LE ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Regione e Governo Locale

Bimestrale di studi giuridici e politici
della Regione Emilia-Romagna

5/6

2009 · ANNO XXX
settembre/ottobre
novembre/dicembre

La cd. "Riforma Brunetta" del lavoro pubblico.
Valutazione, responsabilità e merito tra legislazione e contrattazione.

Indice 5/6.09

La cd. "Riforma Brunetta" del lavoro pubblico
Valutazione, responsabilità e merito tra legislazione e contrattazione

645 Un fascicolo doppio dedicato alla "riforma Brunetta" */ Roberto Bin*

647 Introduzione. Una nuova riforma del lavoro pubblico: le ripercussioni su Regioni ed Enti locali */ Anna Trojsi*

Sezione I - Fonti statali e contrattazione collettiva del lavoro pubblico

663 Legge, contratto collettivo e circuiti della rappresentanza nella riforma "meritocratica" del lavoro pubblico */ Lorenzo Zoppoli*

685 La nuova contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: ambito e limiti */ Gaetano Natullo*

707 La nuova contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: soggetti e procedimenti */ Massimiliano Delfino*

733 L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica: fonti, modelli e riforme in atto */ Dario Simeoli*

Sezione II - Le fonti del lavoro pubblico regionale e locale

819 L'impiego regionale: fonti e spazi di competenza legislativa delle Regioni */ Anna Trojsi*

871 Fonti, organizzazione e rapporti di lavoro negli Enti locali */ Mario Cerbone*

SEZIONE III - L'INCIDENZA DELLA RIFORMA SUGLI ISTITUTI DEL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO

907 Assunzioni e progressioni in carriera nell'impiego pubblico locale, tra legge statale e legge regionale */ Vincenzo Luciani*

929 Merito e premialità nella recente riforma del lavoro pubblico */ Umberto Gargiulo*

959 Retribuzione accessoria, valorizzazione delle *performance* e responsabilità del dipendente pubblico nel d.lgs. n. 150/2009 / *Rosario Santucci*

SEZIONE IV - LE DIRIGENZE PUBBLICHE

1003 La dirigenza pubblica: ruolo, prerogative e rapporto di lavoro nell'evoluzione legislativa */ Antonello Baldassarre*

1031 Le dirigenze pubbliche nei recenti interventi normativi: funzioni e rapporto con la politica */ Alessandro Di Casola*

1067 Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica nel d.lgs. n. 150/2009: l'applicazione a Regioni ed Enti locali */ Pasquale Monda*

La cd. “Riforma Brunetta” del lavoro pubblico.
Valutazione, responsabilità e merito tra legislazione e contrattazione

Un fascicolo doppio dedicato alla "riforma Brunetta"

di Roberto Bin

Le *Istituzioni del federalismo* dedicano l'ultimo fascicolo doppio dell'annata 2009 all'analisi della recente riforma del lavoro pubblico introdotta dal cd. "decreto Brunetta".

Si tratta dell'ennesima riforma che la legislazione dello Stato aggiunge ad una interminabile sequenza di modifiche e ritocchi della disciplina dell'impiego pubblico dopo la "privatizzazione" introdotta nel 1992-1993. Sulla materia hanno poi inciso anche le riforme costituzionali apportate al Titolo V e le modificazioni dell'ordinamento degli enti locali. Per cui la stessa Corte costituzionale si è trovata spesso a doversi orientare in un groviglio di interessi e di prospettive in cui le competenze esclusive delle Regioni in materia di organizzazione dei loro uffici si sono continuamente intrecciate con la disciplina civilistica dei rapporti di lavoro, ormai contrattualizzati, il coordinamento della finanza pubblica, in cui almeno in parte ricadevano i ritocchi alla disciplina della materia puntualmente apportate ogni anno dalla manovra finanziaria, l'imparzialità il buon andamento l'efficienza e la produttività delle amministrazioni pubbliche, il principio (forse costituzionale, forse solo legislativo) di separazione tra politica e amministrazione: e poi ancora, con un'ulteriore complessa trama di interessi e di livelli di competenza che si articola diversamente a seconda della materia (scuola e sanità anzitutto) o del livello di amministrazione (la dirigenza, l'amministrazione locale, ecc.) che venivano di volta in volta interessati. Un vero ginepraio in cui l'autonomia legislativa regionale sembra essere rimasta impigliata, sino al punto di legittimare la domanda: ma quali spazi sono residuati al legislatore locare nella disciplina dei propri uffici?

In questi due fascicoli viene offerta al lettore un'analisi sistematica della "riforma Brunetta" e dei suoi riflessi sul lavoro

pubblico in generale, su quello regionale e delle amministrazioni locali. È probabilmente una delle prime analisi complete e capillari del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, e della precedente legge di delega 15/2009, che vengano pubblicate. Si tratta di una dozzina di contributi critici scritti da altrettanti autori, coordinati da Anna Trojsi, giovane docente di diritto del lavoro appartenente, assieme agli altri autori, alla "scuola napoletana" che si è formata attorno a Mario Rusciano.

Ad Anna Trojsi e ai suoi collaboratori va l'apprezzamento della direzione e un grazie di cuore.

Introduzione
Una nuova riforma del lavoro pubblico: le ripercussioni su Regioni ed Enti locali

di Anna Trojsi

1. Com'è noto, il lavoro pubblico, nel corso del 2009, è stato oggetto di una nuova riforma, realizzata, sul piano legislativo, in poco più di sei mesi, tra l'approvazione della legge delega 4 marzo 2009, n. 15 e l'emanazione del decreto legislativo attuativo 27 ottobre 2009, n. 150.

Si tratta dell'*ennesimo* intervento. Il legislatore, da quando, nel 1992, ha dato vita alla privatizzazione-contrattualizzazione del pubblico impiego, si può dire che non abbia mai cessato di rimettere mano alla disciplina. Essa è stata, infatti, sottoposta, in questi diciassette anni, a continui – più o meno profondi ed incisivi – ripensamenti, passati, tra l'altro, attraverso l'attuazione di ben quattro provvedimenti di delega (l. 23 ottobre 1992, n. 421; 15 marzo 1997, n. 59; 24 novembre 2000, n. 340; n. 15/2009).

Per rendersi conto dell'entità del fenomeno, basti pensare che il primo testo legislativo – il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 – è stato, nei suoi otto anni di vigenza, modificato da parte di almeno una decina di leggi e decreti legislativi. E che il successivo, e attuale, testo di riferimento – il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – nonostante fosse stato emanato in sostituzione del precedente per la necessità di realizzare il riordino e la razionalizzazione di una normativa diventata di difficile lettura, a causa dei numerosi interventi, e fosse stato pertanto concepito come una sorta di "testo unico" del pubblico impiego, è stato poi, a sua volta, già all'indomani della sua entrata in vigore e fino ad oggi (anch'esso in otto anni, dunque), rimaneggiato da parte di addirittura poco meno di trenta provvedimenti legislativi.

La disciplina del lavoro pubblico è, insomma, senza dubbio tra quelle a più alto tasso di variazioni degli ultimi decenni. E

non c'è istituto del rapporto che non sia stato, anche ripetutamente, oggetto di riforma, in alcuni casi mediante il ripristino, dopo breve tempo, della normativa precedente all'ultima modifica.

A giustificazione di questi cambiamenti – spesso coincidenti con l'avvicendarsi delle legislature e/o dei Governi, di segno politico (o di composizione) differente – viene addotta la inevitabile complessità di una riforma così radicale del pubblico impiego, qual è quella innescata dalla privatizzazione del 1992-1993: che, per tale ragione, non può esaurirsi in un unico provvedimento legislativo, ma deve essere frutto di un più lungo e articolato percorso, fatto di progressivi aggiustamenti e correzioni della disciplina, anche alla luce della esperienza applicativa.

Al fine di comprendere pienamente quanto sia composita la normativa sul pubblico impiego, occorre poi sottolineare che, ai numerosi provvedimenti che hanno operato, come appena detto, con la tecnica della "novellazione" dei due decreti legislativi principali, vanno aggiunti tutti quegli interventi realizzati mediante disposizioni autonome disseminate nelle leggi più svariate, per lo più in materia economica e di finanza pubblica, con l'effetto di integrare la regolamentazione degli istituti del rapporto di lavoro pubblico, in parte contenuta nei d.lgs. n. 29/1993 e n. 165/2001.

A rendere ancora più intricato il quadro, la disciplina generale del lavoro pubblico deve, inoltre, essere coordinata con quella speciale predisposta per l'impiego in alcune aree peculiari dell'amministrazione – in particolare, Sanità; Scuola; nonché, naturalmente, Regioni ed Enti locali – anch'essa oggetto di numerose modifiche in pochi anni, e per di più riguardante settori investiti dall'ampliamento delle competenze legislative regionali, a seguito della nota riforma costituzionale del 2001 (l.cost. 18 ottobre 2001, n. 3), con la conseguente ulteriore articolazione delle fonti in materia.

A quella di rango legislativo va, infine, connessa la disciplina del rapporto di lavoro e delle relazioni sindacali contenuta nei vari contratti collettivi – diversa a seconda dei livelli (qua-

dro, nazionale di comparto o di area dirigenziale, e integrativo), nonché delle tornate contrattuali – essendo, appunto a seguito della contrattualizzazione, questi diventati una rilevante fonte di regolamentazione del lavoro pubblico, spesso delegata dallo stesso legislatore ordinario.

Così ricostruito, a grandi linee, il quadro normativo in materia di lavoro pubblico, pare evidente come la legislazione abbia bisogno di riduzione e di semplificazione, piuttosto che di nuova produzione, delle regole, proprio ai fini della funzionalità della stessa – in termini di qualità e di certezza della disciplina – e, di conseguenza, di un migliore andamento dell'amministrazione pubblica.

2. Da tale *virus* riformatore non si è, invece, mostrato immune l'ultimo Governo, spinto dall'intento di rendersi anch'esso protagonista di un rinnovamento dell'amministrazione realizzato incidendo sulle sue regole.

Pur essendo, infatti, senza dubbio condivisibili gli *obiettivi* di riforma, vale a dire la "ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e la efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni" – anche perché, in fondo, sono quelli che da sempre hanno improntato gli interventi di riassetto del pubblico impiego – quanto al *metodo* prescelto per ottenere l'agognato cambiamento delle logiche di gestione della pubblica amministrazione, non diversamente dalle altre volte, la riforma legislativa è stata propugnata come strumento indispensabile per perseguire le finalità di miglioramento della macchina amministrativa.

Certo, può darsi che, nonostante l'identità della scelta, stavolta il mutamento delle norme gioverà all'amministrazione.

Non si può non segnalare, però, il dato di esperienza, derivante dai risultati non sempre soddisfacenti ottenuti nel passato recente, in base al quale le notevoli ed inevitabili difficoltà applicative conseguenti a continui, e ravvicinati, cambiamenti di disciplina non solo sono controproducenti rispetto all'obiettivo di un migliore funzionamento dell'amministrazione, in adempimento dei canoni dell'imparzialità e del buon andamento di

cui all'art. 97 Cost., ma alimentano anche l'alibi per cui il persistere delle inefficienze dell'amministrazione e la mancata applicazione di molti pezzi di disciplina vengono imputati all'instabilità e alla confusione normativa, causate dalla variabilità delle regole di riferimento. Il che suffraga il clima di generale irresponsabilità per la gestione non corretta della macchina pubblica e favorisce i comportamenti meno virtuosi, in termini di inefficienza e di spreco di risorse.

Per non parlare del fatto che l'incertezza normativa produce un incremento del contenzioso in materia. Ciò è, peraltro, accaduto, per il pubblico impiego, proprio quando, nella seconda metà degli anni '90, esso, a completamento della unificazione col lavoro privato, veniva sottratto alla giurisdizione amministrativa e affidato per la prima volta al giudice ordinario del lavoro: con le prevedibili difficoltà, da parte di quest'ultimo, di fronteggiare la mole di controversie e di confrontarsi con le peculiari categorie giuridiche del pubblico impiego, che – pur nella tendenziale assimilazione normativa al lavoro privato – mantiene notevoli tratti di specialità, come conseguenza delle differenti funzioni ed obiettivi, che trovano riconoscimento nella stessa Carta costituzionale (sp. artt. 97 e 98 Cost.).

Per tutte queste ragioni, si rivela per alcuni versi illusoria, e come tale fuorviante, soprattutto per il cittadino-utente dei servizi pubblici, la prospettiva secondo cui un cambiamento epocale di cultura dell'amministrazione possa essere realizzato attraverso il mero cambiamento delle regole. Al contrario, i frequenti rimaneggiamenti della legislazione non agevolano l'applicazione della riforma, producendo l'effetto di rallentare, e non – come viene dichiarato – di promuovere, il processo di evoluzione e di vera modernizzazione dell'amministrazione pubblica italiana, che ha viceversa bisogno di regole certe (quindi stabili e non continuamente mutevoli) e di grande impegno sul piano attuativo.

Per questo ambizioso e difficile obiettivo, sarebbe, in realtà, preferibile, piuttosto che continuare a mettere mano alle norme, operare sul versante della gestione concreta e della effettiva e seria attuazione della normativa già esistente sul lavoro pubbli-

co, che appunto non manca. Un metodo di azione che senza dubbio si distinguerebbe dai precedenti per la novità, ma anche perché più impervio e faticoso, dai risultati tutt'altro che garantiti e in ogni caso di medio-lungo periodo – come tali non spendibili nell'immediato in termini di ritorno d'immagine e di consenso politico – e che richiede, pertanto, una buona dose di coraggio politico-istituzionale.

3. Al di là di queste constatazioni, non si può negare che la riforma legislativa del 2009 incida in maniera rilevante sull'assetto delle fonti e sulla disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, tanto statali, quanto regionali e locali.

Da tale considerazione trae origine la bella idea di Roberto Bin, che, cogliendo il grande interesse suscitato dalla riforma, in particolare nei suoi profili applicativi agli Enti territoriali, ha pensato di dedicare al tema un consistente spazio di questa Rivista, affidando il compito di effettuarne una prima e tempestiva analisi al gruppo di giuslavoristi della scuola napoletana, accomunati da una ormai ultratrentennale consuetudine di studi e di ricerche in materia di lavoro pubblico, inaugurata dalla pubblicazione, nel 1978, per la casa editrice "il Mulino", del volume di Mario Rusciano su "L'impiego pubblico in Italia", considerato il primo contributo organico al traghettamento del pubblico impiego dal diritto amministrativo al diritto del lavoro.

E così, gli autori hanno ricostruito la disciplina del lavoro pubblico risultante dagli interventi di modifica, con un occhio particolarmente attento alle ripercussioni di questa sulle amministrazioni regionali e locali, non mancando di evidenziare i problemi esegetici di un testo normativo in più punti poco chiaro e non privo di difetti di coordinamento, anche a causa del breve lasso di tempo in cui è stato approntato, nonché i dubbi di legittimità costituzionale suscitati da alcune disposizioni, per contrasto con i principi costituzionali in materia di impiego pubblico (artt. 97 e 98 Cost.), con quelli a tutela del lavoro (artt. 35 ss., oltre all'art. 3 Cost.), nonché con il riparto di potestà legislativa di cui all'art. 117 Cost. I rilievi critici avanzati posso-

no essere, d'altronde, colti come utili spunti per il miglioramento della legislazione, in sede di approvazione degli eventuali decreti legislativi integrativi e correttivi: che – anche per non smentire la consuetudine all'inizio segnalata – il Governo ha la possibilità di adottare entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2009 (art. 2, comma 3, l. n. 15/2009).

Naturalmente, nei vari contributi, l'attenzione è stata concentrata sul piano della interpretazione delle norme, non essendo ancora possibile valutare l'attuazione pratica di queste, data la recente approvazione della normativa, con l'auspicio che stavolta sia possibile una più tempestiva verifica della idoneità della nuova disciplina a realizzare in concreto gli obiettivi prefissati.

4. Quanto ai *contenuti* della normativa – pur rinviando, dunque, per un'analisi capillare della disciplina riformata, ai vari contributi di seguito pubblicati – non ci si può sottrarre da alcune preliminari riflessioni di carattere generale.

Occorre, in proposito, sottolineare che la legge n. 15 e il decreto legislativo n. 150 del 2009 realizzano tre fondamentali interventi di riforma, tutti volti, come già sottolineato, all'obiettivo finale di incentivare la produttività, l'efficienza e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni:

la rivisitazione del sistema delle fonti di regolamentazione del pubblico impiego, mediante una nuova ripartizione tra materie sottoposte alla legge e materie sottoposte al contratto collettivo, e la modifica, al contempo, della disciplina relativa ai soggetti, alle procedure, ai livelli, ai vincoli, ecc. della contrattazione collettiva (art. 3, l. n. 15/2009; Titolo IV, Capo IV, d.lgs. n. 150/2009);

il rafforzamento della centralità della dirigenza, ai fini del pieno svolgimento della sua funzione di datore di lavoro pubblico nella gestione delle risorse umane (art. 6, l. n. 15/2009; Titolo IV, Capo II, d.lgs. n. 150/2009);

l'introduzione di nuovi sistemi, interni ed esterni, di valutazione delle strutture e del personale (rispettivamente, delle

cc.dd. *performance* organizzativa e individuale) (art. 4, l. n. 15/2009; Titolo II, d.lgs. n. 150/2009), e di connessi strumenti di premiazione del merito (art. 5, l. n. 15/2009; Titolo III, d.lgs. n. 150/2009) e sanzionatori della responsabilità dei dipendenti (art. 7, l. n. 15/2009; Titolo IV, Capo V, d.lgs. n. 150/2009).

a) Sul piano delle fonti, il legislatore ha operato una nuova, e più netta, distribuzione degli ambiti della disciplina del rapporto di lavoro pubblico riservati alla legge – nonché, sulla base di questa, ad atti organizzativi e all'autonoma determinazione dei dirigenti – e di quelli attribuiti invece, in tutto o in parte, alla competenza del contratto collettivo, compiendo una sostanziale "rilegificazione" di numerosi aspetti del rapporto di lavoro pubblico. Il legislatore, però, là dove ha disposto la riserva di competenza legislativa per determinati profili del rapporto, ha omesso di chiarire se essa debba essere intesa come una mera sottrazione di spazi al contratto collettivo relativamente a profili che rimangono pur sempre di natura privatistica, benché appunto oggetto di regolamentazione eteronoma, o piuttosto come una più radicale "ripubblicizzazione" degli stessi.

Parallelamente a tale intervento, il legislatore ha modificato in maniera significativa la disciplina dei profili soggettivi, procedimentali e finanziari della contrattazione collettiva nel settore pubblico, di livello tanto nazionale quanto integrativo, con l'obiettivo di contribuire al contenimento dei costi della contrattazione e all'accrescimento dell'efficienza e dell'efficacia delle procedure della stessa, al fine di assicurare il rispetto dei vincoli di bilancio delle amministrazioni e di conseguire una migliore organizzazione del lavoro.

Da tale complessivo ridimensionamento del ruolo e della libertà di azione del contratto collettivo trapela un giudizio non positivo nei confronti dell'utilizzo, sinora effettuato, di tale fonte di regolamentazione nel settore del pubblico impiego: che rimane, però, pur sempre lo strumento per eccellenza di tutela dei diritti, individuali e collettivi, dei lavoratori, a cominciare da quelli retributivi.

Questa operazione è stata, peraltro, realizzata dal legislatore

senza un'adeguata partecipazione delle organizzazioni sindacali, che non è stata prevista nel procedimento di adozione dei decreti legislativi (art. 2, co. 2, l. n. 15/2009); né è stata, in ogni caso, pienamente ricercata nei fatti, avendo il Governo raggiunto, il 30 aprile 2009, l'"Intesa per l'applicazione dell'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 ai comparti contrattuali del settore pubblico" – i cui contenuti sono stati in gran parte trasfusi nel d.lgs. n. 150/2009 – soltanto con alcune delle organizzazioni sindacali più rappresentative dei pubblici dipendenti, in particolare con Cisl, Uil e Ugl, ma non con la Cgil, in tal modo non assicurandosi un consenso sulla riforma sufficientemente ampio da scongiurare conflittualità e opposizioni rispetto all'attuazione concreta della stessa.

b) Al rafforzamento dell'eteronomia, sul piano normativo, è corrisposta la "unilateralizzazione", sul piano decisionale e gestionale, mediante l'accrescimento dell'autonomia e dei poteri della dirigenza, in quanto personificazione del datore di lavoro pubblico nei confronti degli altri dipendenti; non accompagnato, però, a dispetto dell'enunciazione tra le finalità della riforma, da una proporzionale garanzia della "distinzione tra politica e amministrazione", tramite disposizioni e misure concrete.

Il legislatore ha inteso, in sostanza, riversare sui dirigenti il compito di realizzare il progressivo miglioramento del livello delle prestazioni erogate ai cittadini e di assicurare l'offerta di servizi conformi agli *standard* internazionali di qualità, mediante il raggiungimento di un'adeguata produttività del lavoro pubblico.

Tale obiettivo deve essere perseguito mediante l'esercizio, da parte della dirigenza pubblica, delle capacità e dei poteri del privato datore nella direzione e nell'organizzazione del lavoro, riconoscendole, in particolare, la competenza ad individuare i profili professionali necessari allo svolgimento delle funzioni istituzionali dell'ufficio cui è preposta, nonché ad effettuare la valutazione del personale e a distribuire, conseguentemente, gli incentivi alla produttività e le punizioni per gli inadempimenti.

Ma addossandole, al contempo, il massimo di responsabilità – nel caso di non pieno raggiungimento dei risultati, in termini di produttività delle risorse umane assegnate e di efficienza della relativa struttura, anche quando questo non dipende del tutto dal suo operato, o anche soltanto di comportamenti organizzativi ritenuti non idonei – incidendo sull'attribuzione del trattamento economico accessorio e sul conferimento degli incarichi dirigenziali.

c) In effetti, la riforma del 2009, per raggiungere le finalità del potenziamento dei livelli di efficienza degli uffici pubblici e della crescita delle competenze professionali dei dipendenti, ha puntato molto sulla introduzione di un articolato meccanismo di misurazione, valutazione e trasparenza della *performance* organizzativa e individuale, esteso a tutto il personale, nonché di strumenti di valorizzazione del merito, della produttività e della qualità della prestazione lavorativa – mediante l'affermazione del principio di selettività e di concorsualità nelle progressioni economiche e di carriera e nell'attribuzione della retribuzione accessoria e dei premi individuali – e, all'opposto, di misure di disincentivo alla inefficienza.

Ma, quanto all'erogazione delle misure premiali, essa è subordinata alla compilazione di una graduatoria affetta da alcune insormontabili rigidità: nella fascia di merito più alta può essere collocato al massimo il 25% dei dipendenti di ciascuna amministrazione; un analogo 25% dei dipendenti deve finire nella fascia di merito bassa; il restante 50% deve essere collocato in una fascia intermedia. Questo sistema tradisce un atteggiamento di sfiducia nei confronti dell'amministrazione pubblica, dipingendola come necessariamente caratterizzata da alti livelli di inefficienza e da non altrettanto alti, neppure potenzialmente, livelli di eccellenza. L'introduzione di soglie percentuali massime, soprattutto per la selezione dei più meritevoli, è, poi, addirittura connotata da una potenzialità discriminatoria, e quindi tutt'altro che meritocratica, se – come ci si augura – i dipendenti che raggiungono una produttività elevata sono in numero maggiore rispetto a quello consentito dalla legge.

Ancora più limitata è la possibilità di attribuzione di alcuni premi individuali: il *bonus* annuale delle eccellenze, ad esempio, è assegnato alle *performance* individuate in non più del 5% del personale; il premio annuale per l'innovazione, poi, è addirittura unico, spettando al miglior progetto realizzato nell'anno, in grado di produrre un significativo cambiamento dei servizi offerti o dei processi interni di lavoro, con un elevato impatto sulla *performance* dell'organizzazione.

