intervento e dei poteri degli organi, si giustifica per il fatto che evidentemente la sua fissazione con atto normativo è avvertita come ostacolo allo svolgimento delle attività piuttosto che come garanzia di legalità. Deve, tuttavia, ritenersi, ma il discorso non può essere svolto in questa sede, che debba comunque soggiacere al principio di riserva di legge e tipicità, la regola di distri-

(61) Ad essi spettano inoltre, le decisioni in materia di atti normativi e l'adozione dei relativi atti di indirizzo interpretativo ed applicativo; la definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione; la definizione dei criteri generali in materia di ausili finanziari a terzi e di determinazione di tariffe, canoni e analoghi oneri a carico di terzi; le richieste di pareri alle autorità amministrative indipendenti ed al Consiglio di Stato; gli altri atti indicati dal presente decreto.

(62) Che pure si manifesta negli istituti della conferenza servizi, degli accordi di diritto pubblico, delle convenzioni tra agenzie e ministero.

buzione tra gli uffici delle competenze aventi effetto limitativo della sfera giuridica degli amministratori.

4.4. *Il potere negoziale “imparziale” nell’organizzazione degli uffici pubblici*

Nel diritto pubblico, la sfera di attività è generalmente identificata da una norma, la cui funzione è quella di rendere la regola di organizzazione (in particolare, la distribuzione dei compiti con rilevanza esterna e la predeterminazione delle modalità di svolgimento) vincolante per l’amministrazione e rilevante per i terzi. La nozione tradizionale di competenza risponde ad una garanzia radicata soprattutto all’agire autoritativo della pubblica amministrazione. Tale rilevanza della dimensione regolatoria (come osservato nelle prime pagine) non sussiste per le decisioni private di razionalizzazione della struttura ⁽⁶³⁾.

L’utilizzo della capacità negoziale per le determinazioni concernenti l’organizzazione degli uffici (l’art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 oltre a conferire potere organizzativo contiene una precisa qualificazione degli atti collocando il potere privato in sequenza discendente rispetto alle fonti pubblicistiche) si colloca sul versante fenomenico della “oggettivazione” della pubblica amministrazione dove a rilevare non è il soggetto dotato di potere ma l’aspetto oggettivo della funzione ⁽⁶⁴⁾; una funzione amministrativa non ordinata ad interessi soggettivati nelle istituzioni ma al perseguimento di fini determinati dalla legge in cui l’interesse pubblico perde connotazione soggettiva per divenire il fine di una azione che si esplica nella organizzazione imparziale degli interessi ⁽⁶⁵⁾.

Senza dubbio, l’art. 97 Cost. non contiene una riserva di fonte pubblicistica in materia di organizzazione, ovvero non si ri-

(63) A. PIOGGIA, cit., p. 9 e 30. La stessa autrice osserva come la rilevanza esterna della regola di distribuzione sia in funzione di un sistema di regole e garanzie.

(64) G. ROSSI, *Diritto e pubblico privato nell’attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. Pub.*, 1998, p. 661.

(65) G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e auto amministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, II, p. 1035.

chiede la natura unilaterale e pubblicistica di tutte le fonti di organizzazione (⁶⁶). Tuttavia, l'erosione dei caratteri della specialità pubblicistica e la propensione dell'ordinamento alla libertà formale al fine di incrementare efficienza e *standard* qualitativi (esigenza quest'ultima ritenuta oggi prevalente sulla predeterminazione imparziale delle regole organizzative), impone di verificare quali siano le ricadute effettive dell'incursione del diritto privato "all'interno" della organizzazione degli uffici e del personale, accertandone, eventualmente anche i limiti, ogni qual volta le garanzie pubblicistiche non siano "traducibili" nel regime negoziale.

Nella impostazione maggiormente seguita (soprattutto dalla giurisprudenza di cui si darà conto più specificatamente nel paragrafo 4.6. in tema di conferimento di incarico dirigenziale), sussiste una radicale separazione tra la sfera di macro organizzazione della pubblica amministrazione, nella quale si esprime con pienezza (in termini di sovraordinazione) la posizione peculiare che nell'ordinamento ha il soggetto pubblico, e la restante gestione del personale e degli uffici, improntata esclusivamente a principi privatistici. La dirigenza, in questo quadro ricostruttivo, sarebbe titolare di posizioni soggettive tra loro non interferenti, essendo tenuta a spendere la capacità pubblica per adottare ogni determinazione amministrativa rispondente al pubblico interesse (potere di amministrazione); ed i poteri del privato datore di lavoro, per assumere le determinazioni inerenti l'organizzazione degli uffici di minore rilevanza e la gestione dei rapporti di lavoro (potere di gestione). Il discrimine tra fonti ed ordinamenti coinciderebbe, a questa stregua, con la distinzione tra l'organizzazione dei compiti esterni (in cui si inverte l'attività giuridica dell'apparato sul piano dell'ordinamento generale) e quella dei compiti interni materiali (il cui rilievo giuridico sarebbe, per contro, circoscritto alla relazione di servizio tra datore e lavoratore e rispetto ai quali sarebbe inapplicabile l'intera normativa sul procedimento amministrativo così come ogni altro vincolo di funzionalizzazione al pubblico interesse

(66) v. Corte cost. n. 313/1996.

(⁶⁷))

Tanto premesso, deve in primo luogo osservarsi che l'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001, nel rimettere alla fonte pubblicistica la individuazione degli "uffici di maggiore rilevanza", non rende affatto sicuri che con tale espressione abbia inteso riferirsi alla nozione di organo esterno (ossia l'unità di lavoro abilitata ad adottare atti imputabili alla p.a.) (⁶⁸). Il dubbio cresce se solo si pensa alla figura del dirigente generale che, collocandosi al vertice di complessi organizzativi composti da pluralità di organi con compiti ad effetti esterni, solo in via residuale opera come organo di relazione, caratterizzandosi per lo più come organi di direzione di dirigenti (con deleghe ed affidamenti di progetti). In tal caso, appare poco plausibile ritenere che il potere privato di organizzazione (previsto dall'art. 5, comma 2, citato, senza distinguere in merito alla qualifica dirigenziale) sia circoscritto ai soli uffici interni (⁶⁹).

Secondo una tesi, l'art. 97, comma 2, Cost. (secondo cui "*nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità dei pubblici funzionari*"), impone un contenuto necessario a tutte le regole organizzative per le quali, a prescindere dal tipo di fonte, sussista un interesse rilevante dei terzi. Cosicché, stante il carattere "bipolare" della organizzazione privata e la sua inidoneità a definire una regola di competenza dalla cui violazione possano essere protetti soggetti terzi (⁷⁰), tale dottrina ritiene di rinvenire, nei

(67) La capacità negoziale del datore privato concernerebbe, dunque, solo quell'area organizzativa interna che non interferisce con l'ambito delle attività amministrative: cfr. ORSI BATTAGLINI – A. CORSACI, in A. CORSACI – M. RUSCIANO – L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 1069.

(68) Puntuali le notazioni di A. PIOGGIA, cit., p. 253.

(69) Analoghe deduzioni possono trarsi dall'art. 8, 4 comma, lett. e), d.lgs. 30 luglio 1999 n. 300.

(70) L'impostazione presuppone che sia possibile verificare il profilo non solo dei limiti negativi ma anche delle finalità positive dell'atto di organizzazione solo se quest'ultimo è espressione di potestà pubblica e non di autonomia negoziale. Difatti, ad esempio, per il terzo le regole negoziali di distribuzione dei compiti sono ineccepibili. L'atto privato di organizzazione potrebbe esprimere la funzione tecnica e giuridica ma non quella pubblicistica di predeterminazione delle finalità future come riflesso della distribuzione di interessi.

suddetti casi, una opzione costituzionale per la regolazione con strumenti pubblicistici del contenuto obbligatorio (ovvero, competenza, attribuzioni, responsabilità) della regola di organizzazione⁽⁷¹⁾; difatti, solo la fonte pubblicistica è in grado di conferire rilevanza agli interessi terzi di imparzialità e ragionevolezza⁽⁷²⁾. La linea di confine tra fonte pubblicistica e fonte privatistica non andrebbe ricercata nella distinzione tra ufficio interno ed ufficio esterno (del resto, sussiste un livello di organizzazione esterna non suscettibile di incidere sulla cura degli interessi pubblici), bensì in relazione alla nozione di “competenza funzionale”: la fonte pubblicistica, cioè, sarebbe costituzionalmente necessitata ogni qualvolta la regola di organizzazione esprime una relazione qualitativa fra l’attribuzione di un certo compito ad una frazione dell’apparato ed il modo in cui verrà perseguito l’interesse pubblico rilevante per i terzi⁽⁷³⁾.

La suggestiva ipotesi appena riferita deve però tener conto anche della seguente considerazione.

La recente evoluzione normativa testimonia come, anche nel lavoro pubblico, corpi di norme, originariamente distinti e giustapposti, stiano confluendo all’interno di un quadro regolatorio dove il materiale normativo risulta reciprocamente “contaminato” e il confine tra ordinamento pubblico e privato sempre più indefinito. L’art. 1 della legge n. 241/1990 (comma modificato dall’articolo 1 della l. n. 15/2005) prevede che la pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato. Ai sensi dell’art. 1-ter i soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1 (ovvero i criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, pubblicità trasparenza nonché principi dell’ordinamento comunitario)⁽⁷⁴⁾. I principi di ragionevolezza e non contraddizione

(71) A. PIOGGIA, cit. p. 232.

(72) C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubb.*, 1995, p. 393.

(73) Secondo A. PIOGGIA, cit., p. 194 ss. e p. 205 ss., si tratterebbe di una nuova frontiera della competenza delimitata dal rapporto qualitativo tra organo e compito, il cui contenuto non è quantitativo formale.

(74) L’art. 20, comma 4, lett. f bis, l. n. 59/1997 (delega al Governo per il conferi-

impongono di ritenere che quest'ultima previsione sia precettiva anche (e a maggior ragione) per i soggetti pubblici che operano con moduli privatistici. La legge sul procedimento amministrativo, dunque, detta oggi una disciplina "comune" che garantisce la funzionalizzazione anche dell'attività amministrativa di diritto privato.

Le implicazioni, anche sul terreno della organizzazione, sono molteplici (ma sulla questione occorrerebbe soffermarsi molto di più). Se ne dovrebbe dedurre, in primo luogo, che anche gli atti privatistici di gestione (a partire dal conferimento degli incarichi dirigenziali) sono sottoposti ai principi generali della attività amministrativa e ciò pur essendo la giurisdizione assegnata al giudice ordinario. Quest'ultimo sarà, quindi, tenuto a calibrare i rimedi civilistici alla tutela degli interessi (legittimi) e alla "imparzialità" del datore pubblico ⁽⁷⁵⁾ (vedremo come il d.lgs. n. 150/2009 si muova anch'esso lungo una linea evolutiva tendente ad una, sia pure parziale, "diluizione" del potere di gestione attraverso garanzie procedimentali che consentano di "evidenziarne" l'agire imparziale in tema di confe-

mento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa), prevede che i decreti legislativi e i regolamenti emanati sulla base della legge di semplificazione e riassetto normativo annuale, per quanto concerne le funzioni amministrative mantenute, si attengono, tra gli altri, al seguente principio: lett. f-bis) *generale possibilità di utilizzare, da parte delle amministrazioni e dei soggetti a queste equiparati, strumenti di diritto privato, salvo che nelle materie o nelle fattispecie nelle quali l'interesse pubblico non può essere perseguito senza l'esercizio di poteri autoritativi* (lettera aggiunta dall'articolo 1 della l. n. 246/2005).

(75) Vedi tra l'altro le aperture in tal senso di Cass., sez. lav., n. 9814/2008: In tema di impiego pubblico privatizzato, nell'ambito del quale anche gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali rivestono la natura di determinazioni negoziali assunte dall'amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, le norme contenute nell'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, obbligano l'amministrazione datrice di lavoro al rispetto dei criteri di massima in esse indicati, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede (art. 1175 e 1375 c.c.), applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Tali norme obbligano la p.a. a valutazioni anche comparative, all'adozione di adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte; laddove, pertanto, l'amministrazione non abbia fornito nessun elemento circa i criteri e le motivazioni seguiti nella scelta dei dirigenti ritenuti maggiormente idonei agli incarichi da conferire, è configurabile inadempimento contrattuale, suscettibile di produrre danno risarcibile.

rimento di incarichi dirigenziali).

Inoltre, le medesime disposizioni dovrebbero implicare che anche l'attività di organizzazione nelle forme negoziali, ogni qual volta vi sia insito un finalismo ed una predeterminazione di assetti pubblici rilevanti, possa assumere un rilievo oggettivo a garanzia di interessi (legittimi) terzi (e, quindi, non solo nei rapporti interni tra l'amministrazione ed il personale). In questi casi, la decisione organizzativa negoziale verrà in considerazione non solo in termini di responsabilità (quale oggetto del controllo sull'attività) ma anche quale requisito di validità dell'"atto" a valle, sempre che (lo si ripete) la regola di distribuzione dei compiti del datore non sia una mera predisposizione di modalità operative ma rivesta anche il ruolo di individuare interessi protetti.

4.5. *I principi legali della funzione di organizzazione (prima della novella del 2009)*

La funzione di organizzazione degli uffici e del personale appartiene al novero delle funzioni di indirizzo in quanto le scelte organizzative predeterminano le successive scelte sul piano dell'attività ⁽⁷⁶⁾. Il suo esercizio discrezionale è sottoposto all'osservanza di alcuni principi legali (limitandoci per ora all'esame di quelli preesistenti alla novella del 2009).

Sussistono, in primo luogo, precisi criteri cui le amministrazioni pubbliche devono uniformarsi nel tracciare linee fondamentali di organizzazione degli uffici (art. 2 d.lgs. n. 165/01) ⁽⁷⁷⁾. In particolare: la congruità (in termini di efficienza, efficacia ed economicità) rispetto ai compiti e ai programmi di attività perseguiti; la flessibilità delle determinazioni operative e gestionali; l'interconnessione delle attività degli uffici mediante

(76) L'assetto esprime scelte di valore e non solo un vincolo: cfr. in dottrina G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1969.

(77) Gli organismi di controllo interno verificano periodicamente la rispondenza delle determinazioni organizzative a tali principi anche al fine di proporre l'adozione di eventuali interventi correttivi e di fornire elementi per l'adozione delle misure previste nei confronti dei responsabili della gestione (art. 5, comma 3, d.lgs. n. 165/2001).

sistemi informatici e statistici; la trasparenza (art. 10 d.lgs. n. 165/2001), attraverso l'istituzione di un ufficio relazioni con il pubblico (art. 11 d.lgs. n. 165/2001), l'istituzione di un ufficio per la gestione del contenzioso del lavoro (art. 12 d.lgs. n. 165/2001) nonché l'attribuzione ad un unico ufficio per ciascun procedimento della responsabilità complessiva dello stesso; l'armonizzazione degli orari di servizio e di apertura degli uffici con le esigenze dell'utenza e con gli orari delle amministrazioni pubbliche dei Paesi dell'Unione europea; il rispetto della disciplina in materia di trattamento dei dati personali ⁽⁷⁸⁾. A questi deve aggiungersi il principio importantissimo di separazione tra potere di indirizzo politico e potere di gestione.

Sono enunciati, inoltre, altri criteri attinenti specificatamente la gestione del personale.

Un gruppo nutrito di essi intende garantire la pianificazione ed il corretto utilizzo delle risorse finanziarie. A questi fini, la spesa per il personale deve essere evidente, certa e prevedibile nella evoluzione. Le corrispondenti risorse finanziarie devono essere pianificate in base alle compatibilità economico-finanziarie definite nei documenti di programmazione e di bilancio (art. 8 d.lgs. n. 165/2001). Nell'individuazione delle dotazioni organiche, le amministrazioni non possono determinare, in presenza di vacanze di organico, situazioni di soprannumerarietà di personale, anche temporanea, nell'ambito dei contingenti relativi alle singole posizioni economiche delle aree funzionali e di livello dirigenziale. Ai fini della mobilità collettiva le amministrazioni effettuano annualmente rilevazioni delle eccedenze di personale su base territoriale per categoria o area, qualifica e profilo professionale (art. 6 d.lgs. n. 165/2001). Le variazioni delle dotazioni organiche sono approvate dall'organo di vertice delle amministrazioni in coerenza con la programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'articolo 39 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni ed integrazioni, e con gli strumenti di programmazione

(78) Previsione inserita dall'articolo 176, comma 2, del d.lgs. n. 196/2003, con effetto a decorrere dal 1° gennaio 2004, come disposto dall'articolo 186, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 196/2003.

economico-finanziaria pluriennale ⁽⁷⁹⁾. L'ottimale distribuzione delle risorse umane va garantita attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale.