In definitiva, la creazione di questo meccanismo di premialità, volto ad accentuare, nelle intenzioni del legislatore, la competizione tra il personale per accaparrarsi i benefici economici – cosa che, di per sé, potrebbe già dare adito a qualche perplessità, dal punto di vista della scienza dell'organizzazione, poiché alimenta un clima di conflittualità, piuttosto che di collaborazione, tra i lavoratori – nei fatti può rivelarsi, al contrario, di dubbia efficacia incentivante, proprio in virtù della eccessiva selettività delle misure, che, se giudicate troppo difficili ed incerte da raggiungere, in quanto riservate solo ad una piccola quota di quelli che conseguono determinati risultati, possono indurre i dipendenti a rinunciarvi in partenza e a preferire un'*aurea mediocritas*, forse complessivamente meno retribuita, ma senza dubbio più comoda.

Alla predisposizione di questo complesso apparato di riconoscimento dei meriti si contrappone, poi, la definizione di un sistema più rigoroso di responsabilità dei dipendenti pubblici e più severo di impiego dei poteri di controllo e disciplinare e delle relative sanzioni, al fine di contrastare i fenomeni di scarsa produttività e di assenteismo. Un'ottica repressiva, volta a scovare e a punire i colpevoli, che va in direzione diversa rispetto alle logiche e ai meccanismi "motivazionali", indicati dagli scienziati dell'organizzazione come quelli maggiormente in grado di produrre effetti di miglioramento del rendimento del personale (e della stessa dirigenza).

L'importante, in ogni caso, è che si trovi il giusto equilibrio tra il perseguimento dell'efficienza e dell'economicità della pubblica amministrazione e la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori.

È vero, infatti, che esiste una quota di dipendenti pubblici "fannulloni", che adottano comportamenti da contrastare: come, ad esempio, tra gli altri, l'utilizzo della malattia per sottrarsi all'adempimento dei propri compiti. Ma è pur vero che, per ottenere il risultato della diminuzione delle relative assenze, accanto ad un opportuno inasprimento della disciplina dei controlli, non può certo essere utilizzata, come misura di disincentivo, l'applicazione, in maniera indifferenziata e automatica, di una decurtazione retributiva nei confronti di tutti i lavoratori malati (secondo quanto disposto dall'art. 71 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni in l. 6 agosto 2008, n. 133), in quanto essa colpisce ingiustamente anche quelli che malati lo sono realmente e che, ciononostante, sono indotti a rinunciare al pieno godimento del proprio diritto alla salute per evitare la perdita economica.

5. Tra i principali problemi applicativi della nuova disciplina del lavoro pubblico, vi è, infine, come già anticipato, naturalmente quello delle ripercussioni di questa sull'impiego alle dipendenze delle Regioni e degli Enti locali.

Ciò, in conseguenza dell'ampliamento – ad opera della riforma costituzionale del 2001 – delle competenze normative degli Enti territoriali in materia di "ordinamento ed organizzazione amministrativa", ora riservate alla potestà legislativa residuale delle Regioni (art. 117, co. 4, Cost.) e alla potestà statutaria e regolamentare degli Enti locali (artt. 114, co. 2, e 117, co. 6, ultimo periodo, Cost.), con il corrispondente ridimensionamento della potestà legislativa statale.

La particolare importanza della recente normativa sul pubblico impiego, analizzata in quest'ottica, deriva, dunque, tra le altre cose, dal fatto che essa costituisce il primo intervento di riforma complessiva del lavoro pubblico effettuato dal legislatore statale dopo il mutamento del quadro costituzionale di riferimento.

Non a caso, proprio in considerazione di questo, è stata prevista, per l'adozione dei decreti legislativi di attuazione della gran parte delle deleghe più rilevanti, la necessità di raggiun-

gimento della "previa intesa" con la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281 (art. 2, co. 2, l. n. 15/2009), faticosamente conclusa il 29 luglio 2009. Ed è significativo il fatto che proprio nel corso dell'esame in Conferenza il testo legislativo sia stato sottoposto a numerose modifiche, con l'inserimento di disposizioni specificamente rivolte all'impiego regionale e locale, ottenendo così un effetto di maggiore diversificazione delle discipline, rispetto alla bozza originaria del decreto, caratterizzata, al contrario, da un atteggiamento uniformante del legislatore, con la predisposizione di un'unica normativa, concepita per l'impiego statale ma al contempo applicabile, nella medesima formulazione, anche ai dipendenti delle altre amministrazioni, non diversamente da quanto tradizionalmente accadeva prima della riforma costituzionale del 2001.

Nei contributi che seguono si è cercato, pertanto, di dare risposta fondamentalmente ai seguenti interrogativi:

in che modo il legislatore statale si sia rapportato al mutato quadro delle competenze in materia di lavoro pubblico: se, cioè, abbia tenuto conto dell'accentuato pluralismo istituzionale o lo abbia, al contrario, ignorato, continuando ad esercitare la propria potestà legislativa come prima, con le conseguenti valutazioni in merito alla legittimità costituzionale delle disposizioni;

quali siano le implicazioni della riforma del lavoro pubblico sul sistema delle fonti di disciplina dell'impiego regionale e locale; e, in particolare, con riferimento alla contrattazione collettiva, se, ed in che modo, siano state soddisfatte le istanze di differenziazione degli ambiti della contrattazione collettiva per il personale delle Regioni e per quello delle Autonomie locali e di più diretto coinvolgimento delle Regioni e degli Enti locali nel processo di stipulazione del contratto collettivo nazionale di comparto, nonché di maggiore autonomia per la contrattazione integrativa;

se, ed in che misura, la normativa statale si applichi al lavoro pubblico regionale e locale, e in base a quale titolo di competenza legislativa sia possibile addurre tale vincolatività; inoltre, quali siano i profili di specialità della disciplina introdotti dal

legislatore statale per l'impiego alle dipendenze delle Regioni (e delle Province autonome) e degli Enti locali;

in definitiva, se il legislatore abbia agito in coerenza con gli obiettivi – professati sul più generale piano della prospettiva politico-istituzionale – di promozione del federalismo normativo, amministrativo e fiscale, o viceversa abbia operato un riaccentramento dei poteri e delle funzioni di regolazione, di governo e di gestione del personale pubblico e, per tale via, della stessa amministrazione.

Sezione I
Fonti statali e contrattazione collettiva del lavoro pubblico

Legge, contratto collettivo e circuiti della rappresentanza nella riforma "meritocratica" del lavoro pubblico

di Lorenzo Zoppoli

Sommario
1. *Cosa cambia con la riforma Brunetta sul piano normativo e sul piano sistematico.* – **2.** *In particolare: la delegificazione rivisitata e l'assimilazione legge/contrattazione nazionale.* – **3.** *La legge-regolamento: una nuova stagione legislativa sulla gestione del personale.* – **4.** *Il contratto-regolamento: la predeterminazione legale delle convenienze contrattuali.* – **5.** *Tranelli interpretativi e tranelli applicativi.* – **6.** *La concorrenza (sleale) tra le fonti.* – **7.** *I rischi di sistema e la scomposizione/ricomposizione dei circuiti della rappresentanza politico-sindacale.*

1. *Cosa cambia con la riforma Brunetta sul piano normativo e sul piano sistematico*

La l. 4 marzo 2009, n. 15 e il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 hanno un impatto molto incisivo sul rapporto tra legge e contratto con riguardo almeno a tre aspetti di fondo: *a)* il sostanziale abbandono di un sistema di regolazione del lavoro pubblico stabilmente delegificato; *b)* il ripristino di un chiaro carattere imperativo della normativa legale; *c)* l'ampliamento delle materie sottratte alla contrattazione collettiva, da regolare preferenzialmente in via unilaterale. Queste tre modifiche sono tali da alterare sensibilmente il modello normativo introdotto dalle riforme degli anni '90, mutando il processo di unificazione regolativa tra pubblico e privato, nonostante tale processo venga richiamato nell'oggetto e nei criteri di delega contenuti nella l. n. 15/2009, che si presenta perciò per più versi contraddittoria.

Gli aspetti appena menzionati sono però già stati esaminati in molte altre occasioni, così come i conseguenti problemi di coerenza e costituzionalità della "quarta" riforma legislativa

della materia ([1]). Sembra ora utile mettere a fuoco le ragioni di fondo del mutamento di scelta legislativa, anche al fine di valutarne l'ammissibilità giuridica in punto di principio e in punto di coerenza logico-sistematica. Vanno poi vagliati praticabilità e riflessi di largo raggio del nuovo sistema regolativo del lavoro pubblico, che configura, com'è sin troppo facile intuire, una profonda invasione dei circuiti e delle regole della rappresentanza politico-sociale, tale da far pensare ad una riforma di carattere propriamente istituzionale.

Inevitabile mi sembra ricondurre questa nuova configurazione dei rapporti legge/contratto collettivo ad una profonda rivisitazione della funzione istituzionale che il legislatore è disposto a riconoscere alla contrattazione collettiva per il lavoro pubblico. In sintesi, mentre in passato lo sguardo era incentrato sulla contrattazione nazionale e sui suoi effetti di razionalizzazione e visibilità/trasparenza dei trattamenti economico-normativi riconosciuti ai dipendenti pubblici, oggi il baricentro della nuova disciplina gravita intorno alla contrattazione integrativa. Quest'ultima, a torto o a ragione, viene regolata con grande diffidenza: essa, infatti, non è ritenuta veicolo né di meritocrazia né di trasparenza. E questo in un provvedimento legislativo che, riguardato sotto l'aspetto "ideologico", tratta l'una (la meritocrazia) e l'altra (la trasparenza) come l'α e l'ω dei suoi orizzonti.

Una conferma abbastanza chiara di questo mutamento di baricentro e di ottica funzionale si ha se si guarda proprio alle modifiche introdotte dalla nuova legislazione alla disciplina dei rapporti di lavoro rimessa ai contratti collettivi nazionali. Al riguardo, nonostante gli annunci e le norme-principio, lo spazio lasciato alla contrattazione nazionale è in definitiva ancora ampio (v. art. 40, comma 1, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 novel-

(1) V. L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009, ed ivi gli scritti di con saggi di Edoardo Ales, Stefano Battini, Franca Borgogelli, Rosa Casillo, Benedetto Cimino, Mario Cerbone, Massimiliano Delfino, Marco Esposito, Vincenza Esposito, Umberto Gargiulo, Vincenzo Luciani, Pasquale Monda, Riccardo Mercurio, Carmine Russo, Raffaello Santagata, Rosario Santucci, Paola Saracini, Angelo Scala, Anna Trojsi, Antonio Viscomi, Antonello Zoppoli.

lato dal d.lgs. n. 150/09): tanto ampio da non sfruttare fino in fondo neanche le potenzialità "restrittiva" dell'elencazione delle materie riservate alle fonti unilaterali dall'art. 2, comma 1, lett. *c)*, della l. 23 ottobre 1992 n. 421. Questa norma, richiamata "in servizio" attivo dal neo-legislatore, avrebbe permesso di escludere dalla contrattazione collettiva tutta la "disciplina della responsabilità" (art. 2 lett. *c)* n. 7 della l. n. 421/92); la riforma Brunetta invece non esclude, ma anzi esplicitamente consente, la contrattazione collettiva sulle sanzioni disciplinari dei dipendenti pubblici, seppure "negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge" (così sempre il novellato art. 40, comma 1). E non va sottaciuto che una porzione non irrilevante della contrattazione nazionale in materia viene "legificata" proprio con il d.lgs. n. 150/09 ([2]).

A ben guardare, e ferma restando l'ambiguità della nuova formula di apertura dell'art. 40, comma 1, del d.lgs. n. 165/01 ("la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro" ([3])), l'unica "materia" esclusa *ex novo* dalla legge che sembrerebbe incidere più direttamente sulla contrattazione nazionale è quella del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali. Al riguardo nemmeno si deve però trascurare che l'art. 19 del d.lgs. n. 165/01, rubricato appunto "incarichi di funzioni dirigenziali", già era stato corredato da un comma 12-*bis* dalla l. 15 luglio 2002 n. 145, in base al quale le sue disposizioni costituivano "norme non derogabili dai contratti o accordi collettivi".

Per il resto, tutte le modifiche legali dell'ambito materiale della contrattazione collettiva riguardano essenzialmente la contrattazione integrativa e, più in generale, la possibilità di regolare le relazioni sindacali a livello micro-organizzativo, destinate a "barcamenarsi" tra prassi informative e spazi di negoziazione integrativa espressamente previsti dalla contrattazione

(2) F. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico,* in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009.
(3) V. cap. 1 di *Ideologia e tecnica*, cit.

nazionale entro i più rigorosi limiti indicati dal legislatore ([4]).

2. *In particolare: la delegificazione rivisitata e l'assimilazione legge/contrattazione nazionale*

Anche l'alterazione del rapporto legge/contratto configurato originariamente dal d.lgs. n. 165/01 va analizzata con molta attenzione. È vero infatti che l'art. 1 della l. 15/09, modificando l'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/01, ribalta il rapporto tra microlegislazione riguardante solo il lavoro pubblico e contrattazione collettiva; ed è anche vero che tale modifica, prevedendo la necessità di un'espressa "autorizzazione legislativa" per la contrattazione collettiva derogatoria di disposizioni speciali per il lavoro pubblico contenute in leggi, statuti o regolamenti, vanifica in buona misura la delegificazione sistematica perseguita con la riforma degli anni '90, che aveva un importante significato proprio per ridurre l'incidenza dei circuiti politici sulle negoziazioni del lavoro pubblico ([5]). Per questo verso quindi può dirsi che si sono ripristinate le condizioni per una nuova giungla normativa rispetto alla quale la contrattazione collettiva si ritroverà giuridicamente impotente e, per di più, costretta a subire la concorrenza "sindacale" di un legislatore reso più potente che mai. Il legislatore non solo infatti può intervenire nelle materie oggetto di contrattazione, come ha sempre potuto fare, ma produrrà, di norma, un effetto di rilegificazione dei trattamenti normativi dei dipendenti pubblici che allontanerà sempre

(4) V. G. NATULLO, P. SARACINI, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*; E. ALES, *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*; R. SANTUCCI, P. MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa,* tutti in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009; U. CARABELLI, *I poteri dirigenziali nel limbo della non contrattabilità,* relazione al convegno "*Lavoro pubblico: riforme in corso e strategie di sviluppo organizzativo per gli enti locali*", Bologna, 6-10-2009.

(5) È infatti evidente che se la pressione di un gruppo di lavoratori per ottenere un certo trattamento normativo arriva ad essere accolta in una legge, è ben difficile che poi quella stessa legge si autoqualifichi come derogabile dalla contrattazione collettiva.

più il pubblico dal privato.

La riforma Brunetta però non intende rinunciare alle potenzialità perequatrici che la contrattazione collettiva nazionale può avere riguardo ai trattamenti economico-retributivi. Infatti l'art. 1 della l. n. 15/09 in materia retributiva non si rimangia la regola della prevalenza del contratto sulla microlegislazione (art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 165/01): e con questo conferma l'intenzione del legislatore di continuare ad avvalersi ampiamente della contrattazione collettiva nazionale per finalità di governo della spesa dei trattamenti economici dei dipendenti pubblici. L'obiettivo viene per la verità realizzato in modo alquanto maldestro: infatti la regola contenuta nell'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 165/01, sia per la sua automaticità sia perché va oggi letta alla luce della diversa filosofia della riforma – che, come s'è detto, svaluta profondamente la contrattazione collettiva come veicolo di razionalità normativo/organizzativa – è una regola destinata, da un lato, ad essere ridimensionata e, dall'altro, ad avere un'applicazione sempre più problematica, con la crescita certa del contenzioso. Se la si legge con la dovuta attenzione, ci si rende conto che il suo effetto caducatorio si produce soltanto con riguardo a norme di legge, statuto o regolamento che comportino "incrementi retributivi": una fattispecie difficile da rinvenire se lo strumento unilaterale viene accortamente utilizzato per regolare problemi interpretativo-applicativi dei tanti istituti retributivi previsti dai contratti collettivi. E non ci sarà da attendere chissà quali *performance* del Parlamento nazionale; basterà seguire scrupolosamente la legislazione regionale o la copiosa normativa secondaria che in materia ha sempre caratterizzato gli enti locali o le aziende sanitarie locali.

Comunque, prescindendo dalla bontà della fattura legislativa, risulta nel complesso evidente che la riforma Brunetta mantiene quasi intatta la funzione regolativa della contrattazione collettiva nazionale, vista essenzialmente come una fonte eteronoma governabile dal "centro" del sistema. Tale centro per di più è disegnato intorno al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro per la pubblica amministrazione (v. art. 41 del

d.lgs. n. 165/01): non si deve infatti trascurare che l'organizzazione della contrattazione collettiva viene brutalmente semplificata (non più di quattro contratti di comparto e altrettanti di area: art. 40, comma 2, del d.lgs. n. 165/01) e che i comitati di settore sono praticamente ridotti a due, fungendo la Presidenza del Consiglio da comitato di settore in tutti gli altri casi ([6]).

In sostanza non solo la contrattazione collettiva è considerata come una fonte eteronoma di livello nazionale (assimilabile ad una sorta di legge macrosettoriale), ma si raggiunge il risultato che in una buona percentuale (tutti i dipendenti di ministeri, agenzie, scuola, parastato, università, enti di ricerca) quella fonte sia sotto lo stretto controllo (di una parte) del Governo centrale.

Possiamo dunque dire che, con riguardo agli aspetti esaminati, i confini identitari del contratto rispetto alla legge sfumano perché il primo viene sempre più assimilato alla seconda. Anche se, vista la concentrazione in capo alla coppia Presidente del Consiglio-Ministro per la pubblica amministrazione, si dovrebbe forse più correttamente osservare che la contrattazione collettiva nazionale tende sempre più a (ri)prendere le fattezze di una fonte regolamentare.

3. *La legge-regolamento: una nuova stagione legislativa sulla gestione del personale*

Non bisogna poi trascurare un altro aspetto della riforma Brunetta, che riguarda gli ambiti materiali fatti oggetto di una disciplina legislativa assai più dettagliata e penetrante di quella precedente. Qui a rilevare sono innanzitutto le norme del d.lgs. n. 150/09, soprattutto i titoli II e III. In queste norme si ritrovano puntuali indicazioni in ordine a: *a)* modalità, ambiti ed estensione dei sistemi di misurazione e valutazione delle *per-*

(6) M. DELFINO, *Comitati di settore e rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009.

formance organizzative e del personale dipendente e dirigenziale; *b)* articolazione del ciclo di gestione della *performance*, organismi competenti, requisiti e monitoraggio di obiettivi e indicatori; *c)* documenti programmatici e consuntivi riguardanti le *performance* (piano e relazione sulla *performance*), con i rispettivi termini di presentazione (31 gennaio e 30 giugno); *d)* tipologia e modalità d'uso degli strumenti di valorizzazione del merito e dei metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa; *e)* quantificazione dei criteri per la differenziazione delle valutazioni (le famose tre fasce, precisate con riguardo persino alle percentuali 25/50/25%); *f)* indicazione tassativa dei premi per merito e professionalità (bonus annuale delle eccellenze; premio annuale per le innovazioni; progressioni economiche; progressioni di carriera; attribuzione di incarichi e responsabilità; accessi a percorsi di alta formazione e di crescita professionale; premio per l'efficienza) e dei rapporti tra essi intercorrenti; *g)* imputazione delle risorse economico-finanziarie necessarie per le varie premialità; *h)* carattere imperativo della normativa in materia (art. 29) e grado (minimo) di derogabilità da parte della contrattazione collettiva (art. 19, comma 4).

Per valutare il grado di invasività e predeterminazione delle scelte organizzative che questa disciplina configura, occorre aver presente che, pur considerando le diversità connesse alle autonomie costituzionalmente riconosciute, la riforma Brunetta delinea per tutte le pubbliche amministrazioni un sistema meritocratico generalizzato e basato sull'attribuzione (rigidamente) selettiva di riconoscimenti di carattere retributivo a tutti i dipendenti a fronte di una gamma di modelli meritocratici che, nella teoria e nella pratica dei tanti universi organizzativi esistenti, potrebbe presentare un'infinità di variabili (riguardo a: soggetti valutati e premiati; rilevanza della motivazione o della relazione; modalità di *goal setting*; curvatura delle graduazioni valutative; tipologia di premi; criteri di selezione, ecc. ([7])).

(7) V., per tutti e da ultimo, L. BORGOGNI (a cura di), *Valutazione e motivazione delle risorse umane nelle organizzazioni*, Milano, Franco Angeli, 2008.

Se a questo ambito materiale si aggiunge l'espansione della regolazione legislativa in materia disciplinare, risultante dalle innovazioni apportate al d.lgs. n. 165/01 (v. artt. 55-55 *nonies*), e l'ingessatura dei criteri di inquadramento dei dipendenti pubblici prevista dall'art. 54 novellato del d.lgs. n. 165/01 ([8]), si arriva alla conclusione che la riforma Brunetta configura un uso della legge con finalità pervasivamente organizzative, attraverso una regolazione generale di profilo molto minuzioso e dettagliato, tale da ricalcare una modellistica che riporta direttamente agli anni '50. Si potrebbe dire che la riforma è attraversata da un enorme potenziamento della legislazione sull'organizzazione e sulla gestione dei rapporti di lavoro, che, proprio con riguardo ai contenuti (peraltro in gran parte ripresi dalla contrattazione collettiva nazionale), assume anch'essa delle fattezze di tipo regolamentare.

In Italia dunque, dopo oltre cinquant'anni dal testo unico sull'impiego pubblico degli statali (1957), siamo di nuovo dinanzi ad una legge di organizzazione del sistema di gestione del personale, che, a prescindere dalla bontà della specifica strumentazione (che se, cinematograficamente, usiamo il "fermo immagine", può anche essere considerata ottima), prefigura una scelta di tecnica regolativa assai pericolosa per due ragioni: l'effetto di cristallizzazione dei suoi contenuti; l'effetto di giudiziarizzazione delle valutazioni organizzative.

Dinanzi a questo nuovo corso legislativo c'è chi richiama le recenti tendenze, maturate soprattutto negli Stati dell'Est europeo, verso il modello del *Neo-Weberian State*, basato su una più marcata regolazione di procedure e finalità dell'azione amministrativa e finanche dello *status* dirigenziale, un modello che, nella testa del neo-legislatore, quanto meno affiancherebbe, seppure un po' confusamente, il modello del *New Public Management* ([9]). Io ho piuttosto l'impressione di uno spavento-

(8) V. U. GARGIULO, *La promozione della meritocrazia,* in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009.

(9) G. CAPANO, *Administrative Traditions And Policy Change: When Policy Paradigms Matter. The Case Of Italian Administrative Reform During The 1990,* in *Public*

so *dejà vù*. Nel nostro paese l'opzione legislativa si è già tradotta in un'*over-regulation*, che, non più di 25 anni fa, ha dato la stura ad un infinito processo riformatore nel quale è insita la sfida a gestire in modo moderno e *goal oriented* le organizzazioni amministrative, una sfida che le classi dirigenti italiane non si rassegnano ad accettare per quello che è: una grigia conquista quotidiana, lontana dalle pagine dei giornali e dai *talk-show* televisivi così come dai ragionamenti (o, per i più disillusi, dalle "pance") "elettorali" dei cittadini, ma fondamentale per perseguire davvero la soddisfazione degli interessi degli utenti dei tanti servizi pubblici.

4. *Il contratto-regolamento: la predeterminazione legale delle convenienze contrattuali*

Volgendo ora lo sguardo a quello che abbiamo considerato il cuore della riforma delle regole sul contratto collettivo – cioè la contrattazione integrativa – emerge un'altra peculiarità. Anche a tal riguardo infatti, ferma restando la chiara intenzione di ridimensionare libertà e spazi per la contrattazione integrativa, la riforma Brunetta sembra sposare una concezione della contrattazione piuttosto singolare, che la rende "altro" da quello che è.

In sintesi, e senza ripetere cose già dette, si può rilevare che l'art. 19 del d.lgs. n. 150/09 e l'art. 40 del d.lgs. n. 165/01, novellato dal medesimo d.lgs. n. 150/09, danno vita ad un contratto integrativo che, oltre ad essere confinato negli ambiti materiali e nelle risorse economico-normative fissate dalla legge e dai contratti collettivi nazionali nonché sottoposto a nuovi stringenti controlli (v. artt. 40 e 40-*bis* del d.lgs. n. 165/01), sembrerebbe dover necessariamente portare a determinati esiti

---

Administration, 2003, vol. 81, n. 4, p. 781 ss.; R. MERCURIO, ESPOSITO V., *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso di organizzazione,* in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009; A. VISCOMI, *"Amministrare riformando": paradigmi organizzativi e funzione pubblica tra razionalità tecnica e valori costituzionali. Note introduttive*, Quaderni Field, 2009.

negoziali. In effetti nel d.lgs. n. 150/09 si può vedere una sorta di "funzionalizzazione forte" del contratto integrativo, cioè una funzionalizzazione non tanto della contrattazione collettiva o, genericamente, del sistema di contrattazione collettiva oppure dell'agire della parte pubblica – tutte funzionalizzazioni alle quali siamo, seppure problematicamente, abituati, in quanto, almeno finchè vige l'art. 97 Cost., fanno parte del dna della disciplina del lavoro pubblico ([10]) – ma addirittura dei singoli contratti collettivi. Al riguardo si può essere più o meno d'accordo sul se e come fosse configurata in passato la particolare funzionalizzazione della parte datoriale o del sistema contrattuale, cioè la "funzionalizzazione" già ricavabile dal d.lgs. 3 febbaio 1992, n. 29 o dal d.lgs. n. 165/01. Ma la formulazione che troviamo ora negli artt. 19, comma 4, del d.lgs. n. 150/09 e, ancor più, 40, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 165/01 è ben diversa dal passato. In quest'ultima norma la legge prescrive, in maniera estremamente assertiva, che qualunque espressione della contrattazione integrativa – cioè ciascun contratto integrativo – deve assicurare adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici e deve destinare una quota prevalente del trattamento economico accessorio alla *performance* individuale. In tal modo la legge fissa un obiettivo, uno scopo, addirittura un contenuto necessario per la contrattazione integrativa, lasciando uno spazio molto limitato all'autonomia negoziale delle parti.

Inoltre va adeguatamente considerato che la riforma del 2009 predispone un percorso di "scavalcamento" della contrattazione integrativa (e non solo: v. l'inserimento dell'art. 47 *bis* del d.lgs. n. 165/01) ad opera della regolazione unilaterale (v. art. 40, commi 3-*bis* e 3-*ter,* del d.lgs. n. 165/01, modificato dall'art. 54 del d.lgs. n. 150/09), che opera ogniqualvolta le trattative si prolunghino oltre un termine che la contrattazione collettiva nazionale è tenuta a prevedere. Questa norma, seppure entro limiti che in seguito accennerò, può portare ad una regolazione unilaterale provvisoria oppure, più credibilmente,

(10) V., soprattutto e da ultimo, M. RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Pub.*, 2008, p. 70 ss.

può consentire alla parte datoriale di tener ferma la propria "piattaforma" contrattuale (magari parzialmente "anticipata" dal potere di regolazione unilaterale) fino a quando la controparte non sia disposta ad accettarla. Tale regola vale a mettere la parte pubblica in condizione di negoziare "con il coltello sotto il tavolo": una condizione poco piacevole per l'altra parte e, forse, una meritata Nemesi per sindacati che non hanno esitato a fare qualcosa di simile in passato. Ma, in una valutazione giuridica non grettamente formalistica, non può sfuggire che la configurazione della contrattazione integrativa racchiusa in una simile regola appare ben strana, in quanto – ferma restando l'eventuale scelta dell'amministrazione di mantenere formalmente o sostanzialmente in vita un determinato assetto negoziale (almeno finché ulteriori vincoli eteronomi non lo impediscano) – può dar vita ad un percorso negoziale ad esito predeterminato o predeterminabile ad opera di una delle parti posta comunque in una situazione di notevole "vantaggio" nel condurre la trattativa.

Se, ricordando pure quanto detto nel precedente paragrafo, si considera che nel nuovo quadro legislativo il contratto nazionale sembra dover funzionare come una fonte regolamentare quasi unilaterale e quello integrativo, ridotto in spazi asfittici e fortemente funzionalizzati, può essere predeterminato dalla parte pubblica, davvero si perde di vista l'*ubi consistam* del contratto collettivo nel lavoro pubblico, che dovrebbe mantenere in ogni caso almeno una parte del suo radicamento nel genuino consenso dei lavoratori ([11]).

5. *Tranelli interpretativi e tranelli applicativi*

Non bisogna però pensare che il nuovo quadro legislativo sia così chiaro e così solido come potrebbe apparire dall'analisi sin qui svolta. Molteplici sono i "tranelli" interpretativi ed applica-

(11) V., da ultimo, L. ZOPPOLI, *Contratto collettivo del lavoro pubblico*, voce del Digesto delle discipline privatistiche, sez. Commerciale, Aggiornamento, Utet, 2009, p. 125 ss.

tivi racchiusi sia nella rilegificazione del lavoro pubblico sia nella funzionalizzazione dei contratti integrativi.

Ad alcuni di questi tranelli già ho accennato: derivano dalle lacune nei criteri di delega o da criteri di delega tradotti in modo poco conseguente nel decreto legislativo (naturalmente quello che conta è la delega realizzata senza avere la base, non il caso inverso). Vi sono poi altri problemi, per nulla secondari.

Innanzitutto il decreto legislativo è pieno di formulazioni o troppo vaghe (esempio: "diritti e obbligazioni direttamente pertinenti al rapporto di lavoro") o troppo imperative ("destina… una quota prevalente del trattamento accessorio"). Tanto le formule vaghe quanto quelle troppo imperative o invasive consentono un controllo finale sulla contrattazione collettiva o sulle procedure di negoziazione, che è destinato a prevalere (per giunta *ex post*) sul controllo esercitato dal vertice politico o dal dirigente legittimato a negoziare. Quando, ad esempio, la legge fissa direttamente un criterio che si riflette su una determinata attività (dall'assegnazione degli obiettivi alla stipulazione di un contratto), alla fine il rispetto di quel criterio può esser fatto valere dinanzi al giudice ed è il giudice abilitato a darne l'ultima interpretazione, vincolante ovviamente anche per il vertice politico o dirigenziale. Un esempio può essere proprio la nuova versione del più volte citato art. 40, comma 3-*bis,* del d.lgs. n. 165/02 con la sua "quota prevalente": in caso di dissenso tra le parti contrapposte o tra le organizzazioni a decidere sull'osservanza di questo criterio non sarà l'autorità politica ma il giudice. E siccome ogni volta che un contratto integrativo è in contrasto con una di queste norme, si tratta di contrasto con norma imperativa – secondo l'esplicita qualificazione dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/01, come modificato dall'art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 150/09 – scatterà sempre la sanzione della nullità, che può essere fatta valere da chiunque davanti al giudice. Quindi, per questo versante, non ci sarà un governo politico-amministrativo dei meccanismi di rilegificazione e funzionalizzazione, bensì un governo (in ultima analisi) giudiziario.

Anche il punto della "scavalcabilità" della contrattazione

collettiva viene regolato in maniera niente affatto tranquillizzante. L'art. 40, comma 3-*bis* e 3-*ter* del d.lgs. n. 165/01, è di utilizzazione assai più problematica di quanto possa a prima vista apparire. Prima di tutto perché la riappropriazione del potere unilaterale da parte dell'amministrazione opera solo laddove ci sia il termine fissato dal contratto collettivo nazionale e le trattative vadano oltre questo termine. In secondo luogo perché la nuova regola non è generalizzabile, cioè riferibile a tutta la fenomenologia contrattuale. Infatti il termine "liberatorio" deve essere introdotto da una fonte specifica, la contrattazione collettiva nazionale; e poi, in applicazione di principi generali di correttezza e buona fede, deve essere un termine ragionevole, entro cui sia possibile raggiungere l'accordo. Queste precisazioni devono portare ad un'analisi attenta, volta a valutare cosa accade se ci si trova dinanzi ad un termine che non è fissato dalla contrattazione collettiva o se il contratto non si conclude per ragioni che poco o nulla hanno a che vedere con lo svolgimento dei negoziati.

Il primo caso si presenta già in relazione ad una norma del d.lgs. n. 150/09. L'art. 65, comma 1, prevede infatti che tutti i contratti integrativi vigenti debbano essere rinegoziati entro il 31 dicembre del 2010 (il termine è diverso per le autonomie territoriali). Tale termine, non essendo fissato dalla contrattazione collettiva nazionale, non è un termine al quale si possa così meccanicamente applicare il "percorso" di deroga unilaterale. Escluderei dunque che, se non si raggiunge l'accordo entro quella data, l'amministrazione recuperi o acquisti la potestà regolativa unilaterale (e infatti diversa è la regola fissata dall'art. 65, comma 2).

Un'altra ipotesi singolare può verificarsi se non si raggiunge l'accordo entro il termine, in ipotesi fissato dalla contrattazione collettiva nazionale, perché c'è incertezza sulla controparte sindacale, sulla composizione dei tavoli, sulla maggioranza abilitata a stipulare. Vista l'attuale situazione sindacale, queste ipotesi possono facilmente verificarsi, perché tutto si muoverà in un contesto di forte conflittualità. Mi pare però assai dubbio che anche queste difficoltà, che attengono spesso alle scelte e alla

gestione dei negoziati ad opera della parte datoriale o ai criteri di ponderazione della rappresentatività della controparte, possano legittimare l'amministrazione ad imboccare il percorso di regolazione unilaterale. A tacer d'altro, sarebbe troppo comodo dar vita ad un tavolo negoziale impraticabile e poi regolare unilateralmente le materie sulle quali non si raggiunge l'accordo.

Nemmeno da escludere è che la stessa correttezza e congruità delle negoziazioni svolte entro il termine possa essere oggetto di valutazione giudiziaria. Anzi, a dire il vero, immagino che su questi aspetti ci saranno molti ricorsi *ex* art. 28 Stat. Lav. Quindi anche questo è un percorso di ulteriore fortissima giudiziarizzazione del sistema delle relazioni sindacali nelle pubbliche amministrazioni.

Infine, sempre con riguardo al recupero del potere unilaterale dell'amministrazione *ex* art. 40, comma 3 *ter*, del d.lgs. n. 165/01, segnalerei problemi applicativi anche per quella parte della norma secondo cui l'amministrazione non solo recupera la propria libertà di iniziativa, ma anche la possibilità di provvedere unilateralmente (deve intendersi), seppure in via provvisoria, su tutte le materie oggetto del mancato accordo. Ora, a parte che un tale indefinito potere non sembra avere un chiaro fondamento nella legge delega ([12]), mi pare estremamente discutibile che il potere unilaterale si possa configurare su tutte le materie su cui non c'è stato l'accordo. Dietro o prima dell'accordo collettivo c'è infatti un contratto individuale. Se il percorso contrattuale collettivo consente di modificare alcuni istituti regolati nel contratto individuale con il lavoratore, il "percorso unilaterale" non lo consente tanto pacificamente; né il decreto legislativo può attribuire un così ampio potere d'imperio all'amministrazione, abilitata a modificare unilateralmente le condizioni previste nel contratto individuale. Dove finirebbe il principio, fissato tuttora dall'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 165/01, secondo cui i rapporti di lavoro sono regolati contrattualmente? In realtà in molti casi l'amministrazione dovrebbe

(12) L. ZOPPOLI, *Legge e contrattazione collettiva nell'epoca della meritocrazia*, in M. GENTILE (a cura di), *L'attuazione della legge Brunetta: primo esame del decreto delegato*, Roma, Ediesse (in corso di stampa).

instaurare una vera e propria trattativa con il proprio dipendente, proponendo una modifica del contratto individuale, anche magari attraverso proposte "minacciose" per arrivare a concludere la contrattazione individuale nel senso preferito. Come si vede, il nodo delle effettive capacità negoziali di ciascuna amministrazione non è facile da eludere, una volta che si sia imboccata la strada della "privatizzazione" dei rapporti di lavoro.

Né si può pensare di incentrare la portata dell'art. 40, comma 3 *ter*, sull'espressione "in via provvisoria". A parte la valenza "soggettiva" dell'espressione, si è mai visto che il contenuto di un atto di autonomia negoziale privata bilaterale venga configurato come surrogabile in via provvisoria da una decisione unilaterale di una delle due parti se non si raggiunge l'accordo? E poi questa provvisorietà può durare fino alla successiva sottoscrizione di un accordo collettivo (così espressamente recita l'art. 40, comma 3 *ter*, del d.lgs. n. 165/01), con definitiva espropriazione dell'autonomia contrattuale del lavoratore. Insomma il lavoratore (che potrebbe anche non essere iscritto ad alcun sindacato) si vedrebbe trasformare d'imperio le condizioni del proprio contratto di lavoro fino a quando amministrazione e sindacato non trovino un punto d'accordo. Mi pare un assetto relazionale estremamente autoritativo, che giuridicamente non sta né in cielo né in terra, cioè non ha un inquadramento che rispecchi questo squilibrio di poteri formali e sostanziali. Neanche l'amministrazione "pubblicistica" aveva un potere di questo genere; o, almeno, doveva provvedere attraverso atti suscettibili di vaglio giudiziario per eccesso di potere ([13]).

Si deve considerare, infine, che il recupero del potere unilaterale dell'amministrazione è spesso connesso all'utilizzazione piena del sistema premiale o punitivo, un sistema, come s'è visto, assoggettato a regole piuttosto rigide. Si pensi, ad esempio, alla tre fasce di merito previste dall'art. 19 del d.lgs. n. 150/09.

(13) Per la conformità di queste norme del d.lgs. n. 150/09 ai criteri di delega v. *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico,* in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009 p. 32 ss.

In mancanza di accordo collettivo, l'amministrazione dovrà per forza inserire un 25% di lavoratori o lavoratrici tra coloro che non potranno percepire alcun trattamento accessorio connesso alla *performance* individuale. È facile immaginare che questo avverrà in un clima di tensioni e conflitti; ed è altrettanto facile immaginare che provocherà ogni tipo di contenzioso giudiziario, a cominciare dall'attivazione di tutte le tutele previste dal nuovo diritto antidiscriminatorio. Potrebbero così verificarsi le condizioni ideali per far decollare le tutele sostanziali e processuali previste da un diritto che finora ha stentato a manifestarsi in tutte le sue potenzialità ([14]). Basterà che in quel 25% di lavoratori che resta senza alcun "premio" sia rinvenibile un qualche scompenso statistico riconducibile al sesso, all'appartenenza a un partito o a un sindacato o a una certa religione o etnia.

Dunque, come si è visto, molti sono i tranelli nascosti nella nuova disciplina legale diretta a riaffermare un vasto potere unilaterale in capo al legislatore o alle amministrazioni. In linea più generale va osservato che qualunque ripristino di autorità unilaterale deve fare i conti con uno scenario di principi e regole giuridiche che (per fortuna, aggiungo io) non è più quello degli anni '50.

6. *La concorrenza (sleale) tra le fonti*

Riprendendo il ragionamento svolto sulle caratteristiche sistematiche delle linee di fondo della riforma Brunetta, quel che più colpisce è che si tratta chiaramente di innovazioni rese possibili proprio dall'evoluzione conosciuta dall'ordinamento delle amministrazioni e del lavoro pubblico nell'ultimo quarto di secolo. Si potrebbe dire, in sintesi, che è stato proprio lo sviluppo della contrattazione collettiva e dell'inserimento nelle organizzazioni amministrative di nuove tecniche di gestione che rende ora proponibile e in qualche misura praticabile l'ultima riforma

(14) V., per tutti, M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio,* Giuffrè, Milano, 2007, p. 227 ss.; L. CALAFÀ, D. GOTTARDI, *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, Ediesse, 2009.

legislativa. Essa deve moltissimo a cultura, regole e strumenti di gestione nati ed alimentati da sistemi organizzativi poco regolati dalla legge e assai più calati in logiche e metodologie gestionali che si avvalgono molto di libere dinamiche relazionali e negoziali. Il d.lgs. n. 150/09 attinge ampiamente a questo terreno e legifica *alcune* logiche e *alcuni* strumenti sradicandoli dal loro contesto originario. È vero anche che alla contrattazione collettiva o (più difficilmente) individuale non si vieta del tutto di tornare parzialmente su alcuni degli strumenti premiali o punitivi regolati dalla legge, ma gli spazi consentiti sono in genere unidirezionali, volti essenzialmente a tutelare ancor più le caratteristiche del sistema valutativo e meritocratico disegnato dal legislatore. E comunque, l'investimento *second best* del legislatore è per una regolamentazione sostanzialmente o, addirittura, formalmente unilaterale della strumentazione meritocratica e sanzionatoria.

Il meno che si possa dire di questa politica del diritto è che appare fortemente ingenerosa verso una contrattazione collettiva che, pure con i suoi difetti e le sue lentezze (gli uni e le altre indotti però non di rado dalla stessa "classe politica" che ora prende le distanze), ha traghettato il lavoro pubblico fuori da logiche gestionali ferme alla *belle époque* ([15]). Andando oltre, si può manifestare un certo scetticismo sull'"espianto" di culture e tecniche dal loro *habitat* originario con conseguente trapianto in un contesto iper-regolato. E non solo perché non si sa cosa possa far pensare che il nuovo corso iper-regolato funzioni meglio di quello fallito vari decenni orsono. Ma anche perché questa scelta configura, nell'immediato, una "concorrenza sleale" tra legge e contratto collettivo, fonti molto diverse per matrice, soggetti e procedure, ma che, per orientamenti ampiamente condivisi e confermati da diverse maggioranze parlamentari per numerose legislature, si sono storicamente susseguite nel "guidare" una determinata evoluzione normativa. La nuova tappa della riforma Brunetta sembra disegnata contando soprat-

(15) Per un bilancio v. M. CARRIERI, V. NASTASI (a cura di), *Spazio e ruolo delle autonomie nella riforma della contrattazione collettiva*, il Mulino, 2009.

tutto sulla forza prioritaria della legge (tra l'altro declassata nei contenuti a disciplina regolamentare), un dato essenzialmente formale a forte rischio di ineffettività, se non si tiene in debito conto che i diversi equilibri sostanziali nella disciplina dei rapporti di lavoro pubblico, sebbene ancora insoddisfacenti, sono stati realizzati grazie alla natura sostanzialmente consensuale di quella fonte.

7. *I rischi di sistema e la scomposizione/ricomposizione dei circuiti della rappresentanza politico-sindacale*

Le considerazioni da ultimo espresse esulano però dall'ambito strettamente giuridico-istituzionale. Invece compito precipuo del giurista è chiedersi quali possano essere le ripercussioni generali di una riforma così (improvvidamente) incisiva su alcuni dei fondamenti del diritto sindacale e del lavoro. È un tema che ci occuperà per diversi anni, credo. Vorrei però subito segnalare come ben poco si sia riflettuto su quanto questa riforma confermi un ruolo che, al di là delle apparenze e degli *slogan*, da anni il lavoro pubblico svolge nell'evoluzione del diritto del lavoro. Un ruolo che, pure all'interno di un continuo processo "osmotico" ([16]), vede il lavoro pubblico segnare delle tappe da cui è difficile tornare indietro: così è stato proprio per il potere disciplinare ([17]) e, in genere, per la procedimentalizzazione dei poteri datoriali o per la disciplina degli accessi, della mobilità, della stabilità dell'impiego ([18]). Per quanto in precedenza si è detto, si corre ora il rischio che la riforma Brunetta segni una spinta verso la ripresa generale di tecniche regolative assai più legificate che in passato, con i conseguenti vincoli per organizzazione e poteri datoriali; oppure che induca ad interro-

(16) M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, il Mulino, 1978.
(17) V. L. ZOPPOLI, *Potere disciplinare e unificazione normativa del lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel .ind.*, 1991.
(18) In particolare sulla stabilità v. Corte Cost. 27 gennaio 1958 n. 7, in L. ZOPPOLI (coordinato da), *I rapporti di lavoro nel diritto vivente. Casi e materiali*, Giappichelli, 2009, p. 276.

garsi sulla razionalità di un diritto del lavoro fortemente "unilateralista" per i rapporti con le pubbliche amministrazioni – per le quali si apprestano vari circuiti regolativi para-regolamentari – e invece ancora prevalentemente "contrattualista" per quanto riguarda i rapporti di lavoro con le imprese. È vero che il tradizionale contrattualismo lavorista è stato intaccato anche nel privato grazie a qualche regola introdotta negli anni scorsi (specie dal d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276) e che il consensualismo formale è bilanciato da un ben diverso equilibrio sostanziale tra le parti contrattuali a livello tanto individuale che collettivo. Ma l'ordinamento giuridico non può a lungo tollerare nodi così di fondo, accettando che un contratto dalla medesima natura – com'è quello ancora oggi posto a fondamento dei rapporti di lavoro pubblici e privati – sia poi regolato attraverso sistemi delle fonti così diversificati anche formalmente.

Infine, non si può trascurare che le modifiche al sistema di regolazione del lavoro pubblico si riflettono anche sui meccanismi della rappresentanza e del consenso. In una recente "Autobiografia della Repubblica", si è rilevato come lo sviluppo italiano nel ventennio 1958-1978 abbia molto alterato antichi equilibri creando "circuiti di consenso e di potere che hanno coinvolto maggioranza e opposizione, sindacati, partiti politici e istituzioni, in un sistema sempre più corporativo e consociativo. Sotto le apparenti e talvolta durissime contrapposizioni politiche l'ideologia cattolica dell'assistenza si è spontaneamente associata al rivendicazionismo sindacale di ispirazione classista" ([19]). Può sembrare un frammento di memoria troppo generale e lontano dal tema specifico di cui si sta parlando. Non si deve però mai dimenticare che le relazioni sindacali delle amministrazioni pubbliche si sono sviluppate proprio mettendo radici profonde dentro il processo storico efficacemente descritto dalla citazione appena riportata e sono andate affermandosi con un grado aggiuntivo di complessità ed opacità rispetto a quelle del settore privato, dando vita ad un sistema di rappresentanza

(19) Così G. CRAINZ, *Autobiografia di una Repubblica*, Donzelli, Roma, 2009, p. 76 ss., che cita l'analisi di P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti*, Bologna, il Mulino, 1991, p. 295.

frammentato, ultracorporativo e dagli inestricabili intrecci con una partitocrazia sempre più in crisi ([20]).