Le procedure di reclutamento, informate al principio costituzionale di concorsualità, devono, poi, rispettare i seguenti principi: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso (art. 35 d.lgs. n. 165/2001 ⁽⁸⁰⁾).

L'impiego di personale "precario", ovvero reclutato con figure contrattuali flessibili, può avvenire solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti con le agenzie (di cui all'articolo 4, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 276/2003) per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto dei servizi (art. 36 d.lgs. n. 165/2001).

Del pari, il conferimento di incarichi "esterni" di lavoro au-

(79) Per le amministrazioni dello Stato, la programmazione triennale del fabbisogno di personale è deliberata dal Consiglio dei ministri e le variazioni delle dotazioni organiche sono determinate ai sensi dell'articolo 17, comma 4-bis, della l. n. 400/1988.

Per la Presidenza del Consiglio dei ministri, per il Ministero degli affari esteri, nonché per le amministrazioni che esercitano competenze istituzionali in materia di difesa e sicurezza dello Stato, di polizia e di giustizia, sono fatte salve le particolari disposizioni dettate dalle normative di settore.

(80) Le determinazioni relative all'avvio di procedure di reclutamento sono adottate da ciascuna amministrazione o ente sulla base della programmazione triennale del fabbisogno di personale deliberata ai sensi dell'articolo 39 della l. n. 449/1997, e successive modificazioni ed integrazioni. Per le amministrazioni dello Stato, l'avvio delle procedure concorsuali è subordinato all'emanazione di apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare su proposta del Ministro per la funzione pubblica di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze (art. 35 d.lgs. n. 165/2001).

tonomo ovvero parasubordinato può avvenire soltanto in favore di esperti di provata competenza, in presenza di stringenti presupposti: a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente e ad obiettivi e progetti specifici e determinati; b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno; c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata; d) devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione. Per il conferimento di tali incarichi di collaborazione (principio cui si adeguano gli enti locali), le amministrazioni pubbliche sono tenute a porre in essere procedure comparative adeguatamente pubblicizzate (art. 7 d.lgs. n. 165/2001 ⁽⁸¹⁾).

Un altro gruppo di previsioni è finalizzato ad assicurare la qualificazione tecnica, l'uso flessibile delle risorse umane con il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali e altre regole di buona amministrazione. In particolare, nello svolgimento del rapporto, le amministrazioni devono garantire: formazione e aggiornamento del personale, ivi compreso quello con qualifiche dirigenziali (art. 7 bis d.lgs. n. 165/2001), anche mediante lo scambio di funzionari appartenenti a Paesi diversi e temporaneo servizio all'estero (art. 32 d.lgs. n. 165/2001); impossibilità di erogare trattamenti economici accessori che non corrispondano alle prestazioni effettivamente rese (art. 7 d.lgs. n. 165); flessibilità e semplificazione della gestione delle risorse umane attraverso il passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse (art. 30 d.lgs. n. 165/2001); partecipazione delle organizzazioni sindacali nei casi di trasferimento di attività (art. 31 d.lgs. n. 165/2001) ed eccedenze di personale con mobilità collettiva (articoli 33, 34, 34 bis d.lgs. n. 165/2001); mobilità pubblico privata per i dirigenti; priorità nell'impiego flessibile del personale, purché compatibile con l'organizzazione degli uffici e del lavoro, a favore dei dipendenti in situazioni di svantaggio personale, sociale e familiare e dei di-

(81) Come interpolato dall'articolo 32 d.l. n. 233/2006.

pendenti impegnati in attività di volontariato ai sensi della l. n. 266/1991).

Nel rispetto della libertà comunitaria di circolazione (art. 39 Tr. CE come interpretato dalla Corte di Giustizia), le amministrazioni sono tenute a consentire l'accesso ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale (art. 38 d.lgs. n. 165/2001), anche ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea possono.

Restanti norme dettano la disciplina di taluni profili prettamente intersoggettivi del rapporto di lavoro, alcuni dei quali derogano al diritto comune (la disciplina delle mansioni, l'esercizio del potere disciplinare, la responsabilità erariale, la disciplina delle incompatibilità e del cumulo di impieghi e degli incarichi; il principio di parità e pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro ed il trattamento sul lavoro; la libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca).

4.6. *L'ufficio dirigenziale quale organo titolare delle prerogative datoriali*

L'organizzazione degli uffici e delle risorse umane ha il suo fulcro nell'ufficio dirigenziale che riveste la posizione senza dubbio di maggior rilievo nell'ambito della componente burocratica titolare delle prerogative del datore di lavoro pubblico. Le altre strutture che, in vario modo, partecipano alla valutazione, al controllo e alla contrattazione, hanno un ruolo minore.

I dirigenti titolari di uffici dirigenziali generali svolgono le attività di organizzazione e gestione del personale e di gestione dei rapporti sindacali e di lavoro (art. 16 c. 1 lett. *h*), d.lgs. n. 165/2001). Le loro funzioni di attribuzione e d'impulso sono le più contigue all'attività politica di indirizzo e fanno da raccordo tra potere politico e restante dirigenza, la cui attività essi verificano e controllano anche con potere sostitutivo in caso d'inerzia. Tali caratteristiche giustificano la particolarità

dell'accesso alla relativa qualifica (che può essere basato su una scelta largamente discrezionale anche in favore di soggetti estranei alla pubblica amministrazione, il cui rapporto di servizio è simile a quello onorario in termini di discrezionalità e temporaneità).

I dirigenti titolari di uffici dirigenziali non generali provvedono alla gestione del personale e delle risorse finanziarie e strumentali assegnate ai propri uffici (art. 17, c. 1, lett. e) d.lgs. n. 165/2001). Operano in spazi predeterminati dai primi e con attività prevalentemente di gestione (e meno di amministrazione), essendo solo eventuale la loro partecipazione ai processi di determinazione degli ambiti di organizzazione e delle risorse. Il quadro di comando, dai primi ai secondi, si snoda lungo la sequenza: formulazione delle proposte, adozione dei progetti, assegnazione delle risorse, gestione, attuazione e verifica dei risultati.

I dirigenti apicali (segretari generali, capi dipartimento) sono soggetti allo *spoil system* (per la dirigenza statale cfr. l'art. 19, comma 3, d.lgs. n. 165/2001); si tratta di un modello peculiare (distinto dalla dirigenza non apicale) per il fatto di fondarsi su di una relazione personale e non "obiettivata" tra la direzione politica e quella amministrativa⁽⁸²⁾.

La privatizzazione, anche sull'onda della profonda crisi di credibilità istituzionale (legata alla vicende giudiziarie che hanno "travolto" nel recente passato la classe politica allora al potere), ha introdotto un nuovo modello di *governance* fondato sulla distinzione tra la "direzione politica" cui corrisponde la funzione di indirizzo e la "direzione amministrativa" cui compete la funzione di gestione dei cui risultati i dirigenti sono responsabili in via esclusiva (art. 4 d.lgs. n. 165/2001)⁽⁸³⁾.

(82) Cfr. V. GASPARINI CASARI, cit., 9 ss.

(83) L'organo politico perde così i poteri di intervento diretto e di ingerenza nella competenza amministrativa. Ai sensi dell'art. 14 d.lgs. n. 165/2001, infatti, il Ministro non può revocare, riformare, riservare o avocare a sé o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti. In caso di inerzia o ritardo può fissare un termine perentorio entro il quale il dirigente deve adottare gli atti o i provvedimenti. Qualora l'inerzia permanga, o in caso di grave inosservanza delle direttive generali da parte del dirigente competente, che determinino pregiudizio per l'interesse

In questo modello, la “continuità” tra potere burocratico e potere politico, che si impone in ragione del permanere della responsabilità politica, viene garantita da ben precisi strumenti normativi: il potere di direttiva; l’introduzione di una nuova responsabilità dirigenziale volta a verificare l’azione svolta e i risultati perseguiti nella gestione; “l’aggancio” della componente retributiva accessoria al conseguimento degli obiettivi; il potere di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali; la “precarietà” del rapporto di incarico (il quale è a tempo determinato sia pure con un periodo minimo per garantirne l’efficiente svolgimento) a fronte della stabilità del “contratto di lavoro”.

La nuova autonomia gestionale del dirigente (con affidamento allo stesso di rilevanti poteri di direzione, vigilanza, controllo) è stata, dunque, controbilanciata attraverso moduli che hanno reso in qualche modo fiduciaria la causa del rapporto di incarico, sia pure preservando specifiche garanzie procedurali in capo al dirigente. Se una relazione fiduciaria tra l’organo politico e l’organo di gestione è senza dubbio compatibile con i principi di buon andamento e imparzialità, ne è assai dibattuta l’estensione ottimale. Il problema è di temperare adeguatamente l’imparzialità dell’azione amministrativa (che necessita di un periodo di permanenza nell’ufficio) con la “continuità” tra indirizzo politico e azione amministrativa, scongiurando sia il rischio di un’accezione proprietaria dell’ufficio di gestione da parte dell’apparato politico, sia il rischio di una conduzione del tutto autoreferenziale della gestione⁽⁸⁴⁾.

La questione, in particolare, si incentra sulla disciplina del conferimento degli incarichi.

La legge richiede che, con atto unilaterale del datore sono individuati l’oggetto dell’incarico, gli obiettivi da conseguire e la durata dell’incarico, che deve essere correlata agli obiettivi prefissati e che, comunque, non può essere inferiore a tre anni né eccedere il termine di cinque anni. Ad esso accede un contratto individuale con cui è definito il corrispondente tratta-

pubblico, il Ministro può nominare un commissario *ad acta*. Resta salvo il solo potere di annullamento ministeriale per motivi di legittimità.

(84) V. GASPERINI CASARI, cit., p. 12 ss.

to economico (art. 19 d.lgs. n. 165/2001).

Il Legislatore, dunque, ha prefigurato un contratto di assunzione nella qualifica dirigenziale senza oggetto ed un rapporto di incarico (cui solo consegue lo svolgimento effettivo delle funzioni di dirigente) ad oggetto variabile (senza, peraltro, diritto all'equivalenza fra due incarichi successivi: non si applica, infatti, l'art. 2103 c.c.). Il dualismo tra rapporto di lavoro e rapporto di incarico ripropone (in parte) la logica ma non le forme di quello tradizionale tra rapporto di servizio e di ufficio risalente al modello del pubblico impiego. L'aspirante con qualifica dirigenziale non ha, invero, un diritto al rapporto di incarico (né tanto meno al suo rinnovo), l'organo conferente deve rispettare solo un criterio di congruità fra *curriculum* del prescelto e profilo dell'incarico (vedremo nel prosieguo le modifiche per questa parte apportate dal d.lgs. n. 150/2009), senza obbligo di valutazione comparativa (non si tratta, infatti, di procedura concorsuale e i destinatari sono persone fisiche non solo già in servizio ma anche in possesso della relativa qualifica professionale, cosicché resta esclusa in radice anche la fattispecie della progressione verticale di carriera).

A ben vedere, l'attribuzione delle concrete mansioni dirigenziali, è l'effetto di una fattispecie, complessa e a formazione progressiva, dove l'atto di conferimento è atto interno di organizzazione, improduttivo di vincoli negoziali fino alla stipulazione del contratto, il cui contenuto per legge deve essere conforme a quanto fissato nel primo. L'atto di conferimento, che la legge non prevede debba essere comunicato al designato per acquistare efficacia, non è neppure qualificabile come proposta contrattuale, esulando dai suoi contenuti la determinazione del trattamento economico (la particolarità è, tuttavia, che qui, a differenza di quanto avviene per i datori di lavoro privati, la scelta organizzativa deve essere consacrata in atto formale a fini di controllo interno).

È importante sottolineare (ma il discorso sarà ripreso a breve) come, sino alla novella del 2009, non fossero previsti né un procedimento a garanzia dell'imparzialità della scelta né un vincolo al rinnovo in favore di chi avesse meritato. Ne conse-

gue il carattere marcatamente “precario” del rapporto di incarico, con un netto depotenziamento del principio di separazione tra sfera politica e burocratica ed un forte rischio di sudditanza della seconda nei confronti della prima.

La giurisprudenza⁽⁸⁵⁾, del resto, nel ritenere l’atto di conferimento degli incarichi del tutto sottratto al regime degli atti amministrativi, in quanto presupponente la previa configurazione strutturale degli uffici pubblici e collocandosi piuttosto sul piano del funzionamento degli apparati, ne ha estremamente “enfaticizzato” i profili di autonomia negoziale. La qualificazione di esso in termini di negozio unilaterale (1324 c.c.), retto interamente dal diritto privato, secondo un procedimento ermeneutico assolutamente fedele alla volontà del legislatore, ha comportato l’applicazione di tutto il relativo strumentario logico concettuale senza però alcuna mediazione⁽⁸⁶⁾. Al controllo e-

(85) Anche a seguito della riscrittura dell’art. 19 ad opera della l. n. 145/2002, la Suprema Corte ha continuato ad affermare la natura privatistica del provvedimento di conferimento (Cfr. *ex plurimis*, Cass., S.U. nn. 7859, 9650, 9771 del 2001; n. 2954/2002; nn. 1128, 7623, 10288 del 2003; n. 22990/2004; n. 2005/14252. La novella attuata con la l. n. 145/2002 ha perseguito l’obiettivo di rafforzare i poteri organizzativi dell’amministrazione, dichiarando inderogabile la struttura unilaterale dell’atto da parte della contrattazione collettiva e rendendone preminente il ruolo rispetto al contratto, ma non li ha assegnati all’area dei provvedimenti amministrativi per molteplici ragioni: il legislatore non ha ritenuto di modificare il testo dell’art. 63, sebbene necessariamente consapevole del dibattito in corso sul tema della giurisdizione; l’art. 19 (nuovo testo) adopera la locuzione “provvedimento”, intendendo sicuramente riferirsi all’esercizio di un potere, ma significativamente, nel contesto del vivace dibattito in corso, non aggiunge il predicato “amministrativo”, costantemente presente, invece, nelle norme che disciplinano gli atti di esercizio del potere pubblico (l. n. 241/1990, in particolare, art. 3, e, nell’ambito dello stesso d.lgs. n. 165/2001, art. 16, lett. d, in relazione alla lett. e, art. 17, lett. b); il testo normativo continua ad enunciare il principio secondo cui tutti gli atti che attengono ai profili organizzativi e gestionali di rapporti di lavoro già costituiti sono assunti con la capacità e i poteri del datore di lavoro; la necessaria struttura unilaterale dell’atto di conferimento risulta perfettamente compatibile con la natura privata del potere, avendo la legge inteso soltanto rafforzare la posizione di preminenza del datore di lavoro pubblico sul piano dell’organizzazione; la prospettiva del provvedimento amministrativo, renderebbe incoerente l’impianto normativo, dovendosi considerare allora il rapporto organico già costituito e privo di sostanziali effetti il contratto con soggetto già dipendente dell’amministrazione e obbligato ad espletare le funzioni unilateralmente assegnategli.

(86) Per la regola del *contrarius actus*, e revoca ricevono, simmetricamente, la stessa qualificazione. L’amministrazione che modifica o ritira il precedente conferimento,

strinseco di legittimità, il giudice del lavoro ha sostituito un sindacato “debole” sulla discrezionalità condotto in termini di scorrettezza, mala fede, discriminatorietà, illiceità, inadempimento. Dal sindacato incentrato sulla motivazione dei criteri valutativi posti a base della scelta secondo la tecnica dell’eccesso di potere, si è passati ad un assai meno incisivo onere (processuale) di giustificazione (eventuale e successivo) a carico della p.a. delle decisioni prese: onere, peraltro, strettamente correlato alle contestazioni dell’istante e veicolato dalla regola di giudizio del processo civile (2697 c.c.). Ne è conseguita una netta dequotazione del controllo giudiziario sull’imparzialità delle scelte, avendo l’esperienza plasticamente dimostrato come le clausole generali di buona fede e correttezza non coprano affatto l’intera “latitudine” offerta dalla tecnica di protezione dell’interesse legittimo. Le pronunce del giudice del lavoro stanno a dimostrare che, nel diritto privato, la distinzione tra diritti ed interessi non ha concrete ricadute pratiche ⁽⁸⁷⁾.

5. Unità e differenziazione nell’organizzazione del personale regionale...

Prima della riforma del Titolo V (art. 1, comma 1), “l’ordinamento degli uffici regionali e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione” (a statuto ordinario) era oggetto di potestà legislativa concorrente. La materia includeva lo stato giuridico ed economico del personale regionale, in quanto componente strumentale all’autonomia amministrativa e organizzativa della Regione ⁽⁸⁸⁾. In tema di impiego regionale, dunque, allo

esercita lo stesso potere organizzativo e non il potere amministrativo di autotutela.

87 In ciò inverando i timori che l’Adunanza Generale del Consiglio di Stato aveva manifestato nella stesura del parere del 31 agosto 1992 n. 46.

(88) Corte cost. n.93/1968; Corte cost. n. 147/1972; Corte cost. n. 277/1983; Corte cost. n. 1001/1988; n. 359/1993. Sul tema S. BATTINI, *Autonomia regionale e autonomia negoziale nella disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici*, in *Le Regioni*, 1996, p. 689; V. BELLINI, *L’impiego pubblico nell’ordinamento regionale*, Milano, Giuffrè, 1977; L. ZOPPOLI, *Riforma del pubblico impiego e disciplina del personale regionale*, in *Gior. dir. lav. relaz. ind.*, 1993, p. 27.

Stato spettava solo l'individuazione dei principi fondamentali e alla Regione l'emanazione delle norme di dettaglio, con il limite del rispetto dell'interesse nazionale e di quello di altre Regioni (anche se, come visto al paragrafo 3, gli enti minori hanno per lo più sempre prediletto una disciplina uniforme a quella statale).

La riforma costituzionale del 2001 ha, senza dubbio, determinato l'estensione ed il rafforzamento della potestà normativa di auto organizzazione delle Regioni, rientrando ora l'ordinamento degli uffici regionali tra le materie "residuali" (117, comma 4, Cost.) di competenza esclusiva. Le Regioni non sono più obbligate, quindi, all'osservanza del limite dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, delle norme fondamentali di riforma economico-sociale, dei principi generali dell'ordinamento giuridico, del limite dell'interesse nazionale e di quello di altre Regioni, che nel previgente sistema istituzionale erano posti a presidio delle esigenze unitarie⁽⁸⁹⁾.

Lo Statuto rappresenta ora la fonte esclusiva di disciplina degli apparati strumentali della Regione (art. 123 Cost.)⁽⁹⁰⁾. In particolare, la normativa statutaria, non più soggetta alla approvazione dello statuto regionale da parte del Parlamento ma fonte primaria immediatamente subordinata alla Costituzione, è caratterizzata da una particolare procedura di adozione e di controllo e da una definita estensione delle materie ad essa riservate⁽⁹¹⁾. In questi ambiti la Regione dispone di un autonomo po-

(89) Ne consegue la sopravvenuta inapplicabilità della clausola di cui all'articolo 1, comma 3, d.lgs. n. 165/2001, che enuncia l'obbligo per le Regioni a statuto ordinario di attenersi alle disposizioni del decreto tenendo conto delle peculiarità dei rispettivi ordinamenti non essendo più principi fondamentali ai sensi dell'articolo 117 Cost.

(90) Con riguardo alla ampiezza ed ai limiti del potere statutario delle Regioni ad autonomia ordinaria si osserva che il nuovo Titolo V della Costituzione ha fatto propria, ma anche integrato in un rinnovato contesto, la riforma costituzionale introdotta dalla l. cost. n. 1/1999 (recante disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni).

(91) Indicate nel primo e nel terzo comma dell'art. 123 della Costituzione. In particolare: "Forma di governo", "principi fondamentali di organizzazione e funzionamento", l'"esercizio del diritto di iniziativa e del referendum su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione", "la pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali", disciplina del Consiglio delle autonomie locali".

tere normativo per la configurazione di un ordinamento interno adeguato alle accresciute responsabilità delineate dal nuovo assetto costituzionale. I limiti a questa rilevante autonomia normativa possono derivare solo da norme chiaramente deducibili dalla Costituzione (oltre che derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali cui sono assoggettate tutte le potestà legislative ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.) e non è comprimibile in mancanza di una disciplina costituzionale chiaramente riconoscibile⁽⁹²⁾. Invero, gli statuti regionali devono anche rispettare lo spirito della Costituzione, in nome della pure costituzionalmente necessaria "armonia con la Costituzione"⁽⁹³⁾, il che impone la necessità di una lettura particolarmente attenta dei rapporti e dei confini fra le diverse aree normative affidate agli statuti e alle altre fonti legislative statali o regionali.

Ciò premesso, nella materia dell'impiego regionale, curiosamente, proprio all'indomani della riforma del Titolo V, i margini di differenziazione si sono assai ridotti incrementandosi, per contro, i titoli costituzionali a presidio delle prerogative unitarie dello Stato.

In primo luogo, gli statuti sono, come è ovvio, tenuti a rispettare le specifiche disposizioni costituzionali in materia di organizzazione e lavoro pubblico (articoli 28, 51, 54, 97 e 98 Cost., nei quali campeggiano i principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, e la regola generale del concorso pubblico per l'accesso agli impieghi⁽⁹⁴⁾).

Sulla autonomia organizzativa delle Regioni interferiscono pesantemente i materiali normativi oggetto di legislazione esclusiva dello Stato: in particolare, l'ordinamento civile (nella cui nozione rientrano gli aspetti fondamentali del rapporto di lavoro) e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali⁽⁹⁵⁾ (ed anche il coordi-

(92) Corte Cost. sentenza n. 313/2003.

(93) Corte Cost. n. 304/2002; secondo cui gli statuti "dovranno essere in armonia con i precetti ed i principi tutti ricavabili dalla Costituzione".

(94) Corte Cost. n. 252/2009.

(95) Secondo una prima lettura la norma autorizza la legge statale a stabilire le pre-

namento della finanza pubblica che costituisce oggetto di legislazione concorrente (⁹⁶)).

In particolare, con la riconduzione dell'impiego pubblico, sia dello Stato che delle Regioni e degli enti locali, alla disciplina generale dei rapporti di lavoro tra privati, le norme e i principi fissati dalla legge statale in materia, nell'intero settore del pubblico impiego, costituiscono limiti di diritto privato, fondati sull'esigenza, connessa al precetto costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati; di conseguenza, la legge statale, in tutti i casi in cui interviene a conformare gli istituti del rapporto di impiego attraverso norme che si impongono all'autonomia privata con il carattere dell'inderogabilità, costituisce un limite alla competenza regionale nella materia dell'organizzazione amministrativa delle Regioni e degli enti pubblici regionali e dello stato giuridico ed economico del relativo personale (⁹⁷). Del pari, anche

stazioni essenziali nelle quali si sostanzia l'obbligo che soddisfa la pretesa del titolare di un diritto soggettivo ed anche le prestazioni essenziali cui è tenuto un soggetto a tutela di diritti sociali in virtù di un dovere oggettivo al cui adempimento sono tenute le autorità pubbliche (cfr. G.U. RESCIGNO, *I diritti civili e sociali tra legislazione esclusiva dello stato e delle regioni*, in S. GAMBINO, a cura di, *Il nuovo ordinamento regionale. Competenze e diritti*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 120). Secondo l'accezione organizzativa dei livelli essenziali, per affermare il conseguimento effettivo ed uniforme sul territorio dei livelli essenziali, tra cui anche il diritto del lavoro, la competenza esclusiva dello Stato si estende anche ai profili organizzativi strumentali (E. MENICHETTI, *Livelli essenziali di assistenza sanitaria: un punto fermo sulla forma e sulla procedura per l'individuazione ed un punto di interrogativo sull'accezione in chiave organizzativa*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2003; v. E. CARLONI, *Lo stato differenziato, Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 318 e p. 334).

(96) Corte Cost. n. 36/2004; n. 376/2003; n. 4 e 390 del 2004.

(97) Corte cost. 95/2007, 189/2007, 2/2004. Il «limite del diritto privato» alla potestà legislativa regionale, fino al 2001 enucleato in via interpretativa dalla giurisprudenza costituzionale e ha trovato una legittimazione costituzionale espressa nel riconoscimento, appunto ad opera dell'art. 117, comma. 2, lett. l), della Costituzione, in capo allo Stato, della potestà legislativa esclusiva di determinazione dei confini dell'ordinamento civile (non diversamente da quelli del diritto-ordinamento penale, affiancato, non a caso, nella medesima lettera l). E' stato osservato come, nell'attuale cornice costituzionale, il legislatore statale sia in grado di incidere sull'ampiezza della potestà legislativa delle Regioni semplicemente riconducendo le relazioni organizzative al diritto privato: R. SALOMONE, *Titolo V della Costituzione e lavoro pubblico*

il principio della regolazione mediante contratti collettivi dei rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici, costituendo un tipico limite di diritto privato, vincola anche le Regioni ⁽⁹⁸⁾.

I vincoli alla potestà regionale potrebbero divenire ancor più intensi ove si aderisse alla tesi che ritiene enucleabili dal legislatore ulteriori “principi generali di organizzazione pubblica” valevoli per tutte le amministrazioni perché dettati dal legislatore statale nell’esercizio della sua funzione di garanzia dell’unitarietà dell’ordinamento ⁽⁹⁹⁾ (impostazione seguita dal recente d.lgs. n. 150/2009 ma che, nella sua assolutezza, sembra prefigurare un titolo di intervento dello Stato del tutto nuovo perché non previsto dalla Costituzione ⁽¹⁰⁰⁾).

In definitiva, le innumerevoli intersezioni tra organizzazione e lavoro pubblico garantiscono pochi spazi di differenziazione

privatizzato: i primi orientamenti della Consulta, in *Lav. pubbl. amm.* 2004, II, p. 1156. E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, Cedam, 2005, p. 318-319; A. TROJSI, *Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti regionali e locali*, in *Diritto delle relazioni industriali* 2008, p. 703; L. ZOPPOLI, *Neoregionalismo e sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in M. RUSCIANO (a cura di), *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, Napoli, Jovene, 2004, p. 19.

(98) Corte Cost. nn. 189/2007, 2/2004, 95/2007.

(99) Così A. TROJSI, *Il riparto*, cit., p. 12, secondo cui questo ruolo unificante del legislatore statale, pur nell’accentuarsi del peso delle autonomie (regionali e locali), troverebbe fondamento nello stesso principio di unità e di indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.), ed è stato inoltre confermato testualmente dall’art. 2, co. 4, della l. 15/2009. Tra tali «principi generali di organizzazione pubblica» ci sarebbero proprio quelli posti alla base del processo di trasformazione del pubblico impiego, enunciati, ovvero desumibili, dalle norme di delega (art. 2, l. 421/1992; art. 11, l. 59/1997; e artt. 2-7, l. 15/2009) e trasfusi nel d.lgs. 165/2001. L’autrice aggiunge però che, proprio in considerazione dell’ampliamento delle competenze regionali in materia, è ragionevole sostenere, comunque, quanto meno l’opportunità – se non proprio la necessità – di concordare oggi tali principi generali con le Regioni interessate, mediante il raggiungimento di «intese» Stato-Regioni, secondo una modalità di conduzione «concertata» delle relazioni interistituzionali, ispirata al criterio della leale collaborazione.

Per un caso giurisprudenziale di norme di legge statale ritenute avere un diretto incoraggiamento nei principi costituzionali dimodoché la loro violazione si tradurrebbe, secondo il meccanismo operante per le norme interposte, in una violazione delle norme costituzionali, cfr. Tar Lombardia, 17 gennaio 2008, n. 53.

(100) Sulla tensione tra l’impostazione centralistica e le esigenze di differenziazione e decentramento, cfr. T. TREU, *Diritto del lavoro e federalismo*, in V. CERULLI IRELI E C. PINERELLI, *Verso il federalismo*, Quaderno di Astrid, Bologna, Il Mulino, 2004, 185.

alle Regioni. La competenza legislativa residuale regionale potrebbe esercitarsi soltanto sui residui aspetti del rapporto di lavoro esclusi, ad opera del legislatore statale, dalla privatizzazione e perciò ancora rientranti a pieno titolo nella materia dell'ordinamento degli uffici della Regione (ad esempio, con riguardo alla materia del reclutamento del personale ⁽¹⁰¹⁾). Secondo una tesi, la disciplina del lavoro dirigenziale, in particolare, vedrebbe un ambito più ampio di competenza legislativa residuale delle Regioni, essendo più numerosi (e rilevanti) i profili del rapporto di lavoro strettamente connessi con le specificità dell'ordinamento e dell'organizzazione dell'attività dell'amministrazione (oltre al reclutamento e ai sistemi di accesso ai ruoli della dirigenza, alle dotazioni organiche e alle incompatibilità, in particolare la disciplina del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali ⁽¹⁰²⁾, nonché quella della responsabilità dirigenziale e delle relative misure sanzionatorie ⁽¹⁰³⁾).

5.1. ... e del personale degli enti locali

E' noto come la recente evoluzione normativa (avviata con la l. n. 142/1990, proseguita con la adozione del testo unico di

Sulla giurisprudenza costituzionale in ordine al limite dei principi costituzionali per le Regioni cfr. Corte Cost. 274/2003; 2/2004, 380/2004, 388/2004, 390/2004, 205/2006, 104/2007, 189/2007.

(101) Secondo la Consulta, la regolamentazione dell'accesso ai pubblici impieghi mediante concorso è riferibile all'ambito della competenza esclusiva statale, sancita dall'art. 117, secondo comma, lettera g), Cost., solo per quanto riguarda i concorsi indetti dalle amministrazioni statali e dagli enti pubblici nazionali. Non altrettanto può dirsi per l'accesso agli impieghi presso le Regioni e gli altri enti regionali. La regolamentazione delle modalità di accesso al lavoro pubblico regionale - in quanto riconducibile alla materia innominata dell'organizzazione amministrativa delle Regioni e degli enti pubblici regionali - è preclusa allo Stato (a maggior ragione attraverso disposizioni di dettaglio), e spetta alla competenza residuale delle Regioni (v. sentenza n. 2 del 2004), ovviamente nel rispetto dei limiti costituzionali (Corte Cost. n. 274/2003, n. 380/2004).

(102) Corte Cost. 181/2006; 233/2006; n. 422/2006

(103) In argomento, M. RUSCIANO, *La dirigenza degli enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in www.aislo.it 2004; A. TROISI, *Potestà legislativa e dirigenza regionale*, in *Argomenti dir. lav.* 2007, I, p. 57.

cui al d.lgs. n. 267/2000, conclusasi con la modifica del titolo V della parte II della Costituzione (¹⁰⁴)), abbia di molto rafforzato la possibilità degli enti territoriali di dotarsi di una struttura organizzativa adeguata alla propria specificità.

Nell'ordinamento precedente l'entrata in vigore della Costituzione, le amministrazioni locali erano gerarchicamente subordinate all'amministrazione centrale dello Stato. I Comuni e le Province erano sottoposti ad un regime spiccatamente uniforme per quanto concerne i profili organizzativi residuando alla potestà normativa locale soltanto aspetti secondari e marginali (¹⁰⁵).