Se si può discutere dell'incisività delle riforme degli anni '90 sull'efficienza/efficacia delle amministrazioni pubbliche, non si può però negare che quelle riforme hanno affrontato con decisione crescente il problema della pluralità di canali rappresentativi che il tradizionale assetto regolativo consentiva ai dipendenti pubblici, in precedenza messi nella "comoda" condizione di optare per il circuito legislativo/unilaterale o il circuito semi-contrattuale/regolamentare, entrambi ricchi di cripto-negoziazioni più o meno informali. Con il d.lgs. n. 29/93, e le modifiche successive, le negoziazioni erano state portate alla luce del sole, con la crescente responsabilizzazione dei soggetti abilitati a svolgere i diversi ruoli (comitati di settore e vertici politici per gli indirizzi ai vari livelli; Aran e sindacati dei lavoratori dalla rappresentatività accertata per le contrattazioni nazionali; dirigenza e rappresentanze sindacali di amministrazione per le contrattazioni integrative). Indubbiamente negli anni recenti i rappresentanti delle amministrazioni hanno mediamente dimostrato, soprattutto a livello periferico, di essere in grado di negoziare assai peggio dei sindacati, le cui responsabilità sono state più e più volte sottolineate (sovente senza però metterle in relazione con quelle dei vertici politici, relazione che invece esiste e non è affatto secondaria). La riforma Brunetta in fondo torna a "puntare" sulla capacità della parte pubblica di giocare meglio il proprio ruolo avvalendosi di una regolazione meno formalmente condizionata dalla contrattazione. Può darsi che in qualche caso questo valga "a dare coraggio a chi non ce l'ha" (anche se il precedente letterario non è confortante). È bene però aver chiaro che ci si incammina su una strada già percorsa, lungo la quale si ripresenterà il problema di incanalare adeguatamente la rappresentanza degli interessi (micro, meso o macro) dei lavoratori pubblici. Questi ultimi, davanti ad un maggior

(20) V. L. ZOPPOLI, *Selezione eteronoma dei soggetti sindacali ed efficienza delle pubbliche amministrazioni: oltre la nozione di sindacato maggiormente rappresentativo*, in *Quaderni del pluralismo*, 1987, n. 4.; ID., *Il lavoro pubblico negli anni '90*, Torino, Giappichelli, 1998, spec. p. 69 ss.

potere anche formale della parte pubblica, individualmente o tramite i loro sindacati, torneranno presumibilmente a praticare tutti e due i circuiti regolativi (unilaterale e contrattuale), anche se, occorre riconoscerlo, entrambi declassati e confusi. Insomma sembra di assistere alla ricostruzione, seppure un po' onirica, di un sistema in cui la rappresentanza degli interessi dei lavoratori pubblici – formalmente poco modificata (ma non vanno trascurate le modifiche alle aggregazioni di comparti ed aree e il congelamento del rinnovo delle rappresentanze unitarie: v. il nuovo art. 40, comma 2, del d.lgs. n. 165/01 e l'art. 65, comma 3, del d.lgs. n. 150/09 ([21]))– potrà essere ricostruita a strati: lavoratori e sindacati più "vicini" al vertice politico interessato si faranno rappresentare preferibilmente da chi ha il potere di indirizzare e condizionare in ultima istanza l'adozione delle normative di riferimento; gli altri faranno valere come possono le loro istanze ai tavoli negoziali, se avranno i requisiti per esservi ammessi; agli esclusi resteranno gli scioperi, i *sit in* e tutto l'armamentario disponibile per farsi sentire fuori dai "palazzi". Quanto al primo circuito (quello politico-unilaterale) si tratterà di scegliere di volta in volta se è più comodo il canale legislativo/parlamentare o quello governativo. La riforma Brunetta a livello centrale rafforza il secondo, verso il quale saranno attratti quindi i sindacati più in grado di negoziare con la maggioranza politica al governo (o con il Presidente del Consiglio o con il Ministro della funzione pubblica). Gli altri gruppi di lavoratori o di sindacati però cercheranno altre strade per avere adeguata rappresentanza; e, probabilmente, per non restare esclusi dalle decisioni "ultime", saranno indotti a dare più peso di prima ai circuiti della rappresentanza politica ai vari livelli, che, in un sistema rilegificato, possono essere tranquillamente utilizzati in luogo di quelli del confronto genuinamente e apertamente sindacale. Insomma nel lavoro pubblico si profila un rapido ritor-

(21) V. M. DELFINO, *Comitati di settore e rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009 e L. ZOPPOLI, *Sulla rappresentatività sindacale nel lavoro pubblico dopo la riforma Brunetta: il "ritorno" dei problemi di costituzionalità (e le possibili soluzioni)*, in Arel, 2009, maggio.

no agli anni ’70-’80 del secolo scorso, cioè ad un panorama non *meno* sindacalizzato, ma sindacalizzato in modo più opaco e confuso. Per di più con un sistema politico-elettorale che, per un verso, appare meno permeabile dagli interessi che non trovano spazio nella più selettiva rappresentanza parlamentare (quindi meno sensibile alle forze marginali nell’economia e nella società e più a rischio di perpetrare profonde ingiustizie), e, per altro verso, incoraggia le aggregazioni intorno a singole personalità o gruppi, disposti ad abbracciare battaglie identitario-lobbistiche sia all’interno del proprio schieramento sia bipartisan. C’è poco da essere ottimisti. Nonostante le scorciatoie imboccate dal neo-legislatore, nel nuovo quadro delle fonti per il lavoro pubblico le insidie alla meritocrazia e alla trasparenza non sembrano destinate a diminuire.

La nuova contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: ambito e limiti

di Gaetano Natullo

Sommario
1. *Contrattazione collettiva e "spazio negoziale": dalla legge quadro alla legge "Brunetta".* – **2.** *La nuova contrattazione collettiva nazionale: l'ambito applicativo (i comparti).* – **3.** *Continua. Lo "spazio" (materie) della contrattazione nazionale e delle relazioni sindacali.* – **4.** *La contrattazione collettiva integrativa: il sistema previgente ed i suoi limiti applicativi.* – **5.** *Continua. Nuovo ruolo e nuovi vincoli nella disciplina riformata.* – **6.** *Dirigenza e sindacato nella nuova contrattazione collettiva "dimidiata".*

1. *Contrattazione collettiva e "spazio negoziale": dalla legge quadro alla legge "Brunetta"*

A poco più di 15 anni dalla epocale riforma del 1993, e dalla c.d. "privatizzazione" del pubblico impiego ([1]), al quale faticosamente (con vari passaggi normativi tra il 1993 ed il 2001) si è riusciti a sostituire i pesanti abiti pubblicistici, facendo indossare le più leggere vesti del contratto (individuale e collettivo), le stesse del lavoro subordinato nell'impresa privata, il legislatore interviene dunque nuovamente, ed in maniera assai consistente, sull'assetto delle fonti di disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni.

In particolare, per quanto qui interessa, e riprendendo sul punto le riflessioni contenute nel contributo di Lorenzo Zoppoli in questo volume, può subito anticiparsi che il legislatore della

(1) Su cui, nella ricca bibliografia, per tutti v. 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*). Commentario, in NLCC, 2009, p. 1047 ss; CARINCI F., D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. n. 29/1993 ai d.lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998*. Commentario, Giuffrè, 2000. CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, 2004.

riforma ha voluto imprimere, al contempo, una decisa frenata ed una altrettanto decisa sterzata al sistema dei rapporti tra fonti unilaterali e fonti negoziali nel settore pubblico, apportando una radicale correzione di rotta.

L'intenzione del legislatore è stata chiaramente indicata nella legge delega n. 15/09 ([2]): vero è infatti, che al primo comma dell'art. 2 della l. n. 15, si dichiarava l'obiettivo della *"convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato, con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali"*, ma in realtà quest'ultimo può di fatto considerarsi una intenzione apparente, a fronte del reale obiettivo di "*modificare la disciplina della contrattazione collettiva nel settore pubblico al fine di conseguire una migliore organizzazione del lavoro e di assicurare il rispetto della ripartizione tra le materie sottoposte alla legge, nonché, sulla base di questa, ad atti organizzativi e all'autonoma determinazione dei dirigenti, e quelle sottoposte alla contrattazione collettiva"* (art. 3 co. 1 l. n. 15/09) ([3]).

È evidente infatti, che tra il primo ed il secondo dei due criteri sopra richiamati vi è uno stridente contrasto, nel momento in cui si dichiara di voler conseguire l'obiettivo di una convergenza (ulteriore, si presume, rispetto a quella già conseguente alle riforme della "prima" e "seconda" privatizzazione) tra il sistema di relazioni sindacali (e contrattazione collettiva) nel settore pubblico e quello del settore privato, ma lo si vuol fare attraverso la costruzione di una munitissima recinzione normativa volta a circoscrivere radicalmente lo "spazio negoziale" ([4]), e

(2) Su cui v. F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla Legge 133/2008 alla Legge n. 15/2009*, in *LPA*, 2008, I, p. 949 ss.; L. ZOPPOLI, *La contrattazione collettiva dopo la delega*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2009, n. 87; E. GRAGNOLI, *Contrattazione collettiva, relazioni sindacali e riforma dell'Aran*, in *LPA*, 2008, p. 993 ss.; A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, Relazione al XVI Congresso nazionale di diritto del lavoro AIDLaSS su *La figura del datore di lavoro – Articolazione e trasformazioni*, Catania, 21-23 maggio 2009, dattiloscritto, p. 54 ss.

(3) Sul punto cfr. anche F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla Legge 133/2008 alla Legge n. 15/2009*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2009, n. 88, p. 15.

(4) M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *Lo spazio negoziale nella riforma del lavo-*

più in generale quello delle relazioni sindacali, in modo da non ostacolare il pieno dispiegarsi, in particolare, dell'azione della dirigenza (atti e determinazioni organizzative).

È infatti noto, per chi si occupa di "relazioni industriali", che nel settore privato, ove sono nate, lo "spazio negoziale" non è predefinito se non dalle stesse parti sociali o contrattuali (negli accordi interconfederali e/o nei contratti nazionali) e, salvo queste eventuali barriere comunque convenzionalmente definite, lo steccato di fronte al quale, in special modo a livello decentrato, si arresta la contrattazione, è di volta in volta innalzato dal datore di lavoro.

Inoltre, e sempre con riferimento al settore privato, le altre forme di partecipazione "debole", che si inseriscono tra l'esercizio autonomo unilaterale del potere datoriale di organizzazione e gestione del lavoro (e dell'impresa) e la contrattazione (informazione, consultazione, esame congiunto), anche a seguito delle numerose direttive comunitarie intervenute dalla seconda metà degli anni '70 ad oggi, sono progressivamente divenute sempre più pervasive ed "istituzionali", giungendo sostanzialmente a "proceduralizzare" l'adozione di tutte le decisioni organizzative-gestionali aziendali, anche "macro", che in qualche modo si riflettono o si possono riflettere sui lavoratori.

Se è così, la correzione di rotta apportata dalla legge delega e dal decreto legislativo n. 150/09 sul sistema delle relazioni sindacali, che interessa tutti i gangli vitali del sistema stesso (ambito oggettivo e soggettivo, contenuti, procedure della contrattazione collettiva nazionale, contrattazione collettiva integrativa, forme di partecipazione) non credo possa aumentare la "convergenza" col settore privato, almeno certamente non sul piano delle coordinate fondamentali su cui si muove un sistema di relazioni industriali.

In realtà, e lo si vedrà attraverso il successivo esame delle modifiche apportate alla contrattazione collettiva, certamente dopo le riforme del 2009 l'assetto delle regole sulla contrattazione collettiva e le relazioni nel settore pubblico, appare assai

---

ro pubblico, Bologna, il Mulino, 1995.

più divergente dal settore privato, rispetto a quello risultante dalle riforme degli anni '90 (d.lgs. n. 29/93 e s.m.i.; d.lgs. n. 165/01). Altro discorso è invece, che è poi il reale obiettivo della riforma in commento, una comparazione sul piano della effettività del sistema stesso e della sua incidenza sui risultati gestionali, in termini di efficienza ed efficacia delle amministrazioni pubbliche, che restano comunque tutti da verificare.

Quanto al particolare ambito delle Autonomie (Regioni ed Enti locali), alla invarianza dell'assetto generale delle fonti ([5]), in particolare per quanto riguarda la ripartizione tra competenze regolative dello Stato e delle Regioni, fanno da contraltare modifiche significative nell'assetto regolativo della contrattazione nazionale, d'altra parte preannunciate nella legge delega con riguardo alle procedure della contrattazione (che in realtà significa anche ambito oggettivo e soggetti della contrattazione) ([6]).

2. *La nuova contrattazione collettiva nazionale: l'ambito applicativo (i comparti)*

Venendo all'esame delle disposizioni del decreto delegato, e dunque alle modifiche da quest'ultimo apportate alle norme del d.lgs. n. 165/01 dedicate alla contrattazione collettiva ed alla partecipazione ([7]), in particolare quelle relative all'ambito oggettivo ed ai soggetti, e rinviando più in generale sul punto al contributo di M. Delfino, non si può però evitare di segnalare le nuove norme sulla definizione dei comparti di contrattazione nazionale, proprio perché significative con riferimento alla chiave di lettura esplicitata al paragrafo precedente (convergenze/divergenze col settore privato, in raffronto con il precedente

(5) Su cui si rinvia al contributo di A. Trojsi.
(6) V. art. 3, co. 2, lett. h, nn. 2, 3, 4 l. n. 15/09 (potenziamento del potere di rappresentanza delle regioni e degli enti locali; ridefinizione della struttura e delle competenze dei comitati di settore, rafforzandone il potere direttivo nei confronti dell'ARAN; riduzione del numero dei comparti e delle aree di contrattazione, ecc.); in merito v. in questo volume il contributo di M. Delfino.
(7) Artt. 53 ss. d.lgs. n. 150/09, che intervengono sulle disposizioni del titolo III d.lgs. n. 165/01 (artt. 40 ss.) oltre che sull'art. 9 dello stesso.

assetto impostato dalle norme di "privatizzazione/contrattualizzazione del lavoro pubblico).

Infatti, il nuovo art. 40 co. 2, d.lgs. n. 165/01, come modificato dall'art. 54, d.lgs. n. 150/09, interviene nuovamente sull'annosa questione della individuazione dei comparti di contrattazione, che la c.d. "seconda privatizzazione" (d.lgs. n. 396/97) ([8]), nel rispetto di un principio di coerenza con le logiche proprie del sistema "privatistico" delle relazioni sindacali, aveva lasciato alla competenza dell'"autonomia collettiva", fermo restando il criterio definitorio dell'affinità/omogeneità dei settori ([9]).

Quella norma e quel criterio configurano ora, dopo le modifiche legislative, sempre più un simulacro del principio di autoderminazione delle "categorie" contrattuali proprio del settore privato: resta ferma, infatti, la competenza della contrattazione collettiva (Accordi Quadro) ad individuare i comparti, e addirittura sparisce il criterio/vincolo dei settori omogenei/affini, ma quella competenza viene ben più pesantemente vincolata, con la previsione che comunque *sono definiti sino a un massimo di quattro comparti di contrattazione collettiva nazionale, cui corrispondono non più di quattro separate aree per la dirigenza* ([10]).

È, questa, una delle tante soluzioni normative dalle quali risulta in tutta evidenza la maggiore "divergenza" dal sistema delle relazioni sindacali del settore privato che si registra dopo la riforma, il cui primario obiettivo è quello di fare in modo che "il *gioco negoziale* affidato alle parti collettive si svolga entro

---

(8) V. M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in *LPA*, 1998, p. 35 ss.; G. NATULLO G., Sub *art. 45*, in CORPACI., RUSCIANO., ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 1303 ss.

(9) Art. 40 co. 2 d.lgs. n. 165/01: *Mediante appositi accordi tra l'ARAN e le confederazioni rappresentative ai sensi dell'articolo 43, comma 4, sono stabiliti i comparti della contrattazione collettiva nazionale riguardanti settori omogenei o affini…*

(10) La norma così prosegue: 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 apposite sezioni contrattuali per specifiche professionalità.

uno spazio dai confini certi" ([11]), peraltro più angusti rispetto a quelli risultanti dalla normativa sinora vigente.

3. *Continua. Lo "spazio" (materie) della contrattazione nazionale e delle relazioni sindacali*

In effetti, il principio, esplicitato dal legislatore con riferimento ad un particolare limitato contesto, ma in realtà sotteso a tutto il sistema dell'autonomia collettiva nel settore pubblico, è che essa *è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge* (art. 40, co. 1, ult. parte), i quali ne limitano la "sovranità" ([12]), in maniera ancora più incisiva di quanto già non risultava nel precedente assetto normativo.

Appare sempre più chiaro, alla luce del nuovo contesto normativo, che al di sopra di coloro cui compete l'esercizio dei *poteri del privato datore di lavoro* vi è un altro e superiore "datore (pubblico) del datore", ossia il legislatore, che individua e/o ribadisce limiti invalicabili, non solo e non tanto per i soggetti sindacali, ma per lo stesso "datore di lavoro" (o, meglio, per chi ne esercita i poteri). Le ragioni di ciò, e le inevitabili connessioni a ruolo, poteri e responsabilità della dirigenza, sono evidenti ([13]), come evidente è la presa d'atto del legislatore (e del Governo) del sostanziale fallimento del ruolo della dirigenza quale efficace "controparte" (ed "argine") rispetto alla parte sindacale, e, più in generale, della necessità di "rivalutare" ruolo e spazio delle fonti (e decisioni) unilaterali rispetto alle fonti negoziate e "partecipate".

Sul piano più specifico dell'assetto normativo, ragioni ed obiettivi del riformatore si traducono, con particolare riguardo allo spazio negoziale ed alla partecipazione sindacale, nella

(11) A. VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p. 49.
(12) Cfr. A. VISCOMI, *op. cit.*, p. 52.
(13) V. C. ZOLI, *Funzioni, poteri e responsabilità dei dirigenti*, Relazione al Convegno su "*Il nuovo regime del lavoro pubblico*", Modena, 27 novembre 2009; U. CARABELLI, *I poteri dirigenziali nel limbo della non contrattabilità*, in *Risorse umane nella pubblica amministrazione*, n. 6/2009.

profonda modifica delle "tre regole" fondamentali su cui si reggeva l'impianto normativo previgente e la relativa scommessa sulla contrattualizzazione e delegificazione ([14]). Infatti, il legislatore introduce ora:

a) il sostanziale ribaltamento nella gerarchia tra legislazione settoriale e contratti collettivi, con il ripristino della supremazia della prima sui secondi;

b) la netta delimitazione dell'ambito di competenza della contrattazione collettiva rispetto a quello delle fonti unilaterali (art. 40, co. 1) d.lgs. n. 165/01;

c) la netta delimitazione (negazione?) dello spazio negoziale sulla cd. "macro" e "micro" organizzazione (art. 5 co. 2 ed art. 9 d.lgs. n. 165/01).

Infine, sul piatto della bilancia che pende dal lato delle fonti (e gestione) unilaterali, aggiunge anche l'esplicitazione, per legge, del potere (dovere) di regolare e gestire (a livello nazionale, come a livello decentrato), anche nelle materie di competenza della contrattazione collettiva, laddove quest'ultima ritardi troppo nei rinnovi delle regole (art. 47-*bis;* art. 40 co. 3-*ter*).

Per quanto in particolare riguarda il punto sub b), viene significativamente modificato l'art. 40, co. 1, d.lgs. n. 165/01, norma nella quale era ed è contenuta appunto la delimitazione dell'area (materie) di competenza della contrattazione collettiva.

L'intervento incide profondamente sia sulla "competenza" generale di quest'ultima, sia su quelle particolari. Sul primo versante, infatti, là dove la contrattualizzazione "spinta" della fine degli anni '90 aveva portato ad assegnare alla (solo potenziale) competenza della contrattazione collettiva *tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali*, l'attuale formulazione prevede che essa *determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro nonché le materie relative alle relazioni sindacali*.

---

(14) Cfr. L. ZOPPOLI, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico,* in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica, cit.*, p. 24 ss.

Nel confronto con il testo modificato, anche in questo caso, e al di là delle incertezze interpretative ([15]), quel che appare con estrema chiarezza, soprattutto alla luce, per un verso, delle successive disposizioni del comma 1, per altro verso, dal combinato disposto di questa norma con il nuovo art. 5, co. 2, è l'intenzione del legislatore di circoscrivere l'area negoziabile, eliminando qualsiasi perplessità sulla eventuale negoziabilità di materie solo "indirettamente" pertinenti al rapporto: si pensi agli "atti interni di organizzazione che possono avere riflessi sui rapporti di lavoro" ([16]).

La seconda (relativa) certezza che si può avere, è che comunque la modifica non comporta una "riserva" di contrattazione (di regolazione mediante contratto collettivo); al contrario, oggi ciò è ancora più certo di prima, in virtù dei meccanismi di "supplenza" e "riappropriazione" del potere unilaterale, poc'anzi ricordati, previsti, specie in materia economica, dalla legge.

Comunque, in ossequio ad una tecnica, quella cioè di ribadire più volte principi e regole che il legislatore ritiene di maggior rilevanza ai fini della riforma, nella parte successiva della norma si scioglie ogni perplessità, se mai ve ne fossero, circa l'esclusione dall'area negoziabile di un novero di materie ([17]), tra cui spiccano (a conferma di quanto poc'anzi detto), quelle attinenti all'organizzazione degli uffici ed alla partecipazione sindacale, nonché le "famose" sette materie riservate alle fonti

(15) Cfr. L. ZOPPOLI, *Problemi giuridico-istituzionali della riforma del contratto collettivo. A proposito della "Riforma Brunetta*", in CARRIERI M., NASTASI V. *Spazio e ruolo delle autonomie nella riforma della contrattazione pubblica*, il Mulino, 2009, p. 239 ss.; A. VISCOMI, *op. cit*., p. 50.

(16) Così recitava la precedente formulazione dell'art. 9 d.lgs. n. 165/01, su cui v. A. VISCOMI, *La partecipazione sindacale e la partecipazione all'organizzazione del lavoro*¸ in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, cit.*, p. 265.

(17) Le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'articolo 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, comma 2, 16 e 17, la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421.

unilaterali di cui all'art. 1 co. 1 lett. c), della l. delega n. 421/92, "madre" della riforma del 1993 ([18]).

E ancora, con una disposizione anche questa assai significativa quanto a *ratio* ed obiettivi dell'intervento riformatore, si puntualizza che per alcune materie, certamente rientranti nell'area contrattabile, ma su cui comunque il legislatore è intervenuto ([19]), la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge. Se si tiene conto, per un verso, che di questa precisazione non v'era alcun bisogno sul piano tecnico-giuridico, per altro verso, che l'"imperatività" delle norme legislative sulle disposizioni contrattuali è sancita sia in sede di disciplina delle stesse specifiche materie (ad es. v. art. 55, co. 1, con riferimento alle norme su responsabilità, sanzioni e procedimento disciplinari) sia, più in generale, in sede di regolazione dell'assetto delle fonti dall'art. 2, co. 2, e co. 3-*bis*, si ha la netta sensazione che la contrattazione collettiva agli occhi del legislatore sia più il peggior nemico che una risorsa regolativa ai fini della disciplina (per non dire della gestione) delle risorse umane.

Il legislatore arriva sino al punto di invadere il "sacro recinto" del trattamento economico, da sempre materia privilegiata, per non dire esclusiva, di competenza del contratto collettivo, tanto che, prima della riforma, appariva come l'unica area tematica su cui poteva esservi il dubbio sulla sussistenza di una vera e propria riserva di contrattazione ([20]). L'art. 47-*bis*, norma dedicata alla *tutela retributiva per i dipendenti pubblici*, come già ricordato prevede un meccanismo per la corresponsione (anche se in via provvisoria di "anticipazione") degli incrementi retributivi (che saranno poi) definiti dal contratto collettivo. Se si considera che questo meccanismo, come si vedrà meglio più avanti, è sostanzialmente perpetuato anche a livello decen-

(18) In relazione alle quali qualche perplessità interpretativa era conseguita dalle modifiche delle "seconda privatizzazione" del 1997 (d.lgs. n. 396/97): v. G. NATULLO, Sub *art. 45, cit.*, p. 1302 ss.

(19) Si tratta di: sanzioni disciplinari, valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, mobilità e progressioni economiche.

(20) V. R. SANTUCCI, *La retribuzione*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, cit.*, p. 785 ss.; G. NATULLO, *op. cit.*, p. 1301.

trato (integrativo), e che non di rado il ricorso a prassi analoghe, nel settore privato come in quello pubblico, è stato oggetto di contenzioso giudiziario per ipotesi di "condotta antisindacale" (art. 28 Stat. Lav.), si comprende quanto avanti si sia spinto il legislatore a conquistare terreno alla contrattazione collettiva.