La Costituzione del 1948, nella sua originaria formulazione, aveva rimesso alla competenza esclusiva dello Stato la disciplina dell'ordinamento dei Comuni e delle Province e la definizione delle loro funzioni. L'art. 128 prevedeva, a garanzia dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta agli enti locali, che la legge statale dovesse essere generale (nel senso di disciplinare in maniera uniforme per tutto il territorio nazionale l'intera materia (¹⁰⁶)) e di soli "principi" (ovvero le linee principali del modello di organizzazione (¹⁰⁷)). L'ambito di competenza delle leggi regionali in ordine all'ordinamento dei Comuni era circoscritto alle materie delle circoscrizioni comunali (art. 117 Cost.), della istituzione di nuovi Comuni e della modifica delle loro circoscrizioni e denominazioni (art. 133 Cost.).

La l. n. 142/1990 rappresentò la prima importante tappa nella ridefinizione del ruolo di detti enti e del loro rapporto istituzionale con lo Stato e le Regioni, secondo una impostazione tendente a riconoscere e valorizzare le potestà normative locali

104 In dottrina, puntuale la ricostruzione di M. CALCAGNILE, *Organizzazione degli uffici e riserva di amministrazione nello Stato delle autonomie*, in www.giustizia-amministrativa.it, luglio 2004.

(105) G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Milano, Giuffrè, 1946, p. 210 ss.

(106) E. CASSETTA, *Le funzioni della provincia e del Comune in relazione all'ordinamento regionale*, in Studi in onore di G. ZANOBINI, Milano, Giuffrè, 1965, p. 682; C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione in La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 79.

(107) F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, Padova, Cedam, 1999, 57.

di autodifferenziazione in materia di ordinamento degli uffici, nell'ambito dei principi fissati dal legislatore statale. Si attribuiva allo statuto la fondamentale funzione di stabilire, nell'ambito dei principi fissati dalla legge, le norme fondamentali per l'organizzazione dell'ente.

Successivamente, nel quadro del riordinamento organico delle funzioni tra Stato, Regioni, enti locali ed autonomie funzionali ispirato al decentramento ed alla semplificazione dei procedimenti ⁽¹⁰⁸⁾, fu adottata la l. n. 265/1999 la quale delegò il Governo a procedere alla raccolta ed al coordinamento di tutte le disposizioni legislative vigenti in materia di ordinamento degli enti locali, mediante sistemazione armonica in un codice ⁽¹⁰⁹⁾.

In attuazione della delega, il d.lgs. n. 267/2000 dettò la disciplina generale in ordine all'assetto istituzionale degli enti locali, ponendosi come legge organica di sistema, in attuazione del precetto costituzionale dell'art. 128 Cost. Tramite il rinvio dell'art. 88, il sistema era integrato dalle disposizioni in materia di ordinamento degli uffici contenute nel d.lgs. n. 165/2001 ai cui principi organizzativi Comuni e Province dovevano conformare i rispettivi ordinamenti ⁽¹¹⁰⁾. Si era con tale sistema realizzata una sostanziale delegificazione in ordine alla organizzazione ed al funzionamento dell'ente territoriale, mediante il trasferimento della relativa disciplina dalla legge nazionale ad

(108) Le innovazioni introdotte con il federalismo amministrativo a "Costituzione invariata" (l. n. 59/1997, l. n. 127/1997, d.lgs. n. 112/1988).

(109) L'autonomia statutaria emergente dalla l. n. 265/1999 e riaffermata nell'art. 1 del testo unico, era ben più pregnante di quella delineata nella l. n. 142/1990, che alle ampie enunciazioni di principio contenute nell'art. 4 associava specifiche disposizioni disciplinanti le materie pur affidate all'autonomia statutaria. L'art. 1 comma 3 del testo unico poneva come limiti inderogabili all'autonomia statutaria soltanto i principi espressamente enunciati come tali nella legislazione in materia di ordinamento degli enti locali, così affidando allo stesso legislatore e sottraendo all'interprete l'individuazione dei principi segnati da inderogabilità, con evidente esclusione delle disposizioni di dettaglio. L'art. 1 della legge n. 265 del 1999, inoltre, ampliò il contenuto necessario dello statuto.

(110) Ci si riferisce, in particolare, alle disposizioni che disciplinano gli uffici di supporto agli organi di direzione politica (art. 90), i rapporti di lavoro a tempo determinato e a tempo parziale (art. 91), la responsabilità patrimoniale (art. 93), la responsabilità disciplinare (art. 94), la dirigenza e gli incarichi dirigenziali (artt. 107 e ss.)

una fonte autonoma, lo statuto, nel rispetto dei principi generali fissati dallo stesso testo unico e degli altri principi espressamente enunciati nelle leggi successive che conferissero funzioni agli enti locali. Ne risultavano modificati, in profondità, i rapporti tra legge statale e statuto, in quanto, mentre in passato ogni disposizione di legge costituiva limite invalicabile all'attività statutaria, nella nuova disciplina lo statuto poteva derogare alle disposizioni di legge che non contenessero principi inderogabili, tanto da potersi ora delineare il rapporto tra legge e statuto sostanzialmente in termini di competenza (ovvero di gerarchia limitatamente ai principi) ⁽¹¹¹⁾. Comuni e Province, poi, adottavano regolamenti per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni (art. 7, d.lgs. n. 267/2000), onde specificare i principi posti dalla legislazione statale e dallo statuto ⁽¹¹²⁾.

La riforma del titolo V della parte II della Costituzione, con l'abrogazione dell'art. 128 Cost., la previsione che la competenza esclusiva della legge statale è circoscritta alla materia della legislazione elettorale, degli organi di governo e delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane (art. 117, comma 2 lett. p), la equiordinazione degli enti territoriali ⁽¹¹³⁾, il riconoscimento di una loro posizione di autonomia statutaria, ha modificato nuovamente natura funzione e i limiti della potestà organizzativa dell'ente locale ⁽¹¹⁴⁾.

(111) In questo contesto, lo statuto è inquadrato come fonte atipica di rango subprimario anziché secondario: v. P. VIRGA, *L'amministrazione locale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 17 e ss.

(112) In particolare nelle seguenti materie: organi, uffici, modi di conferimento della titolarità dei medesimi; principi fondamentali di organizzazione degli uffici; dotazioni organiche; procedure per le assunzioni; e più, in generale, organizzazione e gestione del personale (cfr. art. 89, d.lgs. n. 267/2000).

(113) Tutti menzionati con pari dignità al comma 2 dell'art. 114.

(114) Nel quadro di tale importante processo di trasformazione dell'impianto istituzionale, in parte già avvenuto, in parte ancora in itinere, appare evidente che il testo unico n. 267 del 2000 ha perso l'originaria connotazione di legge organica di sistema, una volta venuta meno la norma costituzionale di riferimento costituita dall'art. 128 Cost., che come innanzi ricordato affidava a leggi generali dello Stato l'enunciazione dei principi nell'ambito dei quali l'autonomia degli enti locali poteva esplicarsi (così da porre subito l'esigenza di una sua revisione in termini di adeguamento ai nuovi principi costituzionali, espressa nella delega al Governo di cui al richiamo-

Poiché la materia dell’“ordinamento degli enti locali” è stata scomposta in diverse sub-materie, alcune soltanto delle quali esplicitamente attribuite alla potestà esclusiva dello Stato, l’“organizzazione degli uffici”, ulteriore sub-materia non nominata, dovrebbe collocarsi nello spettro della potestà legislativa esclusiva delle Regioni ⁽¹¹⁵⁾; con la conseguenza che le esigenze di uniformità nella relativa disciplina potrebbero essere assicurate esclusivamente nei limiti esplicitamente previsti dall’art. 117, comma 1, Cost. (ovvero da singole previsioni costituzionali ⁽¹¹⁶⁾ e vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali) oltre che dalle materie “trasversali” di competenza esclusiva dello Stato ⁽¹¹⁷⁾. A questo riguardo, è condivisibile l’opinione secondo la quale la funzione di organizzazione debba essere inquadrata nell’ambito delle “funzioni fondamentali”, la cui determinazione è affidata al legislatore statale (art. 117, comma 2, lett. p) Cost.) ⁽¹¹⁸⁾. Pertanto, il legi-

to art. 2 della legge n. 131 del 2003).

(115) F. MERLONI, *Il destino dell’ordinamento degli enti locali (e del relativo testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Reg.*, 2-3, 2002, 415.

(116) Il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), il principio del pubblico concorso (art. 97, comma 3 Cost.), i principi di imparzialità e buon andamento (art. 97, comma 1, Cost.), il principio di tutela dell’unità giuridica (art. 120, comma 2 Cost.), quale presupposto per l’esercizio del potere di intervento sostitutivo del Governo, non solo nei confronti di funzioni amministrative ma anche, forse, nei confronti dei poteri legislativi delle Regioni.

(117) Gli interventi legislativi adottati nell’esercizio della competenza concorrente di “armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica” (art. 117, comma 3, Cost.); della competenza esclusiva statale “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” (art. 117, comma 2, lett. m), la quale implica anche la definizione degli apparati amministrativi necessari a garantirli).

(118) M. CALCAGNILE, cit.; G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Reg.*, 6, p.1253. Sul carattere istituzionale delle funzioni fondamentali, S. MANGIAMELI, *Riassetto dell’amministrazione locale, regionale e statale tra nuove competenze legislative, autonomie normative ed esigenze di concertazione* in *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, a cura di G. BERTI e G. DE MARTIN, Roma, Luiss ed., 2002, p. 201. Il recente disegno di legge recante “Individuazione delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane, semplificazione dell’ordinamento regionale e degli enti locali, nonché delega al Governo in materia di trasferimento di funzioni amministrative, Carta delle autonomie locali, razionalizzazione delle Province e degli Uffici territoriali del Governo, riordino di enti ed organismi decentrati” conferma, agli articoli 2 e 3, l’inclusione tra le funzioni fondamentali dei Comuni e delle Provin-

slatore statale, sulla base della competenza trasversale di cui all'art. 117, comma 2, lett. p), Cost., può per tale via specificare un nucleo di funzioni imprescindibili e necessariamente eguali a garanzia dell'autonomia locale rispetto alle Regioni.

Con riferimento ai contenuti e i limiti dello statuto locale, l'art. 4, comma 2, della l. n. 131/2003 prevede che lo statuto debba essere in armonia con la Costituzione ⁽¹¹⁹⁾ e con i principi generali in materia di organizzazione pubblica, nel rispetto di quanto stabilito dalle legge statale in attuazione dell'articolo 117, secondo comma, lettera p) della Costituzione. Deve ritenersi che i "principi generali dell'organizzazione pubblica" siano quelli fissati dal legislatore statale o regionale sulla base di titoli di intervento, espressamente riconosciuti dalla Costituzione, che in qualche modo incrociano la materia dell'organizzazione pubblica ⁽¹²⁰⁾.

Nel nuovo quadro costituzionale lo statuto si configura come atto formalmente amministrativo, ma sostanzialmente come atto normativo atipico, con caratteristiche specifiche, di rango paraprimary o subprimary, posto in posizione di primazia rispet-

ce dell'"organizzazione generale dell'amministrazione e la gestione del personale".

(119) Si è osservato come l'esplicita subordinazione dello statuto alla Carta costituzionale in termini di "armonia" sia indice della volontà del legislatore di creare un parallelismo tra questa formula e quella adottata dall'art. 123 Cost. per gli statuti regionali: G. BALSAMO, *La potestà normativa degli enti locali secondo l'articolo 4 della legge 5 giugno 2003, n. 131, attuativa del nuovo Titolo V della Costituzione*, in www.federalismi.it

(120) M. CALCAGNILE, cit. Il principio di separazione tra poteri di indirizzo e controllo e poteri di gestione amministrativa contenuto nell'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000, ma più in generale sancito nell'art. 4 del d.lgs. n. 165 del 2001, si configura, senza dubbio, come un principio generale di organizzazione pubblica. Peraltro, secondo un certo orientamento dottrinale, si può arrivare a dire che il principio di distinzione tra politica e amministrazione, essendo direttamente riconducibile ai principi di imparzialità e di buon andamento, si eleva al rango di principio costituzionale. Sulla ricostruzione di un principio costituzionale di distinzione tra politica e amministrazione, strettamente connesso all'imparzialità amministrativa e al buon andamento cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica*, Napoli, Jovene, 2002, 109 ss.; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003. v. anche Corte Cost. n. 453/1990 riguardante, nello specifico, la composizione delle commissioni di concorso. Sulla giurisprudenza costituzionale, F. CARLESÌ, *Il lavoro presso le pubbliche amministrazioni*, in *La repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) A. PIOGGIA e L. VANDELLI, Bologna, Il Mulino, 2006, 267.

to alle fonti secondarie dei regolamenti e al di sotto delle leggi di principio, in quanto diretto a fissare le norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente e a porre i criteri generali per il suo funzionamento, da svilupparsi in sede regolamentare⁽¹²¹⁾.

La potestà regolamentare spetta di regola all'ente titolare della corrispondente funzione amministrativa. Fermo restando il principio di legalità, in base al quale la legge (statale o regionale) che conferisce un determinato potere amministrativo può anche fissarne i criteri generali di esercizio, l'ente che è titolare della funzione amministrativa è titolare anche del potere normativo relativo alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento della stessa⁽¹²²⁾. L'art. 4, comma 4 della l. n. 131/2003, nello stabilire che "la disciplina dell'organizzazione, dello svolgimento delle funzioni dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane è riservata alla potestà regolamentare dell'ente locale, nell'ambito della legislazione dello Stato o della Regione, che ne assicura i requisiti minimi di uniformità, secondo le rispettive competenze", è espressione del suddetto principio di legalità in base al quale, come già detto, la legge (statale o regionale) che conferisce un determinato potere amministrativo può anche fissarne i criteri generali di esercizio⁽¹²³⁾.

(121) V. sul punto Cass., sez. un., n. 12868/2005.

(122) Una tale lettura si basa sull'esplicito riconoscimento costituzionale del principio di sussidiarietà verticale in tema di funzioni amministrative (art. 118 Cost.) e, di conseguenza, sul venir meno del principio del parallelismo tra titolarità della funzione legislativa e titolarità della funzione amministrativa. Pertanto, il livello di governo preposto alla cura concreta degli interessi pubblici, sulla base dei principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione, è in questo modo posto nella condizione di regolamentare le funzioni amministrative attribuite. Cfr. R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione* in *Le Regioni*, 2002, p. 370; A. D'ATENA, *Prime impressioni sul progetto di riforma del Titolo V in Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 231; D. SORACE, *La disciplina generale dell'azione amministrativa dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Prime considerazioni* in *Le Regioni*, 2002, p. 671.

(123) M. CALCAGNILE, cit.; F. PIZZETTI, *Art. 4 - Attuazione dell'articolo 114, secondo comma, e dell'articolo 117, sesto comma, della Costituzione in materia di potestà normativa degli enti*, a cura di AA.VV., Rimini, 2003, p. 94. La riserva di regolamento degli enti locali, secondo alcuni autori, è una riserva costituzionale che determina la equiordinazione tra legge e regolamento (Casetta E., *Manuale di diritto*

In tema di ordinamento del personale, a restringere i margini di differenziazione locale, vengono, al pari di quanto detto per le Regioni, in considerazione i già menzionati titoli di competenza normativa esclusiva (l'“ordinamento civile”, art. 117, comma 2, lett. *l*), nella quale può farsi rientrare la disciplina sul rapporto di lavoro del personale; la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio” (art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost.); l'“armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica” (art. 117, comma 3, Cost.). Anche nell'ambito della organizzazione degli enti locali, sono molte le opinioni secondo le quali sarebbe la disciplina sulla dirigenza (dalle norme sui poteri a quelle sulle procedure e criteri di nomina, a quelle sulla responsabilità dirigenziale), quella maggiormente impermeabile alla uniformazione statale. A questa stregua, la legislazione statale non potrebbe più condizionare modello e regole di organizzazione degli apparati comunali e provinciali, in particolare quando si tratta di alta burocrazia (¹²⁴), salva la possibilità di dettare principi generali di organizzazione pubblica nell'esercizio di competenze trasversali interferenti nella materia dell'organizzazione amministrativa (¹²⁵).

amministrativo, Milano, Giuffrè, 2005, p. 362). Circa la possibilità per il regolamento di riflettersi sui profili organizzativi relativi alla organizzazione del personale, si è osservato (L. OLIVIERI, *La posizione dei regolamenti degli enti locali nella gerarchia delle fonti, Le materie assegnate dalla costituzione alla potestà regolamentare*, in www.lexitalia.it) che il suo campo di azione riguarda la disciplina delle funzioni ovvero del procedimento e quindi solo indirettamente può investire l'apparato.

(124) A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo* in *Le Regioni*, 2001, p. 1318; F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2-3, 2002, 432.

(125) Secondo M. CERBONE (*L'impatto della riforma sul lavoro pubblico locale*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, ESI, 2009) dalla lettura della sentenza Corte Cost. n. 233/06 si evince la non necessità, costituzionalmente individuata, di ridurre l'autonomia organizzativa dell'ente a favore di ragioni di unitarietà, quanto allo specifico terreno degli incarichi dirigenziali. Al contrario, la centralità della dimensione organizzativa - che la Corte ha avuto modo di richiamare anche in altre pronunce, a supporto della validità del processo di privatizzazione - con i paletti posti dalla Consulta medesima, mi pare consenta addirittura di conferire irrilevanza alla questione dei rischi di un debordare dell'auto-

6. Le criticità irrisolte del lavoro pubblico privatizzato

La “privatizzazione” del lavoro pubblico non ha mantenuto le promesse. I numerosi interventi volti ad arrestare la crisi della capacità produttiva e qualitativa della pubblica amministrazione (sia pure con i consueti tratti distintivi tra le aree Nord e Sud del Paese) non ha ancora segnato una tangibile inversione di rotta mentre la spesa pubblica continua ad avere un impatto pesante sui principali indicatori di finanza pubblica (*deficit* e debito pubblico).

La mera adozione del modulo giuridico privatistico non è stata sufficiente a intaccare le cause profonde del “dissesto” radicate negli assetti istituzionali del potere burocratico, nello stile gestionale del datore pubblico, nei fattori motivazionali dei lavoratori.

L’assenza di un conflitto di interessi reale con i lavoratori ha reso flebile l’esercizio delle prerogative datoriali. Il datore, nella sua componente politica, ha bisogno del consenso e non sopporta gli oneri economici delle scelte. Il datore, nella sua componente burocratica, a dispetto della sbandierata autonomia, è quanto mai permeabile ai condizionamenti ed al “fuoco” incrociato di sindacati e politica.

L’efficacia dell’ufficio dirigenziale “privatizzato” è pesantemente condizionata dalla capacità di pianificazione degli obiettivi, dalla scelta del personale meglio in grado di realizzarlo, dai meccanismi di controllo dei risultati. Per contro, l’esperienza ci ha consegnato un dirigente politicamente “fidelizzato” la cui conferma nell’incarico, spesso, dipende più dal gradimento personale che dai risultati conseguiti. Un dirigente,

nomia organizzativa locale. Se si accoglie l’impostazione di una piena autonomia dell’Ente locale almeno sui profili dell’incarico più interrelati con le esigenze organizzative (per effetto del dato costituzionale dell’autonomia organizzativa statutaria e regolamentare direttamente riconosciuta in capo all’Ente locale) - si pensi, ad esempio, all’individuazione dei criteri di conferimento dell’incarico dirigenziale, che sarebbe irragionevole affidare alla determinazione condotta dal legislatore statale - non mi pare che si determinino scompensi. Lo stesso Autore ammette però che gli spazi entro cui dovrebbe muoversi l’Ente non sono ampi: al contrario, essi si rivelano angusti.

in definitiva, reso incapace di punire quanto di premiare ⁽¹²⁶⁾.

Anche gli altri organismi pubblici preposti alle diverse funzioni datoriali hanno mancato di esercitare con efficacia le funzioni per la mancanza di una predeterminazione di obiettivi e criteri precisi. L'organo tecnico negoziatore (l'ARAN), in particolare, pensato per superare l'esperienza concreta che aveva evidenziato l'assoluta debolezza della politica ad assumere il ruolo di autentica controparte dei dipendenti, non ha dato buona prova di sé perché la contrattazione spesso la fa il governo ovvero si svolge in sede decentrata. Quest'ultima è divenuta una sorta di fonte sindacale, disciplinando parte della organizzazione uffici, le progressioni interne e trasformando la parte variabile della retribuzione in una voce da distribuire a tutti ⁽¹²⁷⁾.

Il personale non sottoposto ad una obiettiva valutazione e non usufruendo di adeguati incentivi (in termini, soprattutto, di premi e di sanzioni) e privato di una carriera trasparente da percorrere (dove la progressione interna è ancorata alla anzianità, al titolo, alla certificazione di frequenza a corsi di formazione e non alle prestazioni individuali), non è mai stato davvero interessato a quel tanto invocato passaggio dalla cultura della funzione (ossia di mera adozione ed esecuzione del provvedimento) a quella del risultato, bloccando sul nascere ogni possibilità di produrre un tangibile miglioramento della qualità delle amministrazioni pubbliche.

7. "L'aziendalizzazione" del lavoro pubblico nella novella del 2009

La legge n. 15/2009 ⁽¹²⁸⁾ ha conferito al Governo una delega

(126) V. GASPARINI CASARI, cit., 18

(127) S. BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, in *Giornale di dir. amm.*, 2009, 5, pp. 476-477; la perdita di controllo sulla contrattazione integrativa, ha determinato l'utilizzazione del personale precario a compensazione del blocco delle assunzioni.

(128) Tra i primi commenti, cfr. F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, in *Lav. nelle p.a.*, 2008, 6, p. 949.

finalizzata all’ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni ⁽¹²⁹⁾. L’attuazione è avvenuta ad opera del d.lgs. n. 150/2009 ⁽¹³⁰⁾. La tecnica redazionale utilizzata è quella della novella al d.lgs. n. 165/2001 (anche se parte rilevante della disciplina non vi è confluita).

L’obiettivo esplicitamente perseguito è quello di realizzare un intervento radicale nella disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche (che coinvolge i processi di attribuzione delle risorse, gli obiettivi, il controllo interno, gli strumenti della gestione), al fine di elevare gli standard qualitativi ed economici delle funzioni e dei servizi.

Le cause del basso tasso di produttività e di efficienza sono previamente individuate: nell’inefficacia della contrattazione collettiva (risultando il potere di organizzazione e gestione invaso dalla contrattazione); nell’insussistenza di serie metodologiche di valutazione del rendimento; nella non meritocrazia nelle progressioni in carriera e negli incentivi economici; nel sistema delle responsabilità non adeguatamente deterrente; nel divario nell’ordinamento dei diritti.

Coerentemente a tale “diagnosi”, i punti di incidenza dell’intervento normativo sono: 1) la ridefinizione degli ambiti riservati rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva e la modifica della disciplina della contrattazione collettiva

(129) La riforma è stata preceduta da due elaborati del 28 maggio e del 4 giugno 2008, intitolati rispettivamente “*Linee programmatiche sulla riforma della pubblica amministrazione. Piano industriale*” e “*Riforma del lavoro pubblico e della contrattazione collettiva*”. La legge delega segue a stretto giro gli interventi contenuti nel d.l. n. 112/2008, convertito con modificazioni nella l. n. 133/2008, finalizzati al contenimento della spesa pubblica, recanti (limitandoci a quelli di maggior rilievo): ridimensionamento dei distacchi, aspettative e permessi sindacali; provvista di personale “precario”; riduzione degli organismi collegiali e di duplicazione delle strutture; introduzione di meccanismi restrittivi del reclutamento di personale per il 2009-2011; controlli sulla contrattazione collettiva integrativa circa il superamento dei limiti imposti dai vincoli di finanza pubblica e degli indirizzi generali assunti in materia in sede di contrattazione nazionale; contrasto all’assenteismo in termini di disincentivo economico e controllo; previsione che la richiesta di trasformazione del rapporto da tempo pieno al tempo parziale possa essere ora rifiutata motivando il pregiudizio per l’amministrazione.

(130) In G.U. n. 254 del 31 ottobre 2009, in vigore dal 15 novembre 2009.

nel settore pubblico; 2) l'introduzione di nuovi sistemi di valutazione delle strutture e dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche per introdurre fattori di valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa; 3) la modifica della disciplina della dirigenza pubblica attraverso la selettività e la valorizzazione delle capacità e dei risultati ai fini degli incarichi dirigenziali ed il rafforzamento dell'autonomia, dei poteri e della responsabilità della dirigenza; 4) la modifica della disciplina delle sanzioni disciplinari e della responsabilità dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, come azione di contrasto alla scarsa produttività e all'assenteismo; 5) l'introduzione di fattori di trasparenza dell'operato delle amministrazioni pubbliche a garanzia della legalità e di pubblica rendicontazione.

L'asse della riforma, come si vede, sta soprattutto nella forte accentuazione della selettività nell'attribuzione degli incentivi economici e di carriera, in modo da favorire i migliori ed incoraggiare l'impegno sul lavoro. A questi fini, il legislatore ha ritenuto di introdurre una regolazione speciale dei rapporti intersoggettivi in grado di dare nuovo impulso al processo di convergenza con il lavoro privato non più in termini di unificazione normativa e di delegificazione (come sperimentato con la privatizzazione), quanto in termini "sostanziali", ovvero di cultura e di motivazione dei lavoratori. A tal fine, si è sperimentato l'innesto sul tronco dell'organizzazione pubblica dei più collaudati modelli gestionali dell'azienda privata articolati nella sequenza: valutazione, trasparenza, merito, premialità, carriera, sanzioni. Quale surrogato dell'inesistente concorrenza di mercato a fungere da stimolo esterno al miglioramento dei servizi offerti, sta la definizione normativa inderogabile di taluni profili del rapporto. Attraverso, poi, la trasparenza e la pubblicità degli atti di valutazione e dei risultati ottenuti, si vuole creare una figura di datore di lavoro che "risponda" effettivamente del suo operare in termini politico-amministrativi (similmente a quanto avviene con il fallimento dell'imprenditore privato).

L'approdo, dunque, non è verso il diritto comune (al contrario la disciplina del lavoro pubblico incrementa di molto la sua

settorialità), ma verso la creazione degli equivalenti funzionali e delle dinamiche motivazionali del mercato privato che, nel pubblico, non esistono “in natura” ma che, si ritiene, si possono “simulare”, consentendo di utilizzare in maniera ottimale le risorse umane disponibili anche per la compiuta ed efficiente realizzazione dei fini pubblici.

I requisiti strutturali del modello organizzativo introdotto negli anni '90 restano, sostanzialmente, immutati: il formante della relazione giuridica del lavoratore pubblico continua ad essere il rapporto obbligatorio e non la potestà pubblica; persiste la separazione di competenze e di funzioni tra organo politico ed apparato burocratico; vengono anche accentuati gli strumenti di flessibilità organizzativa.

La novella, dunque, non stravolge ma rilegifica allo scopo di assicurare gli scopi e l'effettività della privatizzazione (¹³¹).

Il ritorno alla logica della disciplina di settore, al di là del giudizio che potrà darsi sulla efficacia dell'intervento, è la presa d'atto di come le formule giuridiche non possano sostituirsi all'ontologia delle cose e dei concetti: il lavoro pubblico era e rimane distinto dal lavoro privato per il carattere indefinito del datore, per lo svolgersi all'interno di apparati controllati dalla classe politica di volta in volta maggioritaria, per il particolare contenuto della prestazione lavorativa strumentale alla erogazione di utilità pubbliche, per la mancanza di meccanismi espulsivi dal mercato.

Si offre di seguito un primo quadro d'insieme della novella, limitato agli aspetti di più spiccato interesse ai fini della ricostruzione della fisionomia del modello organizzativo che ne consegue, rinviando l'approfondimento problematico ai contributi specifici rispetto ai quali è bene non vi siano inutili sovrapposizioni.

7.1. *La regolazione dei confini tra legge, potere organizzativo e contratto*

(131) In tal senso anche G. D'AURIA, *La nuova riforma del lavoro pubblico e le autonomie regionali e locali*, in *Giorn. diritto amm.*, 2009,5, 488; C. SIVESTRO, *La riforma Brunetta del pubblico impiego*, Roma, Dike, 2009, 11.

L'art. 1 della legge delega ha riformulato l'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/2001. La disposizione, precedentemente prescriveva che *“eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario”*. In senso inverso, ora i contratti collettivi potranno disapplicare norme di settore in materia di lavoro pubblico solo allorquando sia la stessa legge a conferire questa facoltà. La inderogabilità della legge diviene la regola, la derogabilità diviene eccezione da dichiararsi espressamente ⁽¹³²⁾.

La modifica influisce solo in parte sul processo di delegificazione, facendo essa riferimento solo ai trattamenti normativi e non al meccanismo di disapplicazione automatica delle disposizioni in materia retributiva che resta immutato ⁽¹³³⁾.

In disparte il contraccolpo “politico” subito dalla fonte sindacale, la novella testimonia, in maniera inequivocabile, una rinnovata propensione verso un modello di lavoro pubblico sottoposto (nei suoi aspetti qualificanti) ad una disciplina di settore inderogabile dai contratti collettivi; l'ideale di un diritto del lavoro “comune” ne esce ridimensionato da principio informatore a criterio meramente tendenziale ⁽¹³⁴⁾.

Si è proceduto, altresì, ad una nuova definizione dei confini tra materie riservate alla legge, alle fonti unilaterali pubblicisti-

(132) F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi*, cit., osserva essere tale innovazione contraria alla logica comune, perché toccherebbe allo stesso autore della legge ammettere che sia tanto provvisoria da poter essere messa in non cale dalla contrattazione collettiva del giorno dopo.

(133) Art. 2, comma 3, d.lgs. n. 165/2001.

(134) L'art. 2, comma 3 bis, d.lgs. 165/2001, di nuova introduzione, recita: *Nel caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva, si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile.*

che e alla contrattazione collettiva ⁽¹³⁵⁾.

Il legislatore, come già anticipato, ha provveduto ad una parziale rilegificazione, sottraendo una serie di materie alla contrattazione collettiva: non soltanto aspetti di confine tra lavoro ed organizzazione (come i principi generali sulla valutazione), ma anche diversi contenuti della relazione intersoggettiva (sanzioni disciplinari, premialità, anticipazione dei benefici nel caso di ritardi nel rinnovo, progressione in carriera).

Sul piano delle fonti di organizzazione, il fondamento dell'intervento è quello di scongiurare quelle forme ambigue di cogestione sindacale (si pensi alle progressioni interne) che, specie a livello decentrato, erano state consentite dalla debolezza del datore pubblico ⁽¹³⁶⁾. Correlativamente, si vuole così rafforzare l'autonomia e la responsabilità del dirigente nei confronti dell'invasione della contrattazione.

L'art. 5, comma 2, d.lgs. 165 riformulato ⁽¹³⁷⁾, specifica che le determinazioni inerenti l'organizzazione degli uffici sono assunte "in via esclusiva" dagli organi preposti alla gestione con

(135) Si ripropone un sistema molto simile a quello utilizzato dalla legge quadro del n. 93/1983 che conteneva un'elencazione minuziosa delle materie disciplinabili per legge e di quelle disciplinabili "in base ad accordi". Ritiene che la legge abbia semplicemente precisato e non modificato lo spartiacque di cui all'art. 2 del decreto, V. TALAMO, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in *Giorn. Di dir. amm.*, 2009, 5, p. 471.

(136) Come nel settore delle progressioni interne all'area delimitata dal sistema di classificazione professionale definito dal CCNL (nel caso di progressione esterna occorre il concorso e quindi il contratto sarebbe nullo per impossibilità dell'oggetto: V. TALAMO, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 469.