Venendo infine alla cd. parte obbligatoria del contratto collettivo, ossia alla competenza della contrattazione sulle *materie relative alle relazioni sindacali* (art. 40 co. 1 d.lgs. n. 165/01), s'è già avuto modo di evidenziare come anche questa tipica prerogativa dell'autonomia collettiva è stata notevolmente circoscritta: basti pensare, da un lato, alle disposizioni sulla determinazione dei comparti contrattuali e, dall'altro lato, a quelle sulla "partecipazione" – che consentono alla contrattazione la previsione della sola informazione nell'area di competenza delle *determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro* ([21]).

4. *La contrattazione collettiva integrativa: il sistema previgente ed i suoi limiti applicativi*

Alla luce di quanto detto, e delle forti remore che il legislatore della riforma dimostra nei confronti della contrattazione collettiva nazionale, si può facilmente immaginare che nei riguardi dello "spazio negoziale" a livello decentrato di amministrazione quest'ultimo sia stato ancora più preoccupato di disporre saldi paletti di delimitazione, in considerazione dei risultati non certo brillanti che la contrattazione integrativa è riuscita a dimostrare (anche) negli ultimi anni.

Più in particolare, le vicende della contrattazione decentrata nel corso degli anni mostrano un denominatore comune principale, che ne ha contraddistinto profili problematici e ragioni delle sue tormentate regolamentazioni: l'essere, cioè, allo stesso tempo valutabile alla luce di ottiche visuali opposte secondo le

(21) Sul punto v. G. NATULLO - P. SARACINI, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica, cit.*, p. 70 ss.

quali, per un verso, essa deve essere considerata come una importante risorsa organizzativa, in ragione del contributo che può fornire all'implementazione della organizzazione e gestione dei rapporti di lavoro nelle singole realtà amministrative; per altro verso, resta sempre viva la preoccupazione che essa si riveli comunque un irrefrenabile centro di spese improduttive (sul piano dell'efficacia/efficienza dell'amministrazione) ([22]).

Da qui nasce e si giustifica la schizofrenia regolativa che ha contraddistinto l'assetto della contrattazione decentrata-integrativa nel sistema legislativo delle fonti di disciplina del lavoro pubblico, ancor più accentuato rispetto alla contrattazione nazionale: da un lato, soprattutto nella "seconda privatizzazione" (d.lgs. n. 396/97) si riconosce e formalizza, nella norma principale sulla contrattazione collettiva (art. 45, d.lgs. n. 29/93, poi art. 40, d.lgs. n. 165/01) la funzione essenziale ed irrinunciabile del livello decentrato di contrattazione, specializzandolo sulla delicata materia della retribuzione accessoria incentivante; dall'altro lato, la si circonda di vincoli e paletti, nella speranza di riuscire in tal modo a contenerla entro gli argini di una sua fisiologica, e virtuosa, attuazione ([23]).

Ad un bilancio delle esperienze applicative di questi anni non può certo affermarsi che il sistema delineato ed auspicato dal legislatore abbia funzionato al meglio. Come noto agli addetti ai lavori, le indagini realizzate hanno rivelato più ombre che luci ([24]): nel complesso, pertanto, pur con le dovute eccezioni virtuose, deve concludersi che, tra i due corni del dilemma sullo sfondo, ha prevalso quello che inquadra la contrattazione decentrata nel settore pubblico soprattutto come un centro

(22) Cfr. G. NATULLO, *op. cit.* p. 1308; ZOPPOLI L., *Il lavoro pubblico negli anni '90*, Giappichelli, 1998, p.91 ss.; A. VISCOMI, *La contrattazione integrativa*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI . *op.cit.* p. 402 ss p. 402 ss.; A. Bellavista, *op. cit.*, p. 60 ss..

(23) Sul punto G. NATULLO, *op. cit.*, p. 1308 ss.; A. VISCOMI, *La contrattazione integrativa*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (diretto da), *cit.*, I, p. 1269 ss.

(24) Tra le diverse indagini v. L. BELLARDI, U. CARABELLI., A. VISCOMI (a cura di), *Contratti collettivi e flessibilità nel lavoro pubblico riformato*, Cacucci, 2007; M. CARRIERI, M. RICCIARDI (a cura di), *L'innovazione imperfetta. Casi di contrattazione integrativa negli enti locali*, il Mulino, 2006; C. RUSSO C., *La contrattazione collettiva integrativa nel lavoro pubblico: l'implementazione dei ccnl 1998/2001*, in *LPA*, 2005 p. 459 ss.

di spese non giustificate sul piano dell'efficacia ed efficienza della gestione del lavoro e delle amministrazioni.

Le motivazioni di tale esito negativo sono sicuramente diverse, ma la ragione ultima e più generale è stata rintracciata nel fallimento della scommessa di affidare alle prerogative manageriali della dirigenza delle singole amministrazioni, nella logica del superamento del modello cogestivo degli anni '80 e di una conseguente più netta distinzione di ruoli tra parte datoriale pubblica e organizzazioni sindacali, la virtuosa gestione delle relazioni sindacali e, per quanto qui interessa, dello strumento negoziale in sede decentrata, come risorsa organizzativa e gestionale ([25]).

Era pertanto facile prevedere che Governo e Parlamento intervenissero ad effettuare lavori di rafforzamento degli argini ad evitare ulteriori e più gravi esondazioni in sede decentrata. Tali lavori hanno, in più riprese, condotto a modificare alcune disposizioni del d.lgs. n. 165/01 ([26]), in particolare finalizzate a ridurre il flusso finanziario spendibile in sede decentrata, e soprattutto ad irrobustire i controlli esterni, sino alle recenti norme della l. n. 133/08, che assegna (ulteriori) compiti e poteri di sorveglianza alla Corte dei Conti, sostanzialmente mettendo la contrattazione integrativa sotto tutela.

5. *Continua. Nuovo ruolo e nuovi vincoli nella disciplina riformata*

Gli ultimi interventi normativi sopra ricordati lasciavano largamente presagire i contenuti dell'annunciata riforma delle fonti di disciplina del lavoro pubblico, con particolare riguardo alla contrattazione integrativa: in buona sostanza consolidare ancora di più gli argini, specie quelli finanziari, e rafforzare il sistema dei controlli, tale da garantire la verifica del rispetto delle soglie

(25) Cfr. da ultimo A. BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 61 ss; L. ZOPPOLI, *La contrattazione collettiva dopo la delega*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 87.
(26) V. tra gli altri, art. 47bis, d.lgs. n. 165/01, aggiunto dal comma 2 dell'art. 17, l. 28 dicembre 2001, n. 448, e mod. dall'art. 14, l. 16 gennaio 2003, n. 3.

di spesa nonché la razionalità delle stesse, ed un pronto intervento "riequilibratore" nell'ipotesi di superamento di quegli argini.

Tali obiettivi, peraltro, nella l.d. n. 15/09 (art. 3) e nel decreto attuativo in commento, vengono contestualizzati alle finalità della riforma Brunetta di miglioramento delle *performance* dei dipendenti pubblici o, se si preferisce, *all'incremento dell'efficienza del lavoro pubblico ed al contrasto alla scarsa produttività e all'assenteismo* (art. 1, co. 2, d.lgs. n. 150/09). Per la contrattazione collettiva, obiettivo particolare, quale risulta dalla Relazione illustrativa al decreto di attuazione, *è di dare impulso a un processo di convergenza* (col settore privato) *non solo normativo, ma anche sostanziale, nel quale la valutazione delle performance individuali e collettive e la trasparenza degli atti, delle valutazioni e dei risultati sostituiscono la concorrenza di mercato, quale si riscontra nel settore privato, quali efficaci stimoli esterni al miglioramento continuo di processi e servizi offerti dalle pubbliche amministrazioni.*

Avendo presente tali obiettivi, pertanto, il legislatore delegante, oltre ai criteri direttivi (ed ai vincoli) più direttamente concernenti la contrattazione nazionale, ma che comunque si ripercuotono anche su quella decentrata ([27]), ha disposto quali criteri specifici per la contrattazione integrativa:

prevedere, ai fini dell'accertamento dei costi della contrattazione integrativa, uno schema standardizzato di relazione tecnica recante i contenuti minimi necessari per la valutazione degli organi di controllo sulla compatibilità economico-finanziaria, nonché adeguate forme di pubblicizzazione ai fini della valutazione, da parte dell'utenza, dell'impatto della contrattazione integrativa sul funzionamento evidenziando le richieste e le previsioni di interesse per la collettività (lett. f);

riordinare le procedure di contrattazione collettiva nazionale, … nonché quelle della contrattazione integrativa (lett. h), in funzione di obiettivi specifici, tra i quali il *rafforzamento del regime dei vigenti controlli sui contratti collettivi integrativi, in*

(27) V. in particolare lett. da a) a e) del comma 2, art. 3, l. n. 15/09.

particolare prevedendo specifiche responsabilità della parte contraente pubblica e degli organismi deputati al controllo sulla compatibilità dei costi (lett. h, n. 6) .

Considerando tali direttive, come si vedrà puntualmente articolate e dettagliate nel decreto delegato, appare inconferente il criterio di delega (art. 3, co. 2, lett. l) e la sua corrispondente attuazione del decreto delegato (art. 54, d.lgs. n. 150/09), che riprende quasi testualmente la previgente disposizione dell'art. 40, co. 3, d.lgs. n. 165/01, disponendo, nel nuovo art. 40, co. 3 *bis*, d.lgs. n. 165/01) che *le pubbliche amministrazioni attivino autonomi livelli di contrattazione collettiva integrativa, nel rispetto dell'articolo 7, comma 5 e dei vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione*.

Rispetto alle indicazioni della delega, nel decreto delegato risulta più marcata la destinazione funzionale assegnata alla contrattazione integrativa. Questa, infatti, ai sensi del nuovo art. 40, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 165/01, *assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance ai sensi dell'articolo 45, comma 3. A tal fine destina al trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale una quota prevalente del trattamento accessorio complessivo comunque denominato*.

Per chi conosce l'evoluzione della disciplina della contrattazione collettiva (decentrata) nella riforma del lavoro pubblico, la norma sopra citata non può non ricordare la disposizione contenuta nella prima formulazione dell'art. 45, co. 4, d.lgs. n. 29/93, che la finalizzava *al contemperamento tra le esigenze organizzative, la tutela dei dipendenti e l'interesse degli utenti*, che destò perplessità tali da suggerirne l'abolizione in sede di riformulazione della norma ([28]). Ed in effetti, la lettura della nuova disposizione, in combinato disposto con altre del decreto delegato, in particolare con quella del nuovo comma 4, art. 40

(28) V. G. NATULLO, *op. cit.*, p. 1308; A. VISCOMI, *La contrattazione integrativa, cit.*, p. 405; da ultimo la richiama F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego*, cit., p. 20.

bis, d.lgs. n. 165/01 (art. 55, d.lgs. n. 150/09) e con l'obbligo di pubblicazione dei contratti integrativi con annessa "relazione" ([29]), rischia di definire un preciso vincolo funzionale, e dunque un limite interno, alla contrattazione integrativa che, nel disegno del legislatore, deve assolvere al precipuo scopo di erogare trattamenti economici accessori finalizzati al perseguimento di incrementi qualitativi di *performance* delle amministrazioni, attraverso la "premialità" delle attività e del rendimento dei dipendenti.

In verità, sembra preferibile leggere in quella disposizione solo un limite "esterno" ([30]), che opera essenzialmente come direttiva nei confronti della "parte" pubblica (dirigenza).

In buona sostanza, nulla di particolarmente nuovo: le norme riprendono, con toni nuovi e in qualche maniera più accentuati, il "solito" obiettivo-dilemma retribuzione *versus* produttività che da sempre contraddistingue i progetti normativi ed i percorsi applicativi sulla retribuzione accessoria e la contrattazione decentrata nel settore pubblico ([31]). La novità sicura, nella nuova normativa, sta nell'apparente preannunciata maggiore trasparenza dell'operato delle amministrazioni, anche con riferimento ai risultati dell'attività negoziale (v. norma sopra citata), ed al conseguente controllo "pubblico" (dell'utenza) su di essi, con la relativa implementazione di meccanismi di *voice* ([32]).

Difficilmente, però, questi potranno realmente garantire l'effettivo rispetto del vincolo funzionale imposto alla contrat-

(29) La relazione illustrativa, fra l'altro, *evidenzia gli effetti attesi in esito alla sottoscrizione del contratto integrativo in materia di produttività ed efficienza dei servizi erogati, anche in relazione alle richieste dei cittadini. Il Dipartimento per la funzione pubblica di intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze predispone un modello per la valutazione, da parte dell'utenza, dell'impatto della contrattazione.*

(30) Cfr. U. CARABELLI, *Struttura della contrattazione collettiva e limiti funzionali della contrattazione* integrativa, Relazione al Convegno su "*Il nuovo regime del lavoro pubblico*", Modena, 27 novembre 2009.

(31) In proposito, v. anche il Memorandum sul lavoro pubblico siglato tra il gennaio e l'aprile 2007 tra il Min. funzione pubblica ed i sindacati, ed il d.d.l. governativo, approvato dalla Camera dei deputati il 24.10.07 (AS 1859), *Disposizioni volte alla modernizzazione e all'incremento dell'efficienza delle amministrazioni pubbliche nonché alla riduzione degli oneri burocratici per i cittadini e per le imprese*. Sul punto, L. ZOPPOLI , *La contrattazione collettiva dopo la delega, cit.*, pp. 8-9.

(32) Cfr. A. BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 66 ss.

tazione integrativa ([33]), mentre si preannunciano realmente decisivi gli altri meccanismi e strumenti di controllo interno ed esterno e di valutazione delle strutture e della dirigenza ([34]), soprattutto se questi potranno essere in grado di condizionare l'assegnazione di risorse da spendere di sede negoziale decentrata ai risultati conseguiti, in termini di produttività/efficienza/*performance*.

In conclusione, dunque, nell'attuale nuovo sistema delle fonti, sia legislative che negoziali, per la contrattazione decentrata viene disegnato un abito nuovo dalle linee molto nette, dove risalta la predeterminazione di obiettivi e contenuti generali.

Omogenee rispetto a questi ultimi, e funzionali ad essi, risultano anche le disposizioni che, da un punto vista più tecnico, inseriscono la contrattazione integrativa nella struttura della nuova contrattazione collettiva e che, per la verità, rivelano ben poche innovazioni rispetto alla previgente disciplina del d.lgs. n. 165/01 ([35]).

Sul piano generale, rimane quella "norma sulla competenza" e "di rinvio" che può essere considerato l'art. 40, co. 3: *La contrattazione collettiva disciplina, in coerenza con il settore privato, la struttura contrattuale, i rapporti tra i diversi livelli e la durata dei contratti collettivi nazionali e integrativi.*

La durata viene stabilita in modo che vi sia coincidenza fra la vigenza della disciplina giuridica e di quella economica.

Quanto ai più specifici raccordi interni tra i livelli di contrattazione, s'è già avuto modo di ricordare, infatti, la sostanziale conferma della norma che impone una rigida subordinazione gerarchica alla contrattazione di secondo livello rispetto al li-

(33) V. E. GRAGNOLI, *Contrattazione collettiva, relazioni sindacali e riforma dell'Aran*, in LPA, 2008, p. 993 ss.; L. ZOPPOLI, *Problemi giuridico-istituzionali della riforma del contratto collettivo. A proposito della "Riforma Brunetta"*, in CARRIERI M., NASTASI V. (a cura di), *Spazio e ruolo delle autonomie nella riforma della contrattazione pubblica*, il Mulino, 2009.

(34) Sul punto v. i contributi di R. MERCURIO E V. ESPOSITO, di S. BATTINI e B. CIMINO, di R. SANTUCCI e P. MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico, cit.*, p. 275 ss.

(35) Cfr., sulla legge delega n. 15/09, E. GRAGNOLI, *op. cit.*

vello nazionale. Sono (restano) i contratti nazionali, infatti, a dover specificare *materie, vincoli* e *limiti* per la contrattazione integrativa, come pure *i soggetti* e *le procedure negoziali* (nuovo art. 40, co. 3-*bis*) ([36]).

Pertanto, logicamente e temporalmente, la "tornata" negoziale in sede decentrata rimane subordinata e successiva a quella nazionale, ove saranno appunto definiti ambiti e confini per la contrattazione integrativa.

A tale proposito, però, va segnalata l'anticipazione dell'entrata in vigore della nuova disciplina legislativa sulla contrattazione integrativa: a norma, infatti, dell'art. 65 d.lgs. n. 150/09, mentre le disposizioni relative alla contrattazione collettiva nazionale si applicano "regolarmente" dalla tornata successiva a quella in corso, per la contrattazione integrativa, invece, *entro il 31 dicembre 2010, le parti adeguano i contratti collettivi integrativi vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto alle disposizioni riguardanti la definizione degli ambiti riservati, rispettivamente, alla contrattazione collettiva e alla legge nonché a quanto previsto dalle disposizioni del Titolo III del presente decreto. In caso di mancato adeguamento ai sensi del comma 1, i contratti collettivi integrativi vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto cessano la loro efficacia dal 1° gennaio 2011 e non sono ulteriormente applicabili* (art. 65 co. 1 e 2).

Tali termini, per gli enti locali vengono allungati, rispettivamente, al 31 dicembre 2011 ed al 31 dicembre 2012.

È evidente l'obiettivo del legislatore di riportare immediatamente la disciplina negoziale decentrata entro i più stretti confini (limiti) ora definiti, indirizzandola da subito, senza attendere la nuova tornata di contrattazione nazionale, al perseguimento degli obiettivi di incremento di produttività ed efficienza che come sopra esplicitato il legislatore le assegna. Non v'è dubbio, però, che il compito dei soggetti che in sede decentrata dovran-

(36) La stessa norma precisa inoltre che la contrattazione integrativa *può avere àmbito territoriale e riguardare più amministrazioni*; possibilità che comunque sarebbe di competenza della contrattazione nazionale di comparto realizzare; ciò che è infatti avvenuto in particolare nel Comparto Regioni – Enti locali.

no dare attuazione a tale disposizione sia particolarmente complesso, dovendo in buona sostanza rinegoziare una disciplina elaborata in un contesto profondamente diverso e che peraltro ha già, seppure in parte, iniziato a produrre i suoi effetti, con tutto ciò che ne consegue in termini di profonda alterazione di equilibri negoziali talora complicati e di rispetto di posizioni soggettive individuali che ne sono derivate.

Nuova, invece, la disposizione, sempre del comma 3-*bis*, che assegna ai contratti nazionali il compito di definire anche *il termine delle sessioni negoziali in sede decentrata*. Si tratta di una norma significativa, che non contiene solo l'assegnazione di una competenza alla contrattazione nazionale anche sui "tempi" della contrattazione integrativa, che del resto potrebbe già ritenersi inclusa in quella sulle "procedure" (come dimostra il fatto che i contratti nazionali già disponevano in ordine ai tempi negoziali in sede decentrata).

Infatti, la disposizione va letta con quella immediatamente successiva, più volte sopra richiamata, secondo cui *alla scadenza del termine le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziative e decisione*, e soprattutto con il successivo comma 3-*ter* ([37]), che in buona sostanza legificano quella che sinora era solo una possibile opzione interpretativa (con molti dubbi in materia di trattamento economico) ([38]) e consentono (ma se si guarda al complessivo disegno legislativo, per certi versi "impongono") all'amministrazione, una volta trascorso il termine previsto dai contratti nazionali, di decidere (e conseguentemente gestire) unilateralmente sulle materie (che sarebbero) oggetto di contrattazione integrativa.

Quanto allo "spazio negoziale" ed alle materie che possono essere oggetto di contrattazione a livello decentrato, per un verso, rimane ferma la competenza del livello nazionale nella de-

(37) Che così recita: *Al fine di assicurare la continuità e il migliore svolgimento 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.*

(38) Cfr. R. SANTUCCI, *La retribuzione*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, cit.*, p. 785 ss.; G. NATULLO, *op. cit.*, p. 1301.

limitazione delle materie "rinviate" alla regolazione in sede integrativa (nuovo art. 40, co. 3 *bis*, d.lgs. n. 165/01); per altro verso, risulta ora una competenza "specialistica" della contrattazione integrativa sulla materia del trattamento economico accessorio, ed in particolare di quello connesso alla valutazione della *performance* ed agli *strumenti per premiare il merito e la professionalità*, che è direttamente attribuita dalla legge ([39]), in virtù del combinato disposto degli artt. 40 co. 3 *bis* e 54 co. 3 *bis*, d.lgs. n. 165/01, con gli artt. 19 e 20 d.lgs. n. 150/09 ([40]).

Infine, come si è già avuto modo di evidenziare trattando della contrattazione collettiva nazionale, anche per la contrattazione integrativa il legislatore delle riforma si preoccupa di delimitare (e ridurre) in modo ben visibile l'area negoziabile, attraverso la più volte ricordata esclusione da quest'area delle materie oggetto di partecipazione (art. 40 co. 1 d.lgs. n. 165/01), tra le quali inserisce espressamente, all'art. 5 co. 2, quelle afferenti a *le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro*.

Come già nella previgente disciplina, le violazioni dei vincoli imposti alla contrattazione integrativa, economico-finanziari ([41]) come normativi, previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva, vengono sanzionati con la esplicita previsione della nullità ed inapplicabilità, cui viene ad aggiungersi ora, anche in

(39) Cfr. U. CARABELLI, *op.cit.*

(40) In virtù di tali disposizioni, infatti, la legge assegna alla contrattazione integrativa la competenza, da un lato, ad articolare diversamente le fasce percentuali in cui viene distinto il personale ai fini della distribuzione del trattamento economico accessorio collegato alla *performance* e, dall'altro lato, prevede che le risorse economiche per gli incentivi a merito e professionali sono riconosciute a valere sulle risorse per la contrattazione integrativa.

(41) 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'effettivo 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.

questo caso, la automatica sostituzione delle clausole nulle ai sensi degli artt.1339 e 1419, co. 2, c.c. ([42]).

Inoltre, prosegue la stessa norma, nel caso in cui, si deve ritenere a seguito dei superamento dei limiti di cui sopra, si superino i vincoli finanziari (con relativo accertamento da parte delle sezioni regionali della Corte dei Conti), è fatto obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva.

6. *Dirigenza e sindacato nella nuova contrattazione collettiva "dimidiata"*

In conclusione di questa disamina sulla contrattazione collettiva e lo "spazio negoziale" dopo la riforma, e riprendendo le considerazioni svolte nel primo paragrafo, appare estremamente chiaro lo sforzo compiuto dal legislatore per rendere meno centrale il ruolo della contrattazione collettiva, e più in generale delle relazioni sindacali, nel sistema delle fonti di regolazione e gestione del lavoro pubblico. Quel sistema conserva le fondamenta "contrattuali" impiantate nella prima e seconda privatizzazione degli anni '90, a fronte dell'assetto pubblicistico-unilaterale sino ad allora vigente, ma certamente si allontana, anziché avvicinarsi ulteriormente, al modello del settore privato, preso a riferimento dal legislatore degli anni '90. A livello nazionale ed ancor più a livello decentrato, la contrattazione collettiva e le relazioni sindacali vengono assoggettate ad un penetrante filtro legislativo, e separate con steccati insormontabili, almeno sulla carta della legge, dagli atti organizzativi, e dal potere gestionale della dirigenza (salvo la possibilità dell'informativa sindacale).