(137) Dall'articolo 34, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 150/2009. Lo stesso art. 34, aggiungendo un comma 3 bis all'art. 5 d.lgs. 165/2001, ha esteso anche alle Amministrazioni indipendenti le disposizioni ivi contenute e quindi: i criteri generali sull'organizzazione di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. 165/2001 ed la qualificazione della capacità negoziale del privato datore lavoro nella organizzazione degli uffici e nella gestione dei rapporti di lavoro. La norma presenta un aspetto equivoco: mancando, infatti, una contemporanea estensione dei principi di "privatizzazione" e "contrattualizzazione" delle fonti del rapporto (permane, infatti, la disposizione di deroga all'art. 2, commi 2 e 3 d.lgs. 165/2001), deve ritenersi che la qualificazione del potere di gestione in termini negoziali sia precettivo solo per le Autorità il cui ordinamento interno sia, già di per sé, informato ai primi; in mancanza, la norma dovrà ritenersi estensiva del solo principio di esclusività delle prerogative gestionali in capo al dirigente.

la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatta salva la sola informazione ai sindacati (e non più la partecipazione ⁽¹³⁸⁾), sempre ove prevista nei contratti. Rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri esclusivi del dirigente le misure inerenti la gestione delle risorse umane nonché la direzione e l'organizzazione del lavoro. A maggior conferma, l'art. 40 d.lgs. n. 165/2001 riformulato, statuisce che la contrattazione collettiva determina (solo) i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali mentre sono escluse dalla contrattazione collettiva le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale (ai sensi dell'articolo 9 d.lgs. n. 165/2001), quelle afferenti alle funzioni dirigenziali ⁽¹³⁹⁾ compreso il conferimento e la revoca degli incarichi e, da ultimo, le "sette materie" di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), della l. n. 421/1992. In tema di sanzioni disciplinari, valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, mobilità e progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge.

Anche sul piano della disciplina del rapporto intersoggettivo, il "datore pubblico" si riappropria (con lo strumento dell'atto di indirizzo di fonte legale) del potere di definire l'oggetto della prestazione. Si restituisce, in tal modo, alla componente datoriale politica (Parlamento e Governo) il ruolo di regolare il rapporto di lavoro pubblico a salvaguardia delle sue specificità e dell'interesse pubblico, alla cui tutela deve essere rivolta anche la disciplina dell'organizzazione. Sono ora le fonti del diritto primarie a fissare con chiarezza ruoli, competenze, funzioni (e connesse responsabilità) dei vari soggetti, enti, organismi che contribuiscono a formare nel suo complesso la figura del datore di lavoro pubblico e di assicurare lo svolgi-

(138) Correlativamente, l'art. 9 d.lgs. n. 165/2001 (come sostituito dall'articolo 36, comma 1, del d.lgs. n. 150/2009) non prevede più la possibilità di partecipazione sindacale nella sfera degli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro.

(139) Di cui agli articoli 5, comma 2, 16 e 17 d.lgs. n. 165/2001.

mento di tali competenze e funzioni, in condizioni di autonomia e professionalità adeguate, di indicare gli obiettivi da perseguire, nonché i criteri ed i modi per una efficiente azione ed organizzazione amministrativa (¹⁴⁰).

7.2. Il mutato quadro delle relazioni sindacali

La contrattazione collettiva viene assoggettata ad una serie di nuovi limiti e vincoli sul piano sia dei contenuti che del procedimento.

Sul piano dei contenuti, i contratti collettivi definiscono trattamenti economici accessori collegati alla performance individuale, alla performance organizzativa (con riferimento sia all'amministrazione nel suo complesso che alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui essa si articola) e all'effettivo svolgimento di attività obiettivamente disagiate ovvero pericolose o dannose per la salute (¹⁴¹). Le nuove disposizioni fondano un legame forte tra contrattazione decentrata, valutazione e premialità, intensificando il condizionamento della retribuzione accessoria all'effettivo conseguimento di risultati programmati e di risparmi di gestione (¹⁴²).

La contrattazione collettiva, sotto altro profilo, nel disciplinare la durata dei contratti collettivi nazionali e integrativi, stabilisce che vi sia coincidenza fra la vigenza della disciplina giuridica e di quella economica (art. 40, comma 3 d.lgs. n. 165/2001).

Sul piano procedurale, vengono soprattutto resi più stringenti i controlli sulla compatibilità dei vincoli di bilancio della con-

(140) V. GASPERINI CASARI, *cit.*

(141) Cfr. art. 45 d.lgs. n. 165/2001, commi 3 e 3 bis.

(142) In particolare, la contrattazione collettiva integrativa deve assicurare adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance. A tale fine destina al trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale una quota prevalente del trattamento accessorio complessivo comunque denominato. I contratti collettivi nazionali definiscono il termine delle sessioni negoziali in sede decentrata. Alla scadenza del termine le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e decisione (art. 40, comma 3 bis, d.lgs. n. 165/2001).

trattazione integrativa e strumenti di semplificazione e razionalizzazione delle procedure di approvazione. Vengono ridotti il numero dei comparti e le aree di contrattazione.

In particolare, ogni accordo decentrato è accompagnato da una relazione tecnica e da una relazione illustrativa, entrambe rese accessibili tanto agli organi di controllo quanto al pubblico. La relazione illustrativa deve essere redatta in modo tale da consentire al pubblico di valutare quanto la contrattazione decentrata sia effettivamente improntata al principio di premiare la produttività e l'efficienza nell'offerta di servizi pubblici, anche in relazione alle effettive richieste dei cittadini, che dovranno essere raccolte attraverso modelli di rilevazione standardizzati e tecniche di rilevazione della *customer satisfaction*.

Al fine, poi, di incentivare la conclusione tempestiva degli accordi e di tutelare il profilo retributivo dei dipendenti in caso di mancato accordo, di erogare, in via provvisoria, ai dipendenti le somme stanziare dalla legge finanziaria per i rinnovi contrattuali (per le sole voci stipendiali); come pure, in alternativa a questa, la copertura economica del periodo di vacanza contrattuale secondo misure e modalità stabilite dalla contrattazione nazionale e comunque nei limiti previsti dalla legge finanziaria in sede di definizione delle risorse contrattuali (art. 47 *bis*, comma 3 *ter*, d.lgs. n. 165/2001).

È, in ogni caso, inibito alle pubbliche amministrazioni di sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali o che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale ovvero che comportano oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione. Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile (articolo 40, comma 3 *quinqies*, sesto periodo, d.lgs. n. 165/2001). In caso di accertato superamento di vincoli finanziari da parte delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, del Diparti-

mento della funzione pubblica o del Ministero dell'economia e delle finanze è fatto altresì obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva (art. 40, comma 3 quinquies, d.lgs. n. 165/2001).

Per le amministrazioni delle autonomie locali, sono previsti vincoli di approvazione preventiva meno stringenti che per le amministrazioni centrali, ma comunque nel rispetto dei patti di stabilità e dei limiti fissati dai bilanci pluriennali. Le amministrazioni locali, peraltro, possono eventualmente aggiungere risorse proprie a quelle definite dalla contrattazione nazionale a favore della contrattazione integrativa, sempre nel rispetto dei limiti indicati (¹⁴³).

Il controllo sulla compatibilità dei costi della contrattazione collettiva integrativa con i vincoli di bilancio e quelli derivanti dall'applicazione delle norme di legge, con particolare riferimento alle disposizioni inderogabili che incidono sulla misura e sulla corresponsione dei trattamenti accessori è effettuato dal collegio dei revisori dei conti, dal collegio sindacale, dagli uffici centrali di bilancio o dagli analoghi organi previsti dai rispettivi ordinamenti.

Si richiede alle amministrazioni centrali di inviare annualmente e pubblicare su proprio sito informazioni certificate sul costo degli accordi integrativi al Ministero dell'economia, e da questo alla Corte dei conti (¹⁴⁴).

(143) Le regioni, per quanto concerne le proprie amministrazioni, e gli enti locali possono destinare risorse aggiuntive alla contrattazione integrativa nei limiti stabiliti dalla contrattazione nazionale e nei limiti dei parametri di virtuosità fissati per la spesa di personale dalle vigenti disposizioni, in ogni caso nel rispetto dei vincoli di bilancio e del patto di stabilità e di analoghi strumenti del contenimento della spesa. Lo stanziamento delle risorse aggiuntive per la contrattazione integrativa è correlato all'affettivo rispetto dei principi in materia di misurazione, valutazione e trasparenza della performance e in materia di merito e premi applicabili alle regioni e agli enti locali secondo quanto previsto dagli articoli 16 e 31 del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni (art. 40, comma 3 quinquies, d.lgs. n. 165/2001).

(144) Art. 40, comma 3 sexies, d.lgs. n. 165/2001. Tali informazioni sono volte ad accertare, oltre il rispetto dei vincoli finanziari in ordine sia alla consistenza delle risorse assegnate ai fondi per la contrattazione integrativa sia all'evoluzione della consistenza dei fondi e della spesa derivante dai contratti integrativi applicati, anche la

Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le parti contraenti sono soggette a sanzione, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite. È fatto altresì obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva delle spese eccedenti i limiti.

Per assicurare la continuità della funzione pubblica, qualora non si raggiunga l'accordo per la stipulazione di un contratto collettivo integrativo, l'amministrazione interessata può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione. Anche agli atti adottati unilateralmente si applicano le predette procedure di controllo di compatibilità economico-finanziaria previste dall'articolo 40 *bis* ⁽¹⁴⁵⁾.

In attuazione del principio di delega sulla riduzione del numero dei comparti e delle aree di contrattazione, ferma restando la competenza della contrattazione collettiva per l'individuazione della relativa composizione, il decreto fissa a quattro il numero massimo dei comparti di contrattazione ⁽¹⁴⁶⁾. Lo scopo

concreta definizione ed applicazione di criteri improntati alla premialità, al riconoscimento del merito ed alla valorizzazione dell'impegno e della qualità della performance individuale, con riguardo ai diversi istituti finanziati dalla contrattazione integrativa, nonché a parametri di selettività, con particolare riferimento alle progressioni economiche. Le informazioni trasmesse alla Corte dei conti, ferme restando le ipotesi di responsabilità eventualmente ravvisabili le utilizza, unitamente a quelle trasmesse ai sensi del Titolo V, anche ai fini del referto sul costo del lavoro.

(145) Inoltre, ai fini di un più stretto collegamento della remunerazione ai risultati, la Commissione per la valutazione fornisce annualmente all'ARAN una graduatoria di performance delle singole amministrazioni statali per comparto contrattuale, disponendole su almeno tre diversi livelli di merito, e la contrattazione collettiva nazionale definisce le modalità di ripartizione delle risorse per la contrattazione decentrata tra tali livelli di merito, in accordo con un principio di premialità e di riconoscimento economico dei risultati delle singole amministrazioni (art. 40, comma 3 quater, d.lgs. n. 165/2001).

(146) Tramite appositi accordi tra l'ARAN e le Confederazioni rappresentative, secondo le procedure di cui agli articoli 41, comma 5, e 47, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, sono definiti fino a un massimo di quattro comparti di contrattazione collettiva nazionale, cui corrispondono non più di quattro separate aree per la dirigenza. Una apposita sezione contrattuale di un'area dirigenziale riguarda la dirigenza del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale, per gli effetti di cui all'articolo 15 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni. Nell'ambito dei comparti di contrattazione possono essere costituite ap-

perseguito, con tutta evidenza, è quello di una razionalizzazione e centralizzazione della estensione verticale degli ambiti di contrattazione operata con la limitazione del numero dei comparti.

Permane la distinzione tra soggetto politico e tecnico nella negoziazione dei contratti nazionali. Gli atti di indirizzi all'ARAN e le altre competenze relative alla contrattazione collettiva vengono esercitati da comitati di settore. Per tutte le amministrazioni centrali opera come comitato di settore, il Presidente del Consiglio dei ministri tramite il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e finanze, nel rispetto delle specificità dei singoli comparti. A tal fine vengono promosse forme di coinvolgimento delle varie istanze rappresentative che operano nei diversi settori della pubblica amministrazione ⁽¹⁴⁷⁾. Si prevede ora che il Presidente dell'ARAN sia nominato con decreto del Presidente della Repubblica, previo favorevole parere delle competenti Commissioni parlamentari ⁽¹⁴⁸⁾.

Con riferimento al procedimento di contrattazione collettiva, la Corte dei conti, come in passato, certifica l'attendibilità dei costi quantificati e la loro compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio. Ora, tuttavia, si prevede che, in caso di certificazione non positiva della Corte dei conti le parti contraenti non possono procedere alla sottoscrizione definitiva

posite sezioni contrattuali per specifiche professionalità (art. 40, comma 2, d.lgs. n. 165/2001).

(147) Per le amministrazioni regionali e il Servizio sanitario nazionale, nonché per gli enti locali e i segretari comunali e provinciali, viene costituito un secondo comitato di settore. Rappresentanti designati dai comitati di settore possono assistere l'ARAN nello svolgimento delle trattative (art. 41, comma 2, d.lgs. n. 165/2001).

(148) Il Presidente rappresenta l'Agenzia, coordina il Comitato di indirizzo e controllo ed è scelto fra esperti, anche estranei alla pubblica amministrazione, nel rispetto di stringenti disposizioni riguardanti le incompatibilità. Il Presidente viene coadiuvato da un Collegio di indirizzo e controllo, che ha il compito di coordinare la strategia negoziale e di assicurarne l'omogeneità, assumendo la responsabilità per la contrattazione collettiva e verificando che le trattative si svolgano in coerenza con le direttive contenute negli atti di indirizzo. Il collegio è costituito da quattro componenti scelti tra esperti di riconosciuta competenza. Due di essi sono designati su proposta, rispettivamente, del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e del Ministro dell'economia e finanze, e gli altri due, rispettivamente, dall'ANCI e dall'UPI e dalla Conferenza dei Presidenti delle Regioni (art. 46 d.lgs. n. 165/2001).

dell'ipotesi di accordo. Nella predetta ipotesi, il Presidente dell'ARAN, d'intesa con il competente comitato di settore, che può dettare indirizzi aggiuntivi, provvede alla riapertura delle trattative ed alla sottoscrizione di una nuova ipotesi di accordo adeguando i costi contrattuali ai fini delle certificazioni (art. 47 d.lgs. n. 165/2001).

7.3. *Compiti, garanzie e responsabilità dei dirigenti "manager"*

Una parte significativa della novella è volta a ridefinire competenze, poteri e responsabilità del dirigente connesse al suo ruolo di datore di lavoro. Le innovazioni (nelle intenzioni del legislatore) dovrebbero restituirci la fisionomia di un vero "manager" nella gestione delle risorse umane assegnategli e non più un mero custode della legittima esecuzione del provvedimento⁽¹⁴⁹⁾.

Del rafforzamento delle prerogative dirigenziali in punto di organizzazione degli uffici e del lavoro si è già detto. Esaminiamo, ora, le restanti linee di intervento.

In primo luogo, si assiste ad un indubbio ampliamento di competenze. Si definisce il ruolo di supporto dei dirigenti (alle decisioni dell'organo di indirizzo politico-amministrativo) nella fase di definizione degli obiettivi e degli indicatori (art. 5 d.lgs. n. 150/2009), di monitoraggio della performance (art. 6 d.lgs. n. 150/2009), nei processi di misurazione e valutazione del personale (art. 7, 9, 12 d.lgs. n. 150/2009). Viene conferito, altresì, il potere di proporre le risorse e i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti⁽¹⁵⁰⁾.

(149) C. SILVESTRO, cit., 112.

(150) All'art. 16 d.lgs. n. 165/2001, comma 1, alla lettera a) è stata inserita la seguente lettera: "a-bis) propongono le risorse e i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'articolo 6, comma 4". Dopo la lettera l) è stata aggiunta la seguente: "l-bis) concorrono alla definizione di misure idonee a prevenire e contrastare i fenomeni di corruzione e a controllarne il rispetto da parte dei dipendenti dell'ufficio cui sono preposti".

Nuove competenze vengano attribuite anche ai fini della progressione economica, della corresponsione di indennità e premi incentivanti, nelle procedure di mobilità con riguardo al personale appartenente a ruoli che presentano situazioni di esubero, al fine di promuovere il riequilibrio e il più efficiente impiego delle risorse umane ⁽¹⁵¹⁾.

Sotto altro profilo, vengono fissate nuove regole per l'accesso alla qualifica dirigenziale. Difatti, si prevede un canale concorsuale per il passaggio alla prima fascia, aggiuntivo rispetto alla promozione ordinaria derivante dallo svolgimento di incarichi dirigenziali generali da parte di dirigenti di seconda fascia (in particolare, l'accesso alla qualifica di dirigente di prima fascia nelle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, e negli enti pubblici non economici avviene per concorso pubblico per titoli ed esami indetto dalle singole amministrazioni sulla base di criteri generali stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previo parere della Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, per il 50 per cento dei posti calcolati con riferimento a quelli che si rendono disponibili ogni anno per la cessazione dal servizio dei soggetti incaricati ⁽¹⁵²⁾).

All'art. 17, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, dopo la lettera d) è stata inserita la seguente lettera: "*d-bis) concorrono all'individuazione delle risorse e dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'articolo 6, comma 4; alla lettera e), sono state aggiunte, in fine, le seguenti parole: «, anche ai sensi di quanto previsto all'articolo 16, comma 1, lettera l-bis». Vedi anche art. 6, comma 4 bis, d.lgs. n. 165/2001).*

(151) All'art. 17, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, dopo la lettera e) è aggiunta seguente lettera: "*e-bis) effettuano la valutazione del personale assegnato ai propri uffici, nel rispetto del principio del merito, ai fini della progressione economica e tra le aree, nonché della corresponsione di indennità e premi incentivanti*".

(152) Al concorso possono essere ammessi i dirigenti di ruolo delle pubbliche amministrazioni, che abbiano maturato almeno cinque anni di servizio nei ruoli dirigenziali e gli altri soggetti in possesso di titoli di studio e professionali individuati nei bandi di concorso, con riferimento alle specifiche esigenze dell'Amministrazione. I vincitori del concorso, anteriormente al conferimento dell'incarico dirigenziale generale, sono tenuti all'espletamento di un periodo di formazione presso uffici amministrativi di uno Stato dell'Unione europea o di un organismo comunitario o internazionale. Si prevede comunque la facoltà per l'amministrazione di provvedere (nei casi in cui lo svolgimento dei relativi incarichi richieda specifica esperienza e peculiare professio-

Viene promossa la mobilità, sia nazionale che internazionale, dei dirigenti la cui esperienza deve essere valorizzata ai fini del conferimento degli incarichi dirigenziali (ai fini della mobilità intercompartimentale v. art. 29 *bis*, d.lgs. n. 165/2001).

Sono introdotte nuove forme di responsabilità legate sia al raggiungimento degli obiettivi assegnati sia al controllo sulla produttività del proprio personale, in quest'ultimo caso al fine di costringerlo ad assumere un ruolo di datore forte e per mobilitarlo nell'azione di contrasto ai fenomeni di scarso impegno. Tra le nuove fattispecie, si ricorda: la mancata adozione del piano della performance (art. 10, comma 5, d.lgs. n. 150/2009); la mancata adozione del programma per la trasparenza e la integrità (art. 11, comma 9, d.lgs. n. 150/2009); la mancata individuazione delle eccedenze delle unità di personale (art. 33, comma 1 bis, d.lgs. n. 165/2001); il mancato esercizio del potere disciplinare (art. 55 *sexies*, d.lgs. n. 165/2001) ⁽¹⁵³⁾. Una importante novità è pure contenuta nel nuovo comma 1 bis dell'art. 21, d.lgs. n. 165/2001 alla cui stregua, al dirigente nei confronti del quale sia stata accertata, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio secondo le procedure previste dalla legge e dai contratti collettivi nazionali, la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, la retribuzione di risultato è decurtata, sentito il Comitato dei garanti, in relazione alla gravità della violazione di una quota fino all'ottanta per cento.

In ordine alla struttura retributiva, la novella rimarca il le-

nalità) alla copertura di una quota non superiore alla metà dei posti in questione anche con contratto di diritto privato a tempo determinato, stipulato a seguito dell'espletamento di un concorso pubblico aperto ai soggetti in possesso dei requisiti professionali e delle attitudini manageriali corrispondenti al posto di funzione da coprire. Tali contratti sono stipulati per un periodo non superiore a tre anni (art. 28 bis, d.lgs. n. 165/2001)

(153) Una nuova ipotesi di responsabilità dirigenziale era stata introdotta recentemente anche dal nuovo comma 1 bis di cui all'art. 2 l. n. 241/1990, in tema di rispetto dei termini procedurali per provvedere.

game delle componenti accessorie alla posizione organizzativa ed ai risultati (retribuzione di posizione e risultato), e la soggezione al principio di onnicomprensività (art. 24, d.lgs. n. 165/2001). Si specificano, altresì, le modalità per l'assegnazione del trattamento economico accessorio sulla base del principio della valorizzazione del merito, fissando (comma 1 bis) la percentuale minima della retribuzione che deve essere riservata al trattamento accessorio.

I dirigenti, da ultimo, oltre che soggetti attivi, sono anche soggetti passivi del complesso sistema di valutazione, premialità ed incentivo, ora dettagliatamente disciplinato (v. paragrafo 7.5.)

7.4. Parziali modifiche nell'assetto istituzionale tra vertice politico e potere burocratico

Tra gli obiettivi dichiarati dell'intervento delegato vi è il rafforzamento della distinzione tra funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti agli organi burocratici, regolando anche il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico degli organi di governo in ambito amministrativo ⁽¹⁵⁴⁾.

(154) In particolare, sotto tale profilo, il Governo era delegato ad affermare la piena autonomia e responsabilità del dirigente, in qualità di soggetto che esercita i poteri del datore di lavoro pubblico, nella gestione delle risorse umane; ridefinire i criteri di conferimento, mutamento o revoca degli incarichi dirigenziali, adeguando la relativa disciplina ai principi di trasparenza e pubblicità ed ai principi desumibili anche dalla giurisprudenza costituzionale e delle giurisdizioni superiori, escludendo la conferma dell'incarico dirigenziale ricoperto in caso di mancato raggiungimento dei risultati valutati sulla base dei criteri e degli obiettivi indicati al momento del conferimento dell'incarico, secondo i sistemi di valutazione adottati dall'amministrazione, e ridefinire, altresì, la disciplina relativa al conferimento degli incarichi ai soggetti estranei alla pubblica amministrazione e ai dirigenti non appartenenti ai ruoli, prevedendo comunque la riduzione, rispetto a quanto previsto dalla normativa vigente, delle quote percentuali di dotazione organica entro cui è possibile il conferimento degli incarichi medesimi" (art. 6 l. n. 15/2009).

Dall'esame del decreto di attuazione si evince effettivamente un parziale rafforzamento del principio di separazione oltre che il riconoscimento di una maggiore autonomia dei dirigenti nell'esercizio dei poteri datoriali e nella gestione delle risorse umane ⁽¹⁵⁵⁾. Invero, anche se all'accrescere della responsabilità dei dirigenti, corrisponde una più vincolante disciplina di vari aspetti della sua attività, tale legificazione, tuttavia, non appare diretta a limitarne gli ambiti operativi quanto (almeno nelle dichiarate intenzioni) a frenare il rischio dei condizionamenti impropri di cui si è sopra parlato ⁽¹⁵⁶⁾.

Una prima riduzione della sfera di discrezionalità politica deriva, in primo luogo, dalla necessaria più puntuale predeterminazione degli obiettivi da raggiungere in capo ai dirigenti (art. 4, comma 2, lett. b, legge delega; art. 5, d.lgs. n. 150/2009, obiettivi e indicatori). Agli stessi fini, viene introdotta una nuova incompatibilità. Ai sensi dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, comma 1-bis: *Non possono essere conferiti incarichi di direzione di strutture deputate alla gestione del personale a soggetti che rivestano o abbiano rivestito negli ultimi due anni cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali o che abbiano avuto negli ultimi due anni rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con le predette organizzazioni*". La formulazione ampia della norma sembra riferita non solo agli specifici uffici di gestione del personale ma a tutti gli incarichi di direzione ⁽¹⁵⁷⁾.

Ma soprattutto la modifica della disciplina del conferimento,

(155) La legge n. 15/2009 conferma, dunque, il modello della responsabilità dirigenziale, introdotto dalle riforme degli anni '90, e però il rapporto tra dirigenza, politica ed amministrazione ne esce profondamente modificato e, per certi versi, complicato, con la comparsa di nuovi soggetti o con il diverso atteggiarsi di quelli già presenti in tale rapporto secondo la precedente normativa (V. GASPARINI CASARI, cit. 27).

(156) V. GASPARINI CASARI, cit. 20.

(157) Il comma 16-bis dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001 è stato, inoltre, sostituito dal seguente: "16-bis. La Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica può disporre verifiche del rispetto delle disposizioni del presente articolo e dell'articolo 1, commi 56 e seguenti, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, per il tramite dell'Ispettorato per la funzione pubblica. A tale fine quest'ultimo opera d'intesa con i Servizi ispettivi di finanza pubblica del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato".

mutamento o revoca degli incarichi dirigenziali si muove nella direzione di limitare, per quanto possibile, l'eccessiva fidelizzazione politica della dirigenza, riducendo parzialmente gli spazi di discrezionalità a disposizione dell'autorità politica (in aderenza ai principi di trasparenza e pubblicità più volte enunciati dalla giurisprudenza costituzionale ⁽¹⁵⁸⁾).

Nello specifico, i criteri di scelta divengono più stringenti aggiungendosi, rispetto a quelli originari, i risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza, la relativa valutazione, le specifiche competenze organizzative possedute, nonché le esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti al conferimento dell'incarico.

Inoltre, ai fini di maggiore trasparenza e imparzialità si opera una parziale procedimentalizzazione della fase di conferimento (art. 19, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 165/2001). L'amministrazione, infatti, è tenuta a rendere conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta (principio di pubblicità). L'organo conferente acquista le disponibilità dei dirigenti interessati e le valuta (principio di adeguata istruttoria).

Si precisa (art. 19, comma 1 *ter*, d.lgs. n. 165/2001), altresì, che gli incarichi dirigenziali possono essere revocati esclusivamente nei casi e con le modalità della responsabilità dirigenziale; ovvero, nei casi di mancato raggiungimento degli obiettivi o inosservanza di direttive, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio (articolo 21, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 165/2001). Gli stessi presupposti e modalità determinano l'impossibilità di rinnovo nello stesso incarico.

Si aggiunge, tuttavia, che, pur in assenza di una valutazione

(158) È solo il caso di ricordare che la giurisprudenza costituzionale ammette il carattere fiduciario del rapporto, se pure temperato (per evitare soluzioni arbitrarie) dal rispetto di alcune regole e garanzie formali, quali la motivazione dei provvedimenti (tanto più necessaria ora in coerenza con l'affermazione dei principi di pubblicità e trasparenza come principi da valere per tutte le amministrazioni pubbliche ad ogni livello) sulla base di una preventiva valutazione effettuata secondo criteri di oggettività ed imparzialità.

negativa, l'amministrazione, in dipendenza dei processi di riorganizzazione ovvero alla scadenza, può non confermare l'incarico conferito al dirigente, ma in tal caso è tenuta a darne idonea e motivata comunicazione al dirigente stesso con un preavviso congruo, prospettando i posti disponibili per un nuovo incarico ⁽¹⁵⁹⁾.

In prima battuta, sembrerebbe essere stato introdotto un principio di tendenziale continuità per cui gli incarichi dirigenziali potranno essere revocati o modificati, o non confermati, solo in presenza di elementi obiettivi di giudizio (connessi alla capacità di conseguimento dei risultati), acquisiti a seguito di procedure di valutazione trasparenti ed imparziali.

Le nuove disposizioni, tuttavia, sono meno rigorose di quanto sembri. In primo luogo, all'interno della procedura selettiva per il conferimento dell'incarico non vi è alcun esplicito riferimento alla necessità di una valutazione comparativa (che consenta di evidenziarne l'imparzialità). Inoltre, se la revoca non può disporsi solo per ragioni di "fiducia", la legge non introduce affatto un vincolo per l'organo conferente di non revocare il dirigente i cui risultati sono stati positivi: dalla lettera della norma, si desume che la revoca (con eventuale assegnazione del dirigente anche ad incarico inferiore) può essere motivata anche solo in funzione di ragioni organizzative. Non è stato introdotto, poi, un termine di durata superiore alla durata ordinaria dei governi (ad esempio, di 7 anni). Da ultimo, sul rispetto di tali regole assai incidenti sugli equilibri tra autorità politica e dirigenza amministrativa, avrebbe bene potuto vigilare il Comitato dei Garanti, il cui controllo di garanzia ai fini dell'adozione dei provvedimenti di responsabilità dirigenziale, tuttavia, viene

(159) Si prevede, inoltre, che la durata dell'incarico può essere inferiore a tre anni se coincide con il conseguimento del limite di età per il collocamento a riposo dell'interessato. In caso di primo conferimento ad un dirigente della seconda fascia di incarichi di uffici dirigenziali generali o di funzioni equiparate, la durata dell'incarico è pari a tre anni. Resta fermo che per i dipendenti statali titolari di incarichi di funzioni dirigenziali ai sensi del presente articolo, ai fini dell'applicazione dell'articolo 43, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 29 dicembre 1973, n. 1092, e successive modificazioni, l'ultimo stipendio va individuato nell'ultima retribuzione percepita in relazione all'incarico svolto.

drasticamente ridimensionato a quello di parere obbligatorio non vincolante ⁽¹⁶⁰⁾; su tale scelta ha probabilmente pesato la preoccupazione che l'organo in questione (di cui vengono riorganizzate le competenze e la struttura) potesse assumere un ruolo improprio di difesa corporativa degli interessi dei dirigenti ⁽¹⁶¹⁾.

Margini di trasparenza sono guadagnati con riguardo al conferimento di incarichi dirigenziali al personale non di ruolo. Per essi il conferimento richiede ora esplicita motivazione dei requisiti di particolare e comprovata qualificazione professionale non rinvenibili nei ruoli dell'Amministrazione (si prevede, inoltre, quale criterio cumulativo e non alternativo quello delle concrete esperienze di lavoro maturate per almeno un quinquennio ⁽¹⁶²⁾). Non è stato attuato, invece, il criterio della legge delega che prevedeva la riduzione delle quote di dotazione organica entro cui è possibile il conferimento di incarichi a soggetti estranei alla pubblica amministrazione e ai dirigenti non appartenenti ai ruoli (art. 6, comma 2, lettera H della legge delega); cosicché è rimasto inalterato il limite del 10 per cento della dotazione organica dei dirigenti appartenenti alla prima fascia e dell'8 per cento della dotazione organica di quelli appartenenti alla seconda fascia.

La delega prevedeva con riferimento ai dirigenti titolari di incarichi 'apicali', una apposita disciplina per regolare il rapporto tra di essi e l'organo politico, "in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico degli organi di governo in ambito amministrativo (art. 6, comma 2, lett. h) e i) della l. n. 15/2009) ⁽¹⁶³⁾. Con il decreto di attuazione, gli in-

(160) Cfr. art. 42 d.lgs. n. 150/2009. Con il ridimensionamento della sua incidenza sui processi decisionali in tema di responsabilità dirigenziale, il Comitato ha perso il suo carattere para-arbitrale (cfr. C. SILVESTRO, cit., 136).

(161) Il pericolo poteva scongiurarsi prevedendo, nella ridefinizione della struttura del comitato dei garanti, procedure di scelta dei componenti idonee ad assicurare la più ampia professionalità ed imparzialità di giudizio.

(162) 6-ter. Il comma 6 ed il comma 6-bis si applicano alle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2.».

(163) Sugli incarichi esterni una applicazione impropria dell'istituto aveva portato al conferimento anche a dipendenti dell'amministrazione privi di qualifica dirigenziale.

carichi dirigenziali non apicali conferiti a soggetti non appartenenti ai ruoli dirigenziali dell'amministrazione sono sottratti alla decadenza automatica coincidente con l'insediamento del nuovo esecutivo di Governo (art. 40, comma 1, lett. g), l. n. 150/2009). Sono esclusi dallo *spoils system* anche gli incarichi non apicali conferiti a dirigenti di altre amministrazioni ovvero ad esterni a contratto (art. 19, comma 5 bis e 6, d.lgs. n. 165/2001)⁽¹⁶⁴⁾. Il meccanismo di decadenza automatica permanente, invece, per i dirigenti apicali (art. 19, comma 8, d.lgs. n. 165/2001).