Forse il nuovo assetto potrà garantire maggior successo nel perseguimento degli obiettivi di efficiente ed efficace "rendimento" del personale e, in generale, degli uffici pubblici. Certo è che l'esame della nuova legge, anche tenendo conto degli altri

(42) Così recita il nuovo art. 40 co. 3-*quinques*, come introdotto dall'art. 54 co. 3-*quinques*, d.lgs. n. 150/09.

aspetti della riforma che incidono sulla dirigenza ed i rapporti lavoro, non può non sollevare forti perplessità sulla possibilità, per gli attori delle relazioni sindacali e della contrattazione collettiva, in particolare evidentemente a livello decentrato di amministrazione, di esercitare e conservare un ruolo credibile, nel momento in cui della dirigenza viene fortemente accentuato il profilo della responsabilità (attraverso le sanzioni), anche a scapito di quello dell'autonomia ed il sindacato, da parte sua, rischia di dover "giocare" la sua partita (almeno quella negoziale "ufficiale") con carte sempre più ridotte di numero e per di più sostanzialmente scoperte; col rischio di trovare sempre meno persone disposte a scommettere su una sua vittoria ed a sostenerlo e, di conseguenza, ad essere spinto alla ricerca di altri percorsi nei rapporti con la controparte, meno trasparenti, ma forse più redditizi.

La nuova contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: soggetti e procedimenti

di Massimiliano Delfino

Sommario
1. *Le innovazioni in materia di soggetti della contrattazione collettiva di parte datoriale: l'Aran.* – **1.1.** *L'Aran e le competenze delle Regioni e degli Enti locali.* – **1.2.** *Le Agenzie regionali e provinciali per la rappresentanza negoziale.* – **2.** *La riforma dei comitati di settore ed il loro ruolo nella conclusione dei contratti collettivi.* – **2.1.** *I comitati di settore dei comparti Regioni (e Sanità) ed Autonomie locali.* – **3.** *Il ruolo della Corte dei Conti nei procedimenti contrattuali.* – **4.** *La legge delega n. 15 del 2009 ed il rafforzamento del potere di rappresentanza delle Regioni e degli enti locali.*

1. *Le innovazioni in materia di soggetti della contrattazione collettiva di parte datoriale: l'Aran*

Le osservazioni che seguono avranno ad oggetto gli aspetti innovativi introdotti dalla legge 4 marzo 2009, n. 15 e dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 in materia di soggetti e procedimenti della contrattazione collettiva del lavoro pubblico. Pertanto, saranno tenuti fuori dall'analisi i profili sui quali il legislatore del 2009 non è intervenuto, esclusi, ovviamente, quelli interessati indirettamente dalla riforma. Il taglio del contributo sarà prevalentemente ricostruttivo e la prospettiva di tipo diacronico. Si cercherà poi di mettere in luce le peculiarità della tematica con riferimento alle Regioni ed agli enti locali, partendo dal presupposto che la disciplina riguardante soggetti, livelli, procedimenti e limiti della contrattazione collettiva nazionale ed integrativa "viene dal legislatore espressamente qualificata come 'privatizzata', in quanto ricondotta all'"ordinamento civile"" ([1]), salvo quanto si dirà successivamente a proposito

(1) Così A. TROJSI, *Le Regioni nella disciplina e nella gestione del lavoro pubblico,*

dell'Aran. Sicché si tratterà di esaminare prevalentemente quali sono gli spazi che il legislatore statale, nell'esercizio della sua competenza esclusiva costituzionalmente garantita, ha deciso di assegnare a Regioni ed autonomie locali nei campi qui trattati.

È opportuno partire dai soggetti della contrattazione collettiva, nazionale ed integrativa, e, in particolare, da quelli di parte datoriale, tenuto conto del fatto che gli attori sindacali non sono stati interessati in maniera significativa dalla riforma del 2009 ([2]).

Com'è noto, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni ha subito una lunga evoluzione iniziata con la prima privatizzazione. L'Aran era approdata ad una versione – nata a seguito della delega contenuta nella l. n. 59/1997 e del d.lgs. n. 396/1997 – dovuta ad un'esperienza assolutamente innovativa di negoziazione per tutti i dipendenti pubblici ([3]) ed a cambiamenti profondi del sistema amministrativo ([4]).

La riforma del 2009 ha innovato gli organi dell'Agenzia, che attualmente sono il Presidente ed il Collegio di indirizzo e di controllo. Il Presidente è nominato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione previo parere della Conferenza unificata. Il colle-

in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 100.

(2) In realtà, l'unica nuova previsione riguardante la rappresentanza di parte sindacale è l'art. 65, co. 3, d.lgs. n. 150/2009, in base al quale, in via transitoria, per consentire le trattative contrattuali nei nuovi comparti e nelle nuove aree, oltre alla sottoscrizione dei contratti integrativi, "sono prorogati gli organismi di rappresentanza del personale anche se le relative elezioni sono già state indette", mentre le nuove elezioni si svolgeranno entro il 30 novembre 2010.

(3) Per un bilancio, v. L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratti collettivi a confronto: impiego pubblico, industria, servizi*, Milano, Franco Angeli, 1996; G. NATULLO, *I rapporti di lavoro negli enti pubblici non economici dopo la "privatizzazione"*, Torino, Giappichelli, 1996; R. SANTUCCI, *I rapporti di lavoro nei ministeri dopo la "privatizzazione"*, Torino, Giappichelli, 1996; A. VISCOMI, *I rapporti di lavoro nelle regioni e nelle autonomie locali dopo la "privatizzazione"*, Torino, Giappichelli, 1996; F. CARINCI (a cura di), *I contratti collettivi di comparto*, Milano, Giuffrè, 1997.

(4) Le linee fondamentali di questi cambiamenti sono ben sintetizzate da B. DENTE, *In un diverso Stato. Come rifare la pubblica amministrazione italiana*, Bologna, il Mulino, 1995 e da G. D'AURIA, *La riforma del rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1998, p. 372 ss.

gio di indirizzo e controllo è composto da quattro membri, due dei quali sono designati con decreto del Presidente del Consiglio, su proposta, rispettivamente, del Ministro per la pubblica amministrazione e del Ministro per l'Economia; gli altri due, rispettivamente, dall'Anci e dall'Upi e dalla Conferenza dei Presidenti delle Regioni. Ciò che balza subito agli occhi è che, pur prevedendo meccanismi di nomina diversi, la composizione dell'organismo direttivo dell'Aran non è granché mutata rispetto al recente passato ed è rimasto inalterato il controllo dell'Esecutivo. Infatti, va tenuto conto che le decisioni in seno all'Aran sono prese a maggioranza, ed alle votazioni partecipano sia i membri del collegio di indirizzo e controllo, sia il Presidente. Come si è visto, la metà dei componenti del collegio è designata dal Presidente del Consiglio su proposta dei Ministri competenti ed anche la scelta del Presidente dell'Aran sembra riconducibile all'Esecutivo, in quanto la nomina con decreto del Capo dello Stato potrebbe rivelarsi un atto formale dietro il quale c'è la sostanza della proposta del Ministro per la pubblica amministrazione ([5]). D'altronde, se il Governo, nell'esercitare la delega, avesse voluto attribuire maggiore autonomia al collegio di indirizzo e quindi all'Aran avrebbe potuto prevedere una disposizione analoga a quella che disciplina la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche. Infatti, l'art. 13, d.lgs. n. 150/2009 dispone che tutti e cinque i componenti della predetta Commissione sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, ma soprattutto previo

(5) D'altronde, anche la nomina dei Ministri, che avviene su proposta del Presidente del Consiglio *ex* art. 92 Cost., è sì realizzata con decreto del Presidente delle Repubblica, ma questo è considerato un atto dovuto del Capo dello Stato. Per quanto riguarda l'Aran, quindi, il Ministro per la pubblica amministrazione ha un ruolo prevalente perché propone la nomina del Presidente dell'Agenzia e di uno dei componenti del collegio di controllo di nomina governativa, essendo l'altro componente nominato su proposta del Ministro per l'Economia. Pertanto, nel riformare l'Aran non sono stati tenuti in considerazione gli auspici di chi riteneva opportuno riconoscere all'Agenzia "un effettivo potere di resistere all'invadenza del potere politico": C. DELL'ARINGA, *La politica dei "due passi"*, in M. CARRIERI, V. NASTASI, (a cura di), *Spazio e ruolo delle autonomie nella riforma della contrattazione pubblica*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 196.

parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti espresso con la maggioranza dei due terzi dei membri ([6]). Questa modalità di nomina supera il problema prima individuato della prevalenza della *sostanza* della scelta governativa sulla *forma* del decreto presidenziale ed assicura la partecipazione dell'opposizione nella designazione dei componenti della Commissione per la valutazione, considerata l'improbabilità che un Governo sia sostenuto da una maggioranza parlamentare pari o superiore ai due terzi. Si tenga conto poi che, a proposito dell'Aran, non sarebbe stato necessario prevedere modalità di nomina completamente diverse da quelle varate, ma sarebbe stato sufficiente intervenire anche soltanto sulla scelta del Presidente, richiedendo, analogamente a quanto accade per la Commissione per la valutazione, il previo parere delle Commissioni parlamentari chiamate a pronunciarsi con un voto a maggioranza qualificata. È ovvio che se si intendesse correggere il tiro in materia si potrebbe intervenire attraverso i decreti correttivi.

Il legislatore del d.lgs. n. 150/2009 ribadisce l'incompatibilità fra le funzioni di Presidente e di componente del collegio di indirizzo e controllo dell'Aran e lo svolgimento di incarichi pubblici elettivi o cariche politiche. Tuttavia, il timore maggiore evidentemente era che arrivassero ai vertici dell'Aran sindacalisti o, è questa la novità del nuovo testo, *ex* sindacalisti, considerato che l'incompatibilità è estesa a coloro che "abbiano ricoperto nei cinque anni precedenti alla nomina cariche in organizzazioni sindacali" (art. 46, co. 7-*bis*). La preoccupazione del Governo è quindi che l'Aran sia dominata dai sindacati ([7]); ma, com'è stato messo in evidenza, l'inasprimento delle incompatibilità non è l'unica soluzione per risolvere il problema, in quanto sarebbe stato sufficiente anche soltanto far ricadere la scelta su soggetti non riconducibili ai sindacati oppure revocar-

(6) Sul punto v. A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 162.
(7) Sulla subalternità dell'Agenzia ai sindacati, v. M. RICCIARDI, *La contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni. Luci, ombre e pregiudizi*, in *Lav. Dir.*, 2004, p. 660.

ne la designazione ([8]).

È significativo che la riforma del 2009 sottolinei, per la prima volta, la differenziazione fra competenze generali dell'Aran e competenze specifiche dell'"organismo direttivo" (il collegio di indirizzo e di controllo). L'Agenzia svolge attività di studio, monitoraggio e documentazione necessarie all'espletamento della contrattazione collettiva, predispone un rapporto sull'evoluzione delle retribuzioni di fatto dei dipendenti pubblici (art. 46, co. 3), effettua il monitoraggio sull'applicazione dei contratti collettivi nazionali e integrativi, presenta un rapporto sull'effettività e la congruenza fra le materie regolate dalla legge, quelle di competenza della contrattazione collettiva e della contrattazione integrativa (art. 46, co. 4). Il collegio di indirizzo e controllo "coordina la strategia negoziale e ne assicura 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". Insomma, il nuovo organismo di indirizzo e controllo si occupa della strategia contrattuale e vigila sul rispetto degli atti di indirizzo provenienti dai comitati di settore. In questo modo, nei comparti nei quali non ci sono enti o amministrazioni sub-nazionali, è praticamente impossibile che gli indirizzi governativi non siano tenuti in considerazione nel procedimento contrattuale, dal momento che, come si vedrà, l'Esecutivo svolge le funzioni di comitato di settore e, allo stesso tempo, controlla la maggioranza del collegio di indirizzo. Pertanto, in quei comparti il Governo assume la doppia veste di soggetto che redige gli atti di indirizzo e controlla il rispetto dei medesimi atti in sede di trattativa negoziale: elemento, questo, tutto sommato in grado di garantire che gli indirizzi espressi siano effettivamente tenuti in considerazione.

---

(8) V. L. ZOPPOLI, *Riforma della contrattazione collettiva o rilegificazione del lavoro pubblico?*, in *Ris. Um.*, 2009, n. 4-5, p. 85, secondo il quale anche il precedente assetto dell'Aran consentiva di evitare l'eccessiva ingerenza sindacale, visto che se qualcuno dei designati per il "vecchio" comitato direttivo risultava "troppo vicino alle organizzazioni sindacali non c'[era] che da revocarne la designazione; non c'[era] bisogno di riformare l'Aran".

Il legislatore del 2009 sembra confermare la configurazione giuridica dell'Aran suggerita dalla precedente versione del d.lgs. n. 165/2001, e cioè che si tratta di un ente di tipo pubblicistico, anche se con forti connotazioni privatistiche, considerato che esercita la parte più importante della sua attività – la contrattazione collettiva – in regime privatistico ([9]). Allo stesso modo si svolge in questo regime tutta l'attività relativa all'assunzione ed alla gestione del proprio personale (come ormai accade per tutte le altre pubbliche amministrazioni) e le prestazioni a pagamento previste dall'art. 46, co. 8, lett. *b)*. In particolare, all'Aran è ora riconosciuta una maggiore autonomia nella gestione del personale. Infatti, non esiste più un numero prestabilito di dipendenti ([10]), ma esso è definito dai regolamenti interni della stessa Agenzia ed alla copertura di questi posti si provvede tramite concorsi pubblici oppure sulla base delle norme di diritto privato, nel caso in cui si intenda stipulare un contratto a tempo determinato (art. 46, co. 11). Occorre poi ricordare che l'Aran può avvalersi di un ulteriore contingente di personale, anche di qualifica dirigenziale, proveniente dalle pubbliche amministrazioni "rappresentate" in posizione di comando o fuori ruolo, purché sia previsto sempre dai regolamenti interni (co. 12) e, a seguito della riforma del 2009, anche questo numero non è più prestabilito dalla legge.

Un altro fondamentale punto da chiarire è il ruolo svolto dall'Aran nella contrattazione decentrata. Dando per acquisito che, nell'ambito di questo livello di contrattazione, l'Agenzia non ha il potere di emanare direttive, né quello di rappresentare le singole amministrazioni, le innovazioni apportate dal d.lgs. n. 150 del 2009 sul punto specifico confermano quanto previsto già nella precedente versione del d.lgs. n. 165/2001. Pertanto, le pubbliche amministrazioni "attivano autonomi livelli di contrat-

(9) Sul punto v., L. ZOPPOLI, M. DELFINO, *L'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Utet, 2004, I, p. 439 ss.

(10) Ciò in seguito alle modifiche apportate all'art. 46, co. 11, d.lgs. n. 165/2001 dall'art. 58, co. 1, lett. *f)*, d.lgs. n. 150/2009. Precedentemente, il personale dell'Aran era costituito da un numero fisso di dipendenti (cinquanta).

tazione collettiva integrativa, nel rispetto … dei vincoli di bilancio" (art. 40, co. 3-*bis*, ma v. già vecchio testo dell'art. 40, co. 3); ma "la contrattazione collettiva integrativa si svolge sulle materie e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, tra i soggetti e con le procedure negoziali che questi ultimi prevedono" a pena di nullità delle eventuali clausole difformi (art. 40, co. 3).

Le pubbliche amministrazioni sono tenute a trasmettere all'Aran, entro cinque giorni dalla sottoscrizione, il testo contrattuale e l'indicazione delle modalità di copertura dei relativi oneri ai fini del monitoraggio sulla contrattazione integrativa che deve essere realizzato dalla medesima Agenzia (art. 40-*bis*, co. 5) ([11]).

Inoltre, le amministrazioni possono continuare ad utilizzare l'assistenza dell'Aran nella contrattazione integrativa, assistenza che, sulla base di apposite intese, può essere assicurata anche contemporaneamente a più amministrazioni dello stesso tipo o situate nello stesso territorio. A tal fine, su richiesta dei comitati di settore, l'Aran può costituire delegazioni su base regionale o pluriregionale, anche non stabili (art. 46, co. 2) ([12]). Dunque, l'Aran nella contrattazione decentrata ha un ruolo che continua ad essere ridotto, pur se conserva il fondamentale potere di "filtrare" gli spazi da concedere alla medesima contrattazione decentrata, che rimane una contrattazione di natura "derivata" ([13]).

Per quanto riguarda i compiti collegati allo svolgimento della contrattazione collettiva, l'Aran non ha più la possibilità di

(11) Il precedente testo dell'art. 46, co. 4 prevedeva che un analogo monitoraggio era effettuato da un apposito osservatorio a composizione paritetica.

(12) Per approfondimenti, v. L. ZOPPOLI, M. DELFINO, *L'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 439 ss.

(13) V. G. NATULLO, P. SARACINI, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 61 ss. V. anche A. VISCOMI, L. ZOPPOLI, *La contrattazione decentrata*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (Dal d.lgs. 29/1993 alla finanziaria 1995). Commentario*, Milano, Giuffrè, 1995; G. NATULLO, Sub *art. 45*, in 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). Commentario*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1999, p. 1299 ss.

assumere iniziative per il coordinamento delle parti datoriali, allo scopo di favorire "soluzioni omogenee in settori simili o contigui nel campo dell'erogazione dei servizi" (art. 41, co. 7, vecchio testo). Al contrario, l'Agenzia ed i comitati di settore possono ora concludere accordi per regolare i reciproci rapporti in materia di contrattazione e per eventuali attività in comune (art. 41, co. 4, nuovo testo).

Rientra nell'ambito dei poteri contrattuali attribuiti all'Aran anche la stipulazione degli accordi volti all'interpretazione autentica delle clausole che danno luogo a controversie ed alla sostituzione della clausola dubbia con quella derivante dall'accordo raggiunto in quella sede (art. 49, d.lgs. n. 165/2001).

1.1. *L'Aran e le competenze delle Regioni e degli Enti locali*

Passando allo spazio assegnato alle Regioni nell'ambito dell'Aran, occorre guardare anzitutto alla contrattazione integrativa ed alla composizione dell'Agenzia.

Sul primo versante, come si è detto, non si registrano novità, considerato che già la precedente versione dell'art. 46, co. 2, d.lgs. n. 165/2001 prevedeva che, a richiesta dei comitati di settore, possono essere costituite "delegazioni dell'Aran su base regionale o pluriregionale". Sul secondo versante, l'attuale disciplina riserva un certo peso all'interlocutore regionale e locale nella composizione dell'Aran, giacché uno dei componenti del collegio di indirizzo e controllo è designato dalla Conferenza dei Presidenti delle Regioni e un altro dall'Anci e dall'Upi (art. 46, co. 7, d.lgs. n. 165/2001). Come si è visto, la nomina del Presidente avviene previo parere della Conferenza unificata, mentre in precedenza era necessario che la medesima conferenza fosse soltanto "sentita" in merito alla scelta del Presidente. In questo modo, il Governo ha inteso potenziare il ruolo degli interlocutori regionali nella nomina del Presidente, anche perché nel parere del 29 luglio 2009, espresso dalla Conferenza unificata sulla base dell'art. 3, co. 2, l. n. 15/2009, il Ministro per la pubblica amministrazione ha considerato vincolante il parere

che la Conferenza deve rendere in merito alla scelta del Presidente Aran ([14]).

Questo meccanismo assegna alle Regioni uno spazio di rilievo nella designazione della persona del Presidente, ma non garantisce la sua indipendenza dall'Esecutivo, che provvede di fatto alla nomina, anche se, come detto, dietro la copertura del decreto del Presidente della Repubblica. E tutto questo influisce necessariamente sul procedimento precedente alla stipula del contratto collettivo di comparto. Si ribadirà di qui a poco che nei comparti in cui non ci sono enti o amministrazioni sub-nazionali, il Governo emana gli atti di indirizzo, poiché funge da comitato di settore, e verifica che essi siano tenuti in considerazione nelle trattative negoziali, attraverso il sostanziale controllo dell'Aran, scaturente dalla nomina del Presidente e di due dei quattro membri del collegio di indirizzo. Il sistema funziona in modo soltanto parzialmente diverso per quanto riguarda la contrattazione collettiva delle Regioni e degli enti locali. In questi casi, infatti, gli atti di indirizzo sono emanati da comitati di settore non riconducibili all'Esecutivo, ma il controllo del rispetto degli indirizzi elaborati da quegli organismi è sempre nelle mani del Governo. Insomma, Regioni ed enti locali sono esclusi dal controllo del rispetto degli indirizzi emanati da comitati di settore a loro collegabili. E ciò, invero, appare privo di spiegazioni; né eventuali esigenze di controllo della spesa pubblica giustificherebbero l'esclusione degli enti e delle amministrazioni sub-nazionali.

Quanto detto finora riguarda le Regioni in generale. Invece, le Regioni a Statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano possono scegliere tra due percorsi, ovviamente con riferimento alla contrattazione collettiva di loro competenza: farsi assistere dall'Aran, oppure avvalersi di agenzie tecniche istituite con legge regionale o provinciale (art. 46, co. 13, d.lgs.

(14) Per la verità, come si evince dallo stesso documento del luglio 2009, le Regioni chiedevano la modifica del testo dell'art. 56 della proposta di decreto legislativo attuativo della l. n. 15/2009 nel senso di prevedere una previa intesa con la Conferenza unificata sulla nomina del Presidente Aran.

n. 165/2001) ([15]). Ed è proprio con riguardo a questo secondo percorso che va registrata l'assenza di un opportuno intervento da parte del legislatore del 2009. La duplice alternativa andava estesa anche alle Regioni a Statuto ordinario, considerato che questa previsione, risalente alla versione del 1997 del d.lgs. n. 165/2001, era già considerata applicabile a tutte le Regioni in considerazione della sopravvenuta riforma del Titolo V della Costituzione. Un'impostazione di questo genere era (ed è) da sostenere anche tenendo conto del riparto di competenze previsto dagli artt. 117 e ss. Cost., in quanto l'Aran non rientra strettamente nella materia "disciplina del rapporto di lavoro" e quindi non è intangibile da parte della legislazione regionale. Insomma, la mancata modifica dell'art. 46, co. 13, va intesa come una dimenticanza del legislatore del d.lgs. n. 150/2009 piuttosto che come una precisa volontà di mantenere la differenziazione sul punto specifico fra Regioni a Statuto ordinario ed a Statuto speciale, che potrebbe risultare incostituzionale.

Diverso è il discorso sull'opportunità di introdurre agenzie tecniche a livello locale, che va valutata con attenzione dalla Conferenza dei Presidenti delle Regioni e/o dalle singole Regioni ([16]). Va tenuto in considerazione, poi, che l'eventuale istituzione delle agenzie tecniche regionali non può essere integralmente alternativa alla previsione di un'agenzia a livello centrale, che abbia la rappresentanza legale delle pubbliche amministrazioni in sede negoziale. Quest'ultimo organismo de-

(15) Sul punto, v. il paragrafo successivo.

(16) Si ricorda che, nel valutare l'impatto della legge costituzionale 3/2001 sul ruolo degli enti locali nella contrattazione collettiva, la Conferenza dei Presidenti delle Regioni non avanzava nessuna "rivendicazione" in merito all'istituzione delle agenzie tecniche, ma si limitava ad auspicare il riconoscimento di una funzione di primaria importanza delle Regioni stesse nella rappresentanza negoziale (il riferimento è al documento intitolato "Rapporto di lavoro e ruolo delle Regioni nella contrattazione collettiva con particolare riferimento al comparto Regioni Autonomie locali" del 21 marzo 2002). Si tratta di vedere se l'atteggiamento della Conferenza muterà in futuro. Per approfondimenti, v. L. ZOPPOLI, M. DELFINO, *L'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Utet, 2004, I, p. 439 ss., p. 448. Anche M. CARRIERI, *Il decentramento ridisegnato*, in CARRIERI M., NASTASI V., *op. cit.*, p. 33 ss. ritiene opportuno mantenere inalterata l'unicità del soggetto negoziale.

ve continuare a svolgere un ruolo di primo piano nella gestione dei rapporti contrattuali, anche perché appare fondamentale nella "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" (art. 117, co. 2, lett. *m)*, Cost.) pure ai lavoratori pubblici e nello svolgimento di funzioni di "perequazione delle risorse finanziarie", ed è garante altresì dell'"unità giuridica ed economica del Paese" (art. 120, co. 2): tutte materie, queste, che rientrano nella competenza esclusiva della legislazione statale ([17]).

1.2. *Le Agenzie regionali e provinciali per la rappresentanza negoziale*

Va ricordato che il secondo percorso prima indicato, ovvero quello che conduce all'istituzione di Agenzie tecniche regionali o provinciali, è stato realmente seguito negli anni passati da alcune Regioni a Statuto speciale e Province autonome. La prima a sperimentarlo è stata il Friuli-Venezia Giulia, che, con l'art. 128 della legge regionale 9 novembre 1998, n. 13, ha istituito l'Agenzia regionale per la rappresentanza negoziale, la cui composizione ricalca, almeno in parte, quella dell'Aran nella versione precedente al 2009. La nomina dei componenti del comitato direttivo avviene con decreto del Presidente della Giunta regionale, anche se il Presidente e due membri sono designati dalla Giunta, mentre gli altri due, rispettivamente, da Anci ed Upi del Friuli-Venezia Giulia. Questa disciplina è stata integrata dall'art. 1, l.r. 2 febbraio 2001, n. 2 che prevede la verifica da parte della Giunta di una serie di atti dell'Agenzia, quali il programma di attività, il bilancio preventivo ed il conto consuntivo, gli atti a carattere regolamentare e generale, l'affidamento di consulenze esterne. Questa previsione, unita a

(17) Su Aran e riparto di competenze Stato/Regioni, v. M. GENTILE, *Dopo il nuovo Titolo V della Costituzione. La contrattazione nel comparto Regioni e Autonomie sindacali*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2003, 3, p. 227 ss.; M. RICCIARDI, *op. cit.*, p. 651 ss.; A. TROJSI, *Lavoro pubblico e riparto di potestà normativa*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2005, I, pp. 523-527.

quella secondo cui "il Comitato direttivo dell'Agenzia opera nel rispetto delle direttive che la Giunta regionale adotta", pur se d'intesa con le indicazioni dell'Anci, dell'Upi e dell'Unione nazionale Comuni e Comunità montane (così art. 128, co. 5, l.r. n. 13/1998), testimonia la scarsa indipendenza dell'organismo dalla "politica" e, in particolare, dell'Esecutivo regionale ([18]).

L'Agenzia regionale per le relazioni sindacali della Valle d'Aosta è stata istituita dall'art. 46, l.r. 23 ottobre 1995, n. 45. Organizzazione e funzionamento sono previsti dal regolamento regionale 2 dicembre 1996, n. 5, dal quale si deducono le caratteristiche dell'Agenzia, definita ente dipendente dalla Regione, dotato di personalità giuridica e sottoposto alla vigilanza della Presidenza della Giunta regionale. Analogamente all'Agenzia del Friuli-Venezia Giulia, il Comitato direttivo è nominato con deliberazione della Giunta regionale e tre dei cinque componenti sono designati dalla Giunta stessa (gli altri due dall'Associazione sindaci e dall'Associazione Presidenti Comunità montane della Valle d'Aosta) e l'Agenzia si attiene alle direttive impartite dal Presidente della Regione. Pertanto, pure in questo caso, la dipendenza dal Governo regionale appare netta.

Ancora in fase di costituzione si trova invece l'Agenzia per la rappresentanza negoziale della Regione e degli enti locali della Sardegna (Aran Sardegna), prevista dall'art. 12, co. 1, l.r. 12 giugno 2006, n. 9, il cui ordinamento e composizione dovranno essere stabiliti da un'apposita legge regionale non ancora approvata.

L'Agenzia provinciale per la rappresentanza negoziale della Provincia di Trento è regolamentata dall'art. 58 della legge provinciale 3 aprile 1997, n. 7 (modificato dall'art. 23, l.p. 3 aprile 2009, n. 4) ed è composta da tre membri, nominati dalla Giunta provinciale. L'Agenzia è autorizzata alla contrattazione collettiva per la Regione Trentino - Alto Adige, gli enti locali e per le

(18) Sull'Agenzia negoziale del Friuli-Venezia Giulia, v. M. BROLLO, *Le politiche del lavoro regionali: un caso di osservazione*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, Cedam, 2005, tomo I, p. 19 ss.

Ipab nel caso in cui tali enti decidessero di avvalersene. In questa ipotesi è integrata, per la relativa contrattazione collettiva, fino al massimo di due componenti espressi dagli enti cui si riferisce la contrattazione.

Come si vede, ognuna di queste Agenzie è (più o meno) dipendente dalle Giunte regionali o provinciali e, al contrario dell'Aran nazionale, tali organismi non hanno una reale autonomia di gestione, a cominciare dal personale di cui possono avvalersi, che è sempre messo a disposizione da altre pubbliche amministrazioni.

2. *La riforma dei comitati di settore ed il loro ruolo nella conclusione dei contratti collettivi*

A seguito del d.lgs. n. 150/2009, che ha modificato anche l'art. 41, d.lgs. n. 165/2001, come si è in parte anticipato, per tutte le amministrazioni, il Presidente del Consiglio opera come comitato di settore tramite il Ministro per la pubblica amministrazione di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Tuttavia, al fine di salvaguardare le specificità delle diverse amministrazioni, gli indirizzi sono emanati, per i rispettivi ambiti di competenza, sentito il Ministro dell'istruzione, i direttori delle Agenzie fiscali, la Conferenza dei Rettori delle Università, le istanze dei Presidenti degli Enti di ricerca e degli Enti pubblici non economici ed il Presidente del Cnel (art. 41, co. 3). È costituito poi un comitato di settore nell'ambito della Conferenza delle Regioni, che esercita i poteri di indirizzo per le Regioni, gli enti regionali, le amministrazioni del servizio sanitario nazionale; in quest'ultimo caso, del comitato è membro un rappresentante del Governo. Infine, un altro comitato di settore è costituito nell'ambito dell'Associazione nazionale Comuni italiani, dell'Unione delle Province d'Italia e dell'Unioncamere per le esigenze dei dipendenti degli Enti locali, delle Camere di Commercio e dei segretari comunali e provinciali (art. 41, co. 2). Il sistema delineato dal d.lgs. n. 150/2009 prevede, quindi, almeno tre comitati di settore, due

dei quali costituiti per tenere in considerazione le istanze provenienti da organismi ed enti sub-nazionali, in modo tale da assicurare le competenze loro attribuite dall'art. 117 Cost. Innovativa rispetto al passato, come si è visto, è la possibilità offerta ai comitati di settore di designare rappresentanti in grado di assistere l'Aran nello svolgimento delle trattative negoziali. La precedente versione dell'art. 41 non consentiva una possibilità analoga, ma soltanto l'integrazione del comitato di settore del comparto delle amministrazioni del Servizio sanitario nazionale con un rappresentante del Governo (co. 4). Con le nuove modalità, i comitati di settore possono decidere di assistere l'Aran nella stipulazione del contratto collettivo e, quindi, di fatto controllare l'attività dell'Agenzia.

Con la riforma del 2009, l'ipotesi di accordo è trasmessa non solo ai comitati di settore, come già accadeva sulla base della precedente versione dell'art. 41, ma pure al Governo affinché esprima un parere, che, per quanto riguarda gli enti e le amministrazioni sub-nazionali, ha ad oggetto il testo contrattuale e gli oneri finanziari. Anche se la previsione non è molto chiara, l'Aran deve acquisire il parere favorevole non solo dei comitati di settore, ma anche del Governo e, successivamente, trasmettere l'ipotesi di accordo alla Corte dei Conti ([19]).

I compiti principali dei comitati di settore sono: *a)* fornire all'Aran gli indirizzi per la contrattazione collettiva, *ex* artt. 41, co. 1 e 47, co. 1; nel caso in cui questi atti di indirizzo siano diretti alle amministrazioni ed agli enti sub-nazionali, viene data la possibilità al Governo, entro venti giorni, di esprimere le sue valutazioni, agli stessi comitati di settore, per quanto riguarda la compatibilità con le linee di politica economica e finanziaria nazionale; *b)* esprimere un parere, raggiunta l'ipotesi di accordo, per quanto riguarda le amministrazioni e gli enti sub-nazionali, "sul testo contrattuale e sugli oneri finanziari diretti e indiretti a carico dei bilanci delle amministrazioni interessate" (art. 47, co. 4, che al riguardo non prevede alcun termine). Si è già detto che, per quanto concerne

(19) Sul punto si rinvia a quanto si dirà nel paragrafo 3.

le altre amministrazioni, il Governo, attraverso le sue diverse articolazioni a seconda del contesto di riferimento, opera come comitato di settore ed è tenuto ad esprimere il parere, mediante un atto del Ministro della pubblica amministrazione su indicazione del Presidente del Consiglio e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. Il parere espresso da comitati di settore e Governo deve essere favorevole perché si possa stipulare il contratto.

Per valutare il ruolo effettivo svolto da questi organismi e, in via residuale, dall'Aran, è necessario accertare anche il peso dell'intervento governativo nel procedimento di formazione della volontà contrattuale. Prima delle modifiche del 2009, l'intervento dell'Esecutivo era previsto dall'art. 47, co. 1, d.lgs. n. 165/2001 quando si trattava di atti di indirizzo rivolti alle amministrazioni diverse dallo Stato ed era un pronunciamento facoltativo circoscritto ad aspetti economico-finanziari e che quindi non poteva avere ad oggetto altri elementi degli atti di indirizzo. Dopo il decreto legislativo attuativo della l. n. 15/2009, il Governo, come si è ripetutamente detto, ha un ruolo molto più incisivo nella formazione della volontà negoziale: nel senso che, per le amministrazioni diverse da quelle sub-nazionali, a monte della trattativa emana, in qualità di comitato di settore, gli atti di indirizzo all'Aran e, dopo che l'Agenzia ha raggiunto un'ipotesi di accordo, è tenuto ad esprimere un parere su tale ipotesi, che deve essere ad esso trasmessa per legge (art. 41, co. 4), e può essere inviata dall'Aran alla Corte dei Conti solo nel caso in cui il parere sia positivo. Con riferimento alle amministrazioni ed agli enti sub-nazionali, il parere deve essere espresso dal relativo comitato di settore, ma il Governo, fino all'approvazione dei decreti attuativi della l. n. 42/2009 sul federalismo fiscale, può avvalersi della facoltà di esprimere osservazioni sull'ipotesi di accordo entro 20 giorni dal suo invio (art. 47, co. 4). Non è chiarito in che modo queste osservazioni possono condizionare il comitato di settore nell'esprimere il proprio parere, anche se proprio il silenzio del legislatore potrebbe consentire all'Esecutivo di esercitare di un condizionamento di tipo politico.

A questo punto occorre chiedersi se il rapporto privatistico prima esistente fra Aran e Comitati di settore sia rimasto inalterato. Affinché permanga un rapporto di questo tipo, occorre che le caratteristiche della prima e dei secondi non siano mutate rispetto al passato. Rinviando per l'Aran a quanto si è detto in precedenza, i comitati di settore attuali sono stati molto modificati, fino a mettere in dubbio che siano ancora espressione di istanze associative o rappresentative. Ad esclusione che per le Regioni e gli altri enti ed amministrazioni sub-nazionali, il Presidente del Consiglio, per il tramite del Ministro per la pubblica amministrazione, opera come comitato di settore. Pertanto, l'immedesimazione quasi completa fra Esecutivo e comitato di settore rende tutta da verificare l'ipotesi che il comitato governativo utilizzi atti privatistici e che il suo rapporto con le pubbliche amministrazioni sia fondato sulla rappresentanza civilistica. Inoltre, il Presidente del Consiglio (o, meglio, il Ministro per la pubblica amministrazione), nella maggior parte dei casi, sembra concentrare nelle sue mani il potere di emanare gli atti di indirizzo, mentre le istanze rappresentative e associative delle varie amministrazioni vedono ridursi il proprio spazio rischiando di rimanere sullo sfondo. Infatti, il Ministro per la pubblica amministrazione detta gli indirizzi di concerto con il Ministro dell'Economia, e la partecipazione delle diverse amministrazioni nella determinazione degli indirizzi è salvaguardata soltanto dalla previsione in base alla quale devono essere sentiti, di volta in volta, – oltre ad un altro componente dell'Esecutivo (il Ministro dell'istruzione) – i direttori delle Agenzie fiscali, la Conferenza dei Rettori, il Presidente del Cnel e le istanze rappresentative promosse dai presidenti degli enti ricerca e degli enti pubblici non economici. Tuttavia, questi soggetti giocano un ruolo assolutamente marginale rispetto a quello degli organi governativi dovendo essere semplicemente consultati prima che vengano emanati gli atti di indirizzo, mentre non sembrano avere il potere di influire realmente sul contenuto di questi atti.

Quanto detto finora riguarda i comitati di settore delle pubbliche amministrazioni nazionali. Discorso diverso va fatto per

i comitati di settore di cui all'art. 41, co. 2, primo periodo, che prevede la presenza di forti istanze rappresentative, come la Conferenza dei Presidenti delle Regioni, che esercita le funzioni di comitato di settore. Considerato che a questo organismo prendono parte tutti gli enti, il comitato di settore sarà poco più di un'articolazione organizzativa di tale conferenza, in grado di esercitare per conto di tutte le Regioni i poteri di indirizzo nei confronti dell'Aran. Ancora differente è la situazione per quei comitati che sono espressione di associazioni (o "istanze rappresentative": così sempre art. 41, co. 2, lett. *c*) di enti su base volontaria, come ad esempio l'Anci o l'Upi e l'Unioncamere, per i quali può verificarsi che non ogni ente sia associato, pur essendo le associazioni "a struttura aperta" e consentendo quindi in qualsiasi momento l'adesione di tutti.

Come si è in parte anticipato, con la riforma del 2009, i comitati di settore hanno minor voce rispetto al passato nell'esame dell'ipotesi di accordo: da un lato, perché il Governo nelle sue varie articolazioni svolge in diversi casi proprio le funzioni di comitato di settore e, dall'altro, perché la lettera della legge attribuisce il potere di esprimere un parere soltanto ai comitati di settore degli enti e delle amministrazioni subnazionali. Inoltre, è scomparsa la possibilità per i comitati di settore di dare comunque corso all'accordo in presenza di una divergenza nella valutazione degli oneri finanziari e questo elemento dimostra ancora una volta la riduzione della rilevanza dei comitati di settore nel procedimento di contrattazione collettiva nazionale.

E non sembra che per la contrattazione collettiva integrativa le cose vadano diversamente. Infatti, la precedente versione dell'art. 40 *bis*, d.lgs. n. 165/2001 prevedeva la necessità di procedere a verifiche congiunte da parte dei comitati di settore, del Governo e degli organi di controllo interno sulle implicazioni finanziarie complessive della contrattazione integrativa di comparto, individuando criteri di riscontro anche sui contratti integrativi delle singole amministrazioni. In linea con la riduzione dei compiti dei comitati di settore nell'ambito della contrattazione collettiva nazionale, il nuovo testo dell'art. 40 *bis*

dispone che il controllo sulla compatibilità dei costi a livello di contrattazione integrativa debba essere effettuato dal collegio dei revisori dei conti, dal collegio sindacale o dagli uffici centrali di bilancio previsti dagli ordinamenti delle singole amministrazioni.

2.1. *I comitati di settore dei comparti Regioni (e Sanità) ed Autonomie locali*

La peculiarità delle Regioni e degli enti locali nell'ambito della contrattazione collettiva nazionale di comparto è stata salvaguardata da quando esistono i comitati di settore, anche se con modalità differenti a seconda del momento storico.

Si è in parte anticipato che già nella versione delle norme risalente alla seconda privatizzazione il comitato di settore delle amministrazioni locali, dal punto di vista sia della sua composizione sia della rappresentanza delle istanze associative, rispecchiava la grande eterogeneità del comparto. Esso, infatti, era formato da membri designati dalla Conferenza dei Presidenti delle Regioni, dall'Anci, dall'Upi e dall'Unioncamere, sicché non tutti gli enti locali partecipavano allo stesso modo all'elaborazione degli indirizzi contrattuali. Tuttavia, era evidente che mentre ogni Regione contribuiva a designare i suoi rappresentanti in seno al comitato di settore e quindi era in grado di fornire, seppure indirettamente, un contributo alla redazione degli indirizzi della contrattazione collettiva, per quanto riguardava gli altri enti locali erano l'Anci e l'Upi, associazioni private, ad indicare i propri membri nel comitato, cosicché gli enti locali non regionali che decidevano di non far parte di quelle associazioni erano esclusi dalla formazione degli indirizzi della contrattazione collettiva.

La diversità nelle istanze rappresentative e quindi nelle modalità di partecipazione alle determinazioni dei comitati di settore da parte delle Regioni, da un lato, e delle Autonomie locali, dall'altro, testimoniata da quanto appena detto, è alla base della riforma, alla quale si è fatto riferimento in precedenza. È chiaro, infatti, che la previsione di due distinti comitati di setto-

re, uno per le Regioni e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, l'altro per gli enti locali, le Camere di commercio ed i segretari comunali e provinciali, dimostra che il legislatore del 2009 spinge nella direzione della collocazione dei due diversi gruppi di enti ed amministrazioni in due comparti differenti, in modo tale da assicurare proprio l'omogeneità che prima mancava ([20]).

La differenziazione delle istanze associative delle varie autonomie locali è realizzata anche in altre parti del d.lgs. 165/2001. Infatti, l'art. 46, co. 7, prevede che due dei quattro componenti del collegio di indirizzo e controllo dell'Aran siano designati, *rispettivamente*, dall'Anci e dall'Upi e dalla Conferenza dei presidenti delle Regioni, al contrario di quanto accadeva in precedenza ([21]). In controtendenza con le esigenze di maggiore omogeneità, è rimasto invece inalterato il co. 9 della stessa norma, in base al quale la riscossione dei contributi riservati all'Aran è effettuata previa intesa con la Conferenza unificata Stato-Regioni e Stato-città.

Degna di nota è altresì la previsione secondo la quale, al fine di assicurare il migliore raccordo fra i comitati di settore delle Regioni e degli Enti locali e l'Aran, ad ogni comitato corrisponde una specifica struttura, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica (art. 41, co. 4, nuovo testo, ultimo periodo).

Con riferimento al ruolo delle Regioni e degli enti locali in passato sono stati criticati gli interventi legislativi volti a comprimere l'autonomia del competente comitato di settore da parte del legislatore statale, interventi sospettati di incostituzionalità rispetto all'art. 117 Cost. ([22]). In particolare, il riferimento è all'art. 16, co. 7, l. n. 448/2001, nella parte in cui prevedeva

(20) Non è dello stesso avviso A. VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 55.

(21) Secondo l'art. 46, co. 6, versione precedente, l'Anci e l'Upi designavano *assieme* alla Conferenza dei Presidenti due dei componenti del comitato direttivo dell'Aran.

(22) Sul punto, v. L. ZOPPOLI, *La ricerca di un nuovo equilibrio tra contrattazione nazionale e contrattazione integrativa. Il comparto Regioni/Autonomie locali*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2002, 4, p. 110.

che, per i rinnovi contrattuali per il biennio 2002/2003, i comitati di settore dovevano attenersi ai criteri indicati dal legislatore statale per gli altri comparti. Sennonché, la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi in merito, ha escluso l'illegittimità della norma che, a suo giudizio, costituiva legittimo esercizio del potere di "coordinamento della finanza pubblica", in quanto fissava "principi fondamentali volti al contenimento della spesa corrente, che rientrano nella competenza della legislazione statale" ([23]). È probabile che, considerati i precedenti, se la Corte Costituzionale fosse chiamata a pronunciarsi sui controlli governativi previsti dalla vecchia e, seppure con modifiche, dalla nuova versione dell'art. 47, d.lgs. n. 165/2001, nell'ambito delle contrattazioni nazionale ed integrativa relativa a Regioni ed autonomie locali, si pronuncerebbe per la legittimità della norma. Infatti, quando tali controlli riguardano i costi della contrattazione collettiva, l'ingerenza governativa potrebbe essere giustificata proprio dalle esigenze di coordinamento della finanza e di contenimento della spesa pubblica. E' questo il caso della previsione di cui all'art. 47, co. 2, secondo la quale il Governo, con riferimento agli atti di indirizzo delle Regioni e degli enti locali "può esprimere le sue valutazioni per quanto attiene agli aspetti riguardanti la compatibilità con le linee di politica economica e finanziaria nazionale". In altre parole, la giurisprudenza della Corte Costituzionale sembra dare il suo benestare a questa forma di controllo economico-finanziario centralizzato previsto dal legislatore nazionale nell'ambito del procedimento negoziale riguardante Regioni ed enti locali.

3. *Il ruolo della Corte dei Conti nei procedimenti contrattuali*

Una volta acquisito il parere favorevole dei comitati di settore di cui si è parlato nel paragrafo 2, l'Aran deve trasmettere la quantificazione dei costi contrattuali alla Corte dei Conti, che, analogamente a quanto già accadeva in precedenza, è tenuta a

(23) Così Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 4 e 22 luglio 2004, n. 260.

certificare "l'attendibilità dei costi quantificati e la loro compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio" (art. 47, co. 5). La Corte deve deliberare entro quindici giorni dalla trasmissione dei costi e tale deliberazione può essere: a) positiva, di modo che il Presidente dell'Aran procede a sottoscrivere definitivamente l'accordo ([24]); b) negativa, nel qual caso il Presidente – d'intesa con il competente comitato di settore, che può dettare ulteriori indirizzi – riapre le trattative che portano alla sottoscrizione di una nuova ipotesi di accordo, a seguito della quale si riattiva la procedura di certificazione (art. 47, co. 6). Resta confermato che, se la certificazione negativa riguarda solo alcune clausole, l'intesa può essere comunque sottoscritta definitivamente con la precisazione che quelle clausole sono da considerarsi inefficaci.

Come si può vedere, il ruolo della Corte dei Conti nel procedimento contrattuale di comparto non è molto diverso da quello che tale organismo già aveva in precedenza. È da verificare invece il dubbio di un possibile "sconfinamento" della Corte in ambiti diversi rispetto al controllo dei dati contabili ([25]). A ben guardare le nuove norme, almeno un sospetto potrebbe essere avanzato. Infatti, durante il procedimento di certificazione, la Corte dei Conti può continuare ad avvalersi di alcuni esperti che non sono più nominati al fine di coadiuvare tale organismo nella verifica dell'attendibilità dei costi e della loro compatibilità con gli strumenti di programmazione e bilancio (art. 47, co. 4, vecchio testo), ma allo scopo di acquisire elementi istruttori e valutazioni, più in generale, "sul contratto collettivo" (art. 47,

(24) Decorsi i quindici giorni previsti senza che la Corte dei Conti si sia pronunciata, la certificazione si intende effettuata positivamente.

(25) Il dubbio è insinuato da A. VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, cit., p. 59. Per determinare le competenze della Corte dei Conti occorre far riferimento anche alle norme generali vigenti riguardanti la magistratura contabile, integrate dalle previsioni di cui all'art. 11, l. n. 15/2009, secondo le quali "la Corte dei conti … può effettuare controlli su gestioni pubbliche statali in corso di svolgimento. Ove accerti gravi irregolarità gestionali ovvero gravi deviazioni da obiettivi, procedure o tempi di attuazione stabiliti da norme, nazionali o comunitarie, ovvero da direttive del Governo, … ne individua … le cause e provvede … a darne comunicazione … al Ministro competente" che "sulla base delle proprie valutazioni, anche di ordine economico-finanziario, può disporre la sospensione dell'impegno di somme stanziate" (co. 2).

co. 6, nuovo testo). A ciò si aggiunge che ora vengono specificate le competenze di questi esperti che non sono affatto limitate alla contabilità, bensì si estendono alle relazioni sindacali ed al costo del lavoro. È vero che la Corte continua a non avere la possibilità di influire sulla scelta di tali soggetti – che sono designati dal Ministro per la pubblica amministrazione ([26]), mentre, con riferimento all'ipotesi di accordo per Regioni ed enti locali, due esperti sono designati direttamente dall'Anci, dall'Upi e dalla Conferenza delle Regioni ([27]) – tuttavia è innegabile che l'(almeno apparente) estensione dei compiti che a loro possono essere affidati potrebbe sottintendere un ampliamento degli spazi della Corte dei Conti nel procedimento negoziale nazionale.

A livello di contrattazione integrativa, il ruolo ed i compiti della magistratura contabile sono stati sicuramente potenziati, in quanto adesso è prevista una partecipazione della Corte al controllo dei relativi costi, verifica che era precedentemente riservata soltanto agli organi di controllo interno, ai comitati di settore ed al Governo. Il nuovo testo dell'art. 40-*bis* del d.lgs. n. 165/2001 prevede invece che il controllo sulla compatibilità dei costi della contrattazione integrativa con i vincoli di bilancio sia effettuato dagli organi di controllo interno delle pubbliche amministrazioni (co. 1). Inoltre, alcune amministrazioni devono ottenere l'avallo anche da parte della Presidenza del Consiglio (co. 2). Le Regioni e gli enti locali non rientrano fra queste amministrazioni, in quanto il legislatore assegna loro, al riguardo, opportunamente maggiore autonomia ([28]).

Viceversa, tutte le pubbliche amministrazioni di cui all'art.

(26) Tramite il Capo del Dipartimento della funzione pubblica di intesa con il Capo del Dipartimento della Ragioneria dello Stato, nell'ambito di un elenco definito di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze (art. 47, co. 6).

(27) Il precedente testo dell'art. 47, co. 4, prevedeva invece che i tre esperti fossero nominati dal Presidente del Consiglio, previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni e con la Conferenza Stato-Città.

(28) Questo secondo avallo economico-finanziario da parte della Presidenza del Consiglio è previsto per le amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, gli enti pubblici non economici, gli enti e le istituzioni di ricerca con un organico superiore alle 200 unità (art. 40-*bis*, co. 2).

1, co. 2 (e quindi anche Regioni ed enti locali) devono inviare, entro il 31 maggio di ogni anno, "specifiche informazioni sui costi della contrattazione integrativa" al Ministero dell'Economia, che predispone un modello di rilevazione, d'intesa con la Presidenza del Consiglio e con la Corte dei Conti. Quest'ultimo organismo è poi destinatario di tali informazioni che, "ferme restando le ipotesi di responsabilità eventualmente ravvisabili", le utilizza insieme a quelle di cui al titolo V (sempre del d.lgs. n. 165/2001) *anche* ai fini del referto sul costo del lavoro (co. 3). Va sottolineato che la previsione appena richiamata e l'uso della congiunzione "anche" sottintendono che la trasmissione delle informazioni alla Corte dei Conti non è limitata soltanto alla stesura del referto sul costo del lavoro, ma che i giudici contabili sono coinvolti: da un lato, nell'accertamento del 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"; dall'altro, nella concreta definizione ed applicazione di criteri improntati alla finalità ed al merito con riguardo ai diversi istituti finanziati dalla contrattazione integrativa (v. art. 40 *bis*, co. 5). D'altronde, la formulazione della norma prima richiamata tiene conto anche della circostanza che la legge delega n. 15/2009 attribuisce alla Corte dei Conti, come si è accennato, la competenza più generale di "effettuare controlli su gestioni pubbliche statali in corso di svolgimento" (art. 11, co. 2); competenza che, peraltro, spetta alle sezioni regionali di controllo della medesima Corte fare applicare "nei confronti delle gestioni pubbliche regionali o degli enti locali" (art. 11, co. 3).

A questo punto si tratta di attendere per verificare in che modo la Corte dei Conti interpreterà in concreto le norme che prevedono il suo coinvolgimento nella contrattazione integrativa. Secondo la nuova normativa poi, per esercitare le funzioni di controllo sulla contrattazione integrativa, la Corte dei Conti può avvalersi di personale in posizione di fuori ruolo o di comando (co. 6).

Inoltre, va segnalato che l'art. 11, co. 4, l. n. 15/2009 ag-

giunge il co. 8 *bis* all'art. 7 della legge 5 giugno 2003, n. 131, in base al quale "le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti possono essere integrate … da due componenti designati, salva diversa previsione dello statuto della Regione, rispettivamente dal Consiglio regionale e dal Consiglio delle autonomie locali oppure, ove tale organo non sia stato istituito, dal Presidente del Consiglio regionale su indicazione delle associazioni rappresentative dei Comuni e delle Province a livello regionale. I predetti componenti sono scelti tra persone che, per gli studi compiuti e le esperienze professionali acquisite, sono particolarmente esperte nelle materie aziendalistiche, economiche, finanziarie, giuridiche e contabili; i medesimi durano in carica cinque anni e non sono riconfermabili". E' appena il caso di sottolineare che pure in questo caso la nomina è effettuata *formalmente* con decreto del Presidente della Repubblica, anche se, come visto, *sostanzialmente* la scelta è rimessa agli organi regionali.

4. *La legge delega n. 15 del 2009 ed il rafforzamento del potere di rappresentanza delle Regioni e degli enti locali*

In conclusione, è interessante valutare se il legislatore della l. n. 15/2009 abbia esercitato correttamente uno dei principi della delega, ovvero quello relativo al "potenziamento del potere di rappresentanza delle regioni e degli enti locali", nell'ambito del più generale principio volto a "riordinare le procedure di contrattazione collettiva nazionale, in coerenza con il settore privato e nella salvaguardia delle specificità sussistenti nel settore pubblico, nonché quelle della contrattazione integrativa" (art. 3, co. 2, lett. *h)*, l. n. 15/2009 ([29])). Questa verifica va effettuata anzitutto con riferimento ai comitati di setto-

(29) Sui principi della delega in materia di Aran e comitati di settore, v. E. GRAGNOLI, *Contrattazione collettiva, relazioni sindacali e riforma dell'Aran*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2008, I, p. 993 ss. Più in generale, su legge delega e lavoro pubblico regionale e locale, v. R. SALOMONE, *Il lavoro pubblico regionale e locale nella "Riforma Brunetta"*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, p. 1 ss.

re ed all'Aran.

In merito ai primi organismi, la novità di rilievo, come si è detto prima, è data dalla differenziazione delle istanze associative delle diverse autonomie locali, realizzata con la probabile previsione di due comparti distinti, uno per le Regioni e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, l'altro per gli enti locali, le Camere di commercio ed i segretari comunali e provinciali. Tuttavia, il superamento dell'eterogeneità dei comitati di settore, caratteristica della precedente disciplina, contribuendo a fare chiarezza fra le istanze delle Regioni e degli altri enti locali, costituisce un elemento che rafforza il potere di rappresentanza soltanto indirettamente ed in modo insufficiente. Per quanto riguarda l'Aran, si è appena visto che lo spazio assegnato agli enti sub-nazionali nell'ambito dell'Agenzia non è stato molto accresciuto rispetto al passato, tenuto conto che sia nel vecchio comitato direttivo, sia nel nuovo collegio di indirizzo e controllo tali enti nominavano due componenti ([30]), di modo che l'innovazione è rappresentata soltanto dalla partecipazione alla scelta del Presidente attraverso il previo parere vincolante della Conferenza unificata, parere che sostituisce la semplice consultazione della medesima Conferenza.

Si è poi detto che le sezioni regionali della Corte dei Conti possono essere integrate da componenti di nomina regionale: in questo modo il legislatore statale intende garantire una partecipazione più attiva delle Regioni anche nella gestione contabile ([31]). Ovviamente, maggiore partecipazione implica anche maggiori oneri, a cominciare da quelli finanziari che sono imputabili proprio alla Regione.

Tutto considerato, però, quanto illustrato appare un po' poco

---

(30) L. ZOPPOLI, *Problemi giuridico-istituzionali della riforma del contratto collettivo. A proposito della "Riforma Brunetta"*, in M. CARRIERI, V. NASTASI V., *op. cit.*, suggeriva invece un'articolazione della composizione del collegio direttivo "in modo tale da garantire una rappresentanza più specializzata e compatta" ed immaginava un direttivo "non rigido, ma espandibile su richiesta delle amministrazioni periferiche … limitatamente alla contrattazione nazionale che le riguard[ava]" (p. 251).

(31) La partecipazione più attiva è attestata pure dalla precisazione che "lo *status* dei predetti componenti è equiparato a tutti gli effetti … a quello dei consiglieri della Corte dei conti", di modo che non si tratta di componenti di serie B.

per ritenere esercitato appieno il principio di delega preso in considerazione. Sicché, saranno eventualmente i decreti correttivi a dirci se (e come) il Governo intenderà correggere il tiro in materia. Per ora, al riguardo, non si registrano segnali di sorta.

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.** *Tendenziale 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 dello 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 amministrati, 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, Noccioli.

(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, Giufffrè, 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 addetto.

(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 procedimentali: 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 leggine 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'architrave 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 lavori; 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 autoritarietà (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 inveratosi 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 amministrati.

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 invera l'attività giuridica dell'apparato sul piano dell'ordinamento generale) e quella dei compiti interni materiali (il cui rilevo 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 procedimentali 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 contemperare 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 concezione 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 trattamen-

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 ne 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 "enfatizzato" 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 ancoraggio 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. PINERLLI, *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. TROJSI, *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. CASETTA, *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 richiama-

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 paraprimario o subprimario, posto in posizione di primazia rispet-

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

(119) Si è osservato come l'esplicita sottoordinazione 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. CARLESI**,** *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 metodologie 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'invadenza 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 del 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 stanziate 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 *quinquies*, 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 e' 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 piu' 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 delle 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 la 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 procedimentali 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, sostituto 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 *spoil 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 permane, 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 spoil 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'allocazione 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 newsletterm*, 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. *Tendenziale 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.

Sezione II
Le fonti del lavoro pubblico regionale e locale

L'impiego regionale: fonti e spazi di competenza legislativa delle Regioni

di Anna Trojsi

Sommario
1. *Obiettivo dell'indagine: l'analisi delle implicazioni della riforma legislativa del 2009 sul sistema delle fonti di disciplina dell'impiego pubblico regionale.* – **2.** *Un presupposto indispensabile: la ricostruzione del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di lavoro pubblico regionale. Breve riepilogo degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale.* – **2.1.** *Il potere del legislatore statale di determinazione dei confini della "privatizzazione" del lavoro pubblico e, per tale via, degli ambiti della potestà legislativa regionale.* – **3.** *I profili del rapporto di pubblico impiego "privatizzati", quelli "contrattualizzati" e quelli "pubblicistici": confronto tra la disciplina del d.lgs. n. 165/2001 precedente alle modifiche del 2009,…* – **4.** *Continua. …la disciplina della l. n. 15/2009…* – **5.** *Continua. …e (soprattutto) quella introdotta dal d.lgs. n. 150/2009.* – **5.1.** *La problematica collocazione delle disposizioni del d.lgs. n. 150/2009.* – **5.2.** *Il venir meno del parallelismo tra area "privatizzata" e area "contrattualizzata" del rapporto di lavoro pubblico.* – **5.3.** *Intersezioni (e interferenze) tra il d.lgs. n. 150/2009 e la potestà legislativa regionale per i profili pubblicistici del rapporto di lavoro. In particolare, l'utilizzo improprio della nozione di "principi generali dell'ordinamento".* – **6.** *Le peculiarità della disciplina della contrattazione collettiva per le Regioni nella riforma legislativa del 2009.*

1. *Obiettivo dell'indagine: l'analisi delle implicazioni della riforma legislativa del 2009 sul sistema delle fonti di disciplina dell'impiego pubblico regionale*

Obiettivo delle riflessioni che seguono è quello di evidenziare le implicazioni della riforma del lavoro pubblico – realizzata nel 2009, ad opera della legge delega 4 marzo 2009, n. 15 e del decreto legislativo attuativo 27 ottobre 2009, n. 150 – sul sistema delle fonti di disciplina dell'impiego alle dipendenze delle Regioni italiane.

La particolare importanza di tale legislazione, analizzata in

quest'ottica, deriva, tra le altre cose, dal fatto che essa costituisce il primo intervento di riforma complessiva del lavoro pubblico effettuato dal legislatore statale dopo la l.cost. 18 ottobre 2001, n. 3 (se si esclude la l. 15 luglio 2002, n. 145, circoscritta ad alcuni aspetti della disciplina della dirigenza pubblica e, peraltro, approvata a ridosso della entrata in vigore della riforma costituzionale, quando ancora il nuovo scenario non era del tutto chiaro). È, quindi, interessante verificare come il legislatore statale si rapporti al mutato quadro delle competenze legislative in materia.

Del resto, sin dalla lettura della l. n. 15/2009 appare chiaro il rilievo che intende assumere per l'impiego pubblico regionale la normativa di attuazione dei principi e criteri direttivi di tale delega ([1]), essendo possibile dedurre la applicabilità – almeno secondo il proposito del legislatore delegante – anche al lavoro regionale di molti dei contenuti dei decreti legislativi, che intervengono (secondo quanto stabilito dall'art. 2, co. 1, della l. n. 15/2009) in parte con disposizioni autonome, in parte mediante modifiche del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (che, com'è noto, costituisce il testo legislativo di riferimento in materia, recando appunto le "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche").

Naturalmente, compito dell'interprete è quello di verificare la compatibilità col nuovo quadro costituzionale di tale assetto normativo delineato dal legislatore statale, e cioè la legittimità di questo in rapporto al riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia di lavoro pubblico.

In ogni caso, proprio in considerazione dell'influenza di tale riforma legislativa statale sulla regolamentazione del lavoro pubblico regionale, la legge ha disposto che i decreti legislativi

(1) F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla Legge 133/2008 alla Legge n. 15/2009,* in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni,* 2008, I, p. 949; G. D'AURIA, *La nuova riforma del lavoro pubblico e le autonomie regionali e locali,* in *Giornale di Diritto Amministrativo,* 2009, p. 484; R. SALOMONE, *Il lavoro pubblico regionale e locale nella "Riforma Brunetta",* in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni,* 2009, I, p. 1; A. TROJSI, *Il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia di impiego pubblico regionale,* in corso di pubblicazione in *Le Regioni,* 2009, par. 9.

di attuazione della maggior parte delle deleghe più rilevanti siano adottati "previa intesa" in sede di Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281 (art. 2, co. 2, l. n. 15/2009). Più precisamente, necessitano della "previa intesa" in sede di Conferenza unificata i decreti legislativi attuativi delle deleghe di cui agli articoli:

- 3, co. 2, lett. *a)*, in merito alla precisazione degli ambiti della disciplina del rapporto di lavoro pubblico riservati rispettivamente alla contrattazione collettiva e alla legge;
- 4, in materia di valutazione delle strutture e del personale delle amministrazioni pubbliche e di azione collettiva, nonché sul principio di trasparenza nelle amministrazioni pubbliche;
- 5, sugli strumenti di valorizzazione del merito e sui metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa;
- e 6, in materia di dirigenza pubblica.

Evidentemente, queste discipline, in particolare, sono considerate dal legislatore dotate di notevole incidenza sul potere delle Regioni di regolazione e di gestione del proprio personale ([2]).

Osservando, poi, il modo in cui la delega ha trovato attuazione, per i profili qui oggetto di approfondimento, viene in rilievo come il testo finale del d.lgs. n. 150/2009, approvato il 9 ottobre 2009, appaia rimaneggiato e integrato rispetto alla versione approvata in via preliminare dal Consiglio dei Ministri l'8 maggio 2009.

Ed è significativo il fatto che tali modifiche siano frutto di una profonda revisione dell'articolato effettuata proprio nel corso dell'esame in Conferenza Unificata: ciò, data evidente-

(2) La indispensabilità di un confronto tra Stato e Regioni sull'azione normativa e operativa-progettuale, che deve essere organica e complessiva, per il rinnovamento del lavoro pubblico, appunto in sede di elaborazione dei decreti delegati di cui alla l. n. 15/2009, è affermata anche nel Protocollo d'Intesa tra il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, stipulato l'8 aprile 2009 (art. 4).
Per l'attuazione delle restanti deleghe conferite dalla legge, il procedimento di adozione dei decreti legislativi prevede, invece, la previa acquisizione di un parere obbligatorio della medesima Conferenza (art. 2, co. 2, l. n. 15/2009).

mente l'essenzialità dell'intesa con la Conferenza – faticosamente raggiunta il 29 luglio 2009 – ai fini dell'emanazione del decreto. Il testo definitivo si contraddistingue, in particolare, per l'inserimento di numerose disposizioni specificamente rivolte all'impiego regionale (e locale), con un effetto più evidente di diversificazione delle discipline, rispetto alla bozza originaria del decreto, caratterizzata, al contrario, da un atteggiamento uniformante del legislatore, con la predisposizione di un'unica normativa, concepita per l'impiego statale ma al contempo applicabile, nella medesima formulazione, anche ai dipendenti delle altre amministrazioni, non diversamente da quanto tradizionalmente accadeva prima della riforma costituzionale del 2001.

Da queste constatazioni iniziali discende che, al fine di poter comprendere appieno le implicazioni della riforma del lavoro pubblico del 2009 sull'assetto delle fonti dell'impiego regionale, è necessario, sul piano metodologico, procedere preliminarmente ad una ricognizione del riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni in materia, risultante dall'interpretazione del nuovo testo dell'art. 117 Cost. E solo in seguito, esaminare la legislazione statale del 2009, confrontandola con il quadro delineato dalla legislazione precedente, e cioè dal d.lgs. n. 165/2001 in rapporto alle due principali leggi di delega di riferimento, vale a dire la legge 23 ottobre 1992, n. 421 e la legge 15 marzo 1997, n. 59.

2. *Un presupposto indispensabile: la ricostruzione del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di lavoro pubblico regionale. Breve riepilogo degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale*

In effetti, l'assetto delle competenze legislative in materia di impiego pubblico regionale ha subìto alcune modifiche in seguito alla entrata in vigore della nota riforma costituzionale del 2001.

Secondo la versione originaria dell'art. 117 della Costituzio-

ne – precedente alla novella della l.cost. n. 3/2001 – alle Regioni a statuto ordinario era, infatti, attribuita potestà legislativa concorrente con lo Stato nella materia dell'"ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione", da sempre considerata comprensiva della materia dell'"ordinamento del personale regionale" (a sua volta, inclusiva della disciplina del rapporto d'impiego) ([3]). Ciò, a conferma della stretta connessione tra organizzazione pubblica e assetto del personale, ed in coerenza con il regime pubblicistico che tradizionalmente – fino, cioè, alla "privatizzazione" realizzata negli anni '90, ad opera della legge delega n. 421/1992 e del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 – ha caratterizzato l'impiego pubblico in Italia ([4]). Pertanto, in materia, allo Stato competeva la individuazione dei principi fondamentali e alla Regione l'emanazione delle norme di dettaglio, con l'ulteriore limite del rispetto dell'interesse nazionale (nonché di quello di altre Regioni).

In base al nuovo, e vigente, testo dell'art. 117 Cost. – ed essendo nel frattempo intervenuta la suddetta "privatizzazione" del lavoro pubblico, con la sottoposizione di questo alla disciplina del codice civile e delle leggi sul lavoro privato e a quella delle fonti di origine contrattuale – l'impiego pubblico regionale, secondo il riparto delineato in via interpretativa dalla giurisprudenza costituzionale ([5]), va, invece, oggi ricondotto:

---

(3) V., in particolare, Corte cost. 10 luglio 1968, n. 93; 3 marzo 1972, n. 40; 14 luglio 1972, n. 147; 30 gennaio 1980, n. 10; 29 settembre 1983, n. 277; 29 settembre 1983, n. 278; 8 giugno 1987, n. 217; 27 ottobre 1988, n. 1001; 30 luglio 1993, n. 359. Sul tema, cfr. V. BALDINI, *Commento all'art. 1,* in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche. Commentario al D.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni e integrazioni,* in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1999, p. 1054; V. BELLINI, *L'impiego pubblico nell'ordinamento regionale,* Milano, Giuffrè, 1977; L. ZOPPOLI, *Riforma del pubblico impiego e disciplina del personale regionale,* in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali,* 1993, p. 27.

(4) M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia,* Bologna, il Mulino, 1978.

(5) Tra le più significative, v. Corte cost. 24 luglio 2003, n. 274, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni,* 2003, II, p. 588, con nota di R. SALOMONE, *Il Lavoro pubblico regionale e il nuovo art. 117 Cost. all'esame della Corte costituzionale*; 13 gennaio 2004, n. 2, in *Giurisprudenza Costituzionale,* 2004, p. 9, con nota di F. GHERA, *Il lavoro alle dipendenze delle Regioni alla luce del nuovo art. 117 Cost.* (p. 44); 15 novembre 2004, n. 345; 14 dicembre 2004, n. 380; 16 giugno 2006, n. 233, in *Di-*

- in parte, all'"ordinamento civile", e quindi alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, co. 2, lett. l), Cost.), per i profili "privatizzati" del rapporto, in quanto appunto appartenenti al "diritto civile", così che "la intervenuta privatizzazione e contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico vincola anche le Regioni" ([6]);
- ed, in parte, per i rimanenti profili "pubblicistico-organizzativi" del rapporto – sottratti dal legislatore statale alla privatizzazione, e di conseguenza ancora rientranti nel diritto pubblico – all'"ordinamento e organizzazione amministrativa regionale" (che è "comprensiva dell'incidenza della stessa sulla disciplina del relativo personale" ([7])) e, quindi, alla potestà legislativa "residuale" della Regione. Ciò, in applicazione della "clausola di residualità" del comma 4 dell'art. 117 Cost., non ritrovandosi tale ultima materia negli elenchi dei commi 2 e 3 dello stesso articolo, ed anzi potendosi rinvenire, nella formulazione dell'articolo 117, l'intenzione del riformatore di escludere dalla competenza statale l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa delle Regioni, in quanto appunto nel comma 2 è inserita la materia dell'"ordinamento ed organizzazione amministrativa" *soltanto* "dello Stato e degli enti pubblici nazionali" (lett. g).

La materia dell'impiego pubblico regionale deve ritenersi, perciò, allo stato attuale, ripartita tra la competenza legislativa esclusiva statale e quella residuale regionale ([8]), con la possibi-

ritti Lavori Mercati, 2006, p. 711, con nota di M. CERBONE, *Limiti costituzionali dello* spoils system *della dirigenza regionale*; 21 marzo 2007, n. 95; 12 giugno 2007, n. 184; 14 giugno 2007, n. 189; 30 dicembre 2009, n. 341. Sul tema, sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, ad A. TROJSI, *Lavoro pubblico e riparto di potestà normativa,* in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni,* 2005, I, p. 491; A. TROJSI, *Lavoro pubblico regionale: storia e regole,* in questa *Rivista,* 2007, p. 777; A. TROJSI, Voce *Lavoro pubblico nelle amministrazioni regionali,* in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Commerciale,* Aggiornamento, vol. V, 2009, p. 474 ss.; A. TROJSI , *Il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia di impiego pubblico regionale,* cit. V. inoltre, A. ZILLI, *Il lavoro pubblico locale tra Stato e Regioni,* in *Quaderni Regionali,* 2008, p. 1012.

(6) Corte cost. n. 2/2004.

(7) Corte cost. n. 233/2006.

(8) A. BELLAVISTA, *Federalismo e lavoro pubblico regionale,* in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani,* Padova, Ce-

lità di esercitare quest'ultima soltanto sugli aspetti del rapporto di lavoro esclusi, ad opera del legislatore statale, dalla privatizzazione e perciò rientranti nell'ordinamento ed organizzazione amministrativa della Regione.

Per quanto concerne la potestà legislativa delle Regioni, la principale differenza, rispetto all'assetto precedente al 2001, riguarda, dunque, il fatto che, per gli aspetti "pubblicistico-organizzativi" del rapporto di lavoro regionale, la riforma costituzionale del 2001 ha