7.5. I nuovi principi e criteri di organizzazione del personale

Tra i nuovi criteri dell'organizzazione del personale abbiamo già evidenziato il rafforzamento del dirigente nel suo ruolo di gestore esclusivo del personale, la redistribuzione degli ambiti di regolazione tra legge e contratto, l'accentuazione del controllo politico sulle dinamiche degli attori organizzativi (dirigenti, sindacati, lavoratori).

Occorre segnalare, sia pure assai sinteticamente, gli aspetti ulteriori.

a) Principio del ciclo di gestione della "performance".

Ogni amministrazione pubblica è tenuta a misurare ed a valutare la "performance" con riferimento all'amministrazione nel suo complesso, alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola e ai singoli dipendenti. L'ammodernamento della azione pubblica passa attraverso una nuova cultura della

(164) Il d.l. n. 262/2006 aveva, infatti, ampliato lo *spoils system* anche agli incaricati non apicali esterni che aveva creato una sorta di "mercato" controllato dalla politica (C. SIVESTRO e F. SILERI, *Dirigenti esterni e spoils system*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 1, 19). Il Legislatore coglie l'indicazione di Corte Cost. n. 161/2008 secondo cui: la natura esterna dell'incarico non costituisce un elemento in grado di diversificare in senso fiduciario il rapporto di lavoro dirigenziale che deve rimanere caratterizzato, sul piano funzionale, da una netta e chiara separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie. Sul tema, v. F. MERLONI, *Incarichi fiduciari*, in G. D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione*, Bologna, Il Mulino, 2008.

funzione valutativa del lavoro pubblico che integra pianificazione, azione, controllo, correzione. A tal fine, le amministrazioni pubbliche organizzano il proprio lavoro attraverso l'attivazione di un ciclo generale di gestione che si articola nelle fasi di: a) definizione e assegnazione degli obiettivi che si intendono raggiungere e dei rispettivi indicatori (all'art. 5 d.lgs. n. 150/2009); b) collegamento tra gli obiettivi e l'allocatione delle risorse; c) monitoraggio in corso di esercizio e attivazione di eventuali interventi correttivi (ad opera degli organi di indirizzo politico, art. 6 d.lgs. n. 150/2009); d) misurazione e valutazione della performance, organizzativa e individuale; e) utilizzo dei sistemi premianti, secondo criteri di valorizzazione del merito; f) rendicontazione dei risultati agli organi di indirizzo politico-amministrativo, ai vertici delle amministrazioni, nonché ai competenti organi esterni, ai cittadini, ai soggetti interessati, agli utenti e ai destinatari dei servizi.

I soggetti che intervengono nel processo di misurazione e valutazione della performance sono (art. 12 d.lgs. n. 150/2009): 1) la neo istituita Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità, organismo centrale che opera come struttura burocratica di accompagnamento con funzione di definizione di standard e metodologie; 2) l'organismo indipendente di valutazione della performance, in seno ad ogni amministrazione, che garantisce dall'interno la definizione e l'implementazione dei sistemi di valutazione, nel rispetto dei modelli definiti dalla Commissione; questo esercita, in piena autonomia, le attività inerenti alla misurazione e alla valutazione della performance, riferendo direttamente all'organo di indirizzo politico amministrativo da cui è nominato (la figura sostituisce i servizi di controllo interno, di cui al d.lgs. n. 286/1999 i cui strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta sono rivisitati) ⁽¹⁶⁵⁾; 3) l'organo di indirizzo

(165) L'Organismo indipendente di valutazione è nominato dall'organo di indirizzo politico-amministrativo; per le strutture diverse dai Ministeri si tiene conto della specificità dei rispettivi ordinamenti e, ad esempio, negli enti pubblici di previdenza e assistenza obbligatoria in cui vige il cosiddetto "sistema duale di governance", la nomina sarà effettuata dal Presidente o dal Consiglio di amministrazione, previa inte-

politico amministrativo di ciascuna amministrazione; 4) i dirigenti di ciascuna amministrazione.

A garantire la comprensibilità e attendibilità della rappresentazione della performance, le amministrazioni pubbliche redigono annualmente un documento programmatico triennale (denominato Piano della performance) che individua gli indirizzi e gli obiettivi strategici ed operativi e definisce, con riferimento agli obiettivi finali ed intermedi ed alle risorse, gli indicatori per la misurazione e la valutazione della performance dell'amministrazione, nonché gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori; redigono, altresì, un altro documento (denominato Relazione sulla performance) che evidenzia, a consuntivo, con riferimento all'anno precedente, i risultati organizzativi e individuali raggiunti rispetto ai singoli obiettivi programmati ed alle risorse, con rilevazione degli eventuali scostamenti, e il bilancio di genere realizzato.

Viene inserita la *customer satisfaction* come nuova dimensione di valutazione e di programmazione che stabilisce un rapporto diretto con l'utente.

b) Principio di trasparenza e rendicontazione esterna.

Si impone alle amministrazioni, quale principio organizzativo informatore, l'accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità (art. 11).

Il singolo lavoratore pubblico non ha più ambiti di riservatezza tutelabili (art. 4, comma 9, l. 15/2009 che fa seguito all'art. 21 l. 69/2009 sulla trasparenza delle retribuzioni dei di-

sa con il Consiglio di indirizzo e vigilanza. L'organismo indipendente: art. 14 – sostituisce i controlli interni – nominato dall'organo di indirizzo politico.

rigenti).

Si ritiene, infatti, che il controllo sociale su informazioni attendibili, accessibili, e comprensibili sia un importante fattore propulsivo che permette di utilizzare la capacità di analisi e di arricchimento di tutte le componenti sociali (¹⁶⁶). Si consente, per tale via, agli utenti dei servizi l'opzione "voice" (possibilità di farsi sentire, di denunciare), non potendosi praticare quella di *exit* (cambio di operatore di mercato) (¹⁶⁷). La trasparenza, inoltre, è ritenuta anche utile strumento per combattere la corruzione.

Ogni amministrazione, sentite le associazioni rappresentate nel Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, adotta un Programma triennale per la trasparenza e l'integrità, da aggiornare annualmente, che indica le iniziative previste per garantire: a) un adeguato livello di trasparenza; b) la legalità e lo sviluppo della cultura dell'integrità.

Tra le forme diffuse di controllo e valutazione esterne alla organizzazione amministrativa un ruolo importante potrà rivestire l'esercizio della introdotta apposita *class action* al fine di agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni, nonché dei concessionari di servizi pubblici se, dalla violazione di *standard* qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle carte dei servizi, dall'omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori, dalla violazione dei termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali derivi la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori (art. 4, comma, 2 lett. l n. 15/2009, disposizione di delega recentemente attuata con d.lgs. n. 198/2009 (¹⁶⁸)).

(166) P. ICHINO, Intervento a *Le politiche di valutazione tra merito ed incentivo*, Seminario Aran, in *Aran newsletter*, 2008, 2, p. 4.

(167) C. SILVESTRO, cit., 47. v. Il paradigma "exit – voice" di A.O. HIRSCHMANN, *Exit, Voice, and Loyalty: responses to decline in firms, organization, and states*, Cambridge, 1970.

(168) In particolare, al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio, con le modalità stabilite nel presente decreto, nei confronti delle amministrazioni pubbliche

Si prevede, da ultimo, che i dipendenti che svolgono attività a contatto con il pubblico debbono essere identificabili mediante cartellini o targhe, con esclusione di categorie particolari, che saranno individuate mediante successivi provvedimenti amministrativi.

c) Principio di concorsualità e selettività nella progressione e nei benefici economici.

Il sistema premiale è legato alla struttura della retribuzione accessoria legata alla performance individuale ed allo sviluppo di carriera. Alla contrattazione collettiva spetta definire le modalità attuative dell'erogazione dei premi, nel rispetto della legge. Il meccanismo di legge è incentrato sulla costituzione di tre fasce di merito per il trattamento accessorio collegato alla performance. Non più di un quarto dei dipendenti di ciascuna amministrazione potrà beneficiare del trattamento accessorio nella misura massima prevista dal contratto e non più della metà potrà goderne in misura ridotta al cinquanta per cento, mentre ai lavoratori meno meritevoli non sarà corrisposto alcun incentivo (art. 19 d.lgs. n. 150/2009). Tale assetto è solo parzialmente de-

e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di performance contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche. Il ricorso non consente di ottenere il risarcimento del danno cagionato dagli atti e dai comportamenti di cui al comma 1; a tal fine, restano fermi i rimedi ordinari. Il ricorso è devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e le questioni di competenza sono rilevabili anche d'ufficio (art. 1). Il giudice accoglie la domanda se accerta la violazione, l'omissione o l'inadempimento di cui all'articolo 1, comma 1, ordinando alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica (art. 4). Nei casi di perdurante inottemperanza di una pubblica amministrazione si applicano le disposizioni di cui all'articolo 27, comma 1, n. 4, del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (art. 5).

rogabile dai contratti collettivi; in particolare, sono derogabili dai contratti collettivi integrativi nei limiti previsti dallo stesso decreto ⁽¹⁶⁹⁾: la percentuale del 25 per cento fissata per l'attribuzione della misura massima del trattamento accessorio può variare in misura non superiore a 5 punti percentuali in aumento o in diminuzione, con corrispondente variazione compensativa delle altre due percentuali. Inoltre, la contrattazione può altresì prevedere deroghe alla composizione percentuale delle fasce media e bassa e alla distribuzione tra le medesime fasce delle risorse destinate a trattamenti accessori collegati alla performance individuale. Vengono previste forme di incentivazione aggiuntive per le performances di eccellenza e per i progetti innovativi, si legano strettamente a criteri meritocratici le progressioni economiche, che rappresentano nel pubblico l'equivalente dei "superminimi" del privato, si prevede l'accesso dei dipendenti migliori a percorsi di alta formazione che ne favoriscono la crescita professionale e lo sviluppo della carriera. Lo scopo è impedire la tendenza alla distribuzione generalizzata dei benefici che, attraverso la contrattazione integrativa, ha prevalso nei fatti.

Gli strumenti di valorizzazione del merito sono: il trattamento accessorio, il bonus annuale delle eccellenze, il premio annuale per l'innovazione, le progressioni economiche, l'attribuzione di incarichi e responsabilità e l'accesso a percorsi di alta formazione (articoli 20-26 d.lgs. n. 150/2009), il dividendo dell'efficienza (art. 27 d.lgs. n. 150/2009).

Con riferimento alla progressione di carriera, i dipendenti pubblici, con esclusione dei dirigenti e del personale docente della scuola, delle accademie, conservatori e istituti assimilati, sono inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali. Le progressioni all'interno della stessa area avvengono secondo principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professio-

(169) Tutte le disposizioni concernenti gli strumenti premiali hanno carattere imperativo, non possono essere derogate dalla contrattazione collettiva, se non limiti sopra indicati, e sono inserite di diritto nei contratti, ai sensi degli articoli 1339 e 1419, comma 2, del codice civile, a decorrere dal periodo contrattuale successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore del decreto (art. 29 d.lgs. n. 150/2009).

nali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito. Le progressioni fra le aree avvengono tramite concorso pubblico, ferma restando la possibilità per l'amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, una riserva di posti comunque non superiore al 50 per cento di quelli messi a concorso. La valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni costituisce titolo rilevante ai fini della progressione economica e dell'attribuzione dei posti riservati nei concorsi per l'accesso all'area superiore (art. 52, comma 1 bis, d.lgs. n. 165/2001). Per l'accesso alle posizioni economiche apicali nell'ambito delle aree funzionali è definita una quota di accesso nel limite complessivo del 50 per cento da riservare a concorso pubblico sulla base di un corso concorso bandito dalla Scuola superiore della pubblica amministrazione ((art. 52, comma 1 bis, d.lgs. n. 165/2001).

d) Territorializzazione dei concorsi pubblici.

Ai sensi dell'art. 35, comma 5 ter, d.lgs. n. 165/2001, il principio della parità di condizioni per l'accesso ai pubblici uffici è garantito, mediante specifiche disposizioni del bando, con riferimento al luogo di residenza dei concorrenti, quando tale requisito sia strumentale all'assolvimento di servizi altrimenti non attuabili o almeno non attuabili con identico risultato.

e) Semplificazione e razionalizzazione delle procedure di accertamento delle infrazioni e definizione legislativa delle maggiori violazioni che per la loro gravità implicano la risoluzione del rapporto.

Si intende potenziare, per tale via, il livello di efficienza degli uffici pubblici ed il contrasto ai fenomeni di scarsa produttività e di assenteismo nel pubblico impiego (articoli 55 – 55 octies d.lgs. n. 165/2001). Le norme del decreto determinano, in primo luogo, una semplificazione dei procedimenti ed un incremento della loro funzionalità, soprattutto attraverso l'estensione dei poteri del dirigente della struttura in cui il dipendente lavora, la riduzione e la perentorietà dei termini, il po-

tenziamento dell'istruttoria, l'abolizione dei collegi arbitrali di impugnazione e la previsione della validità della pubblicazione del codice disciplinare sul sito telematico dell'amministrazione. Viene anche modificato il rapporto fra procedimento disciplinare e procedimento penale, limitando ai soli procedimenti disciplinari più complessi la possibilità di sospenderli in attesa del giudizio penale e prevedendo, peraltro, che i procedimenti disciplinari non sospesi siano riaperti, se vi è incompatibilità con il sopravvenuto giudicato penale. In ordine al controllo delle assenze sono confermate le misure recentemente introdotte dal d.l. n. 112/08. Per i casi di false attestazioni di presenze o di falsi certificati medici sono introdotte sanzioni molto incisive, anche di carattere penale, non soltanto nei confronti del dipendente, ma altresì del medico eventualmente corresponsabile.

Viene legificato un catalogo di infrazioni particolarmente gravi assoggettate al licenziamento, che potrà essere ampliato, ma non diminuito dalla contrattazione collettiva. Sono espressamente previste, inoltre, varie ipotesi di responsabilità per condotte che arrecano danno all'amministrazione pubblica, fra le quali assume particolare rilevanza pratica la responsabilità disciplinare del dirigente o del funzionario che determina per colpa la decadenza dell'azione disciplinare ⁽¹⁷⁰⁾.

f) Semplificazione ed agevolazione dei processi di mobilità, anche volontaria, attraverso il passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse (art. 30 d.lgs. n. 165/2001).

7.6. Tendentiale monismo del modello gestionale ed organizzativo

L'art. 74 del d.lgs. n. 150/2009 tradisce la volontà di uno spiccato monismo della disciplina introdotta sul versante del modello gestionale ed organizzativo.

(170) Inoltre, ma la norma era già evincibile dai principi generali preesistenti, si limita esplicitamente agli eventuali casi di dolo o colpa grave la responsabilità civile del dirigente in relazione all'esercizio dell'azione disciplinare.

Un primo vincolo per gli enti minori deriva dall'avere il legislatore statale qualificato importanti norme come appartenenti alle materie di potestà legislativa esclusiva esercitata dallo Stato, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere l) ed m), della Costituzione. In particolare, riguardo: il principio di trasparenza, la qualità dei servizi pubblici, l'inderogabilità delle norme su premi e merito, il riparto delle fonti in tema di potere di organizzare gli uffici, la disciplina delle relazioni sindacali, del CCNL, il collegamento del trattamento accessorio alla performance, mansioni e progressioni, la responsabilità disciplinare.

L'osservanza di un altro gruppo di disposizioni pure si impone in capo alle regioni e gli enti locali (anche con riferimento agli enti del Servizio sanitario nazionale) in quanto espressione di principi generali dell'ordinamento, la cui forza vincolante di norma interposta deriverebbe dal fatto di essere espressione attuativa del 97 Cost. In particolare, riguardo: il ciclo della performance, i caratteri degli obiettivi, i sistemi di misurazione e valutazione, la responsabilità dell'organo di indirizzo politico, la premialità e selettività, le progressioni economiche e di carriera, i concorsi con riserva massima, gli incarichi e responsabilità, l'accesso ai percorsi di formazione, i premi di efficienza, le aree funzionali ed accesso alle posizioni economiche apicali nel loro ambito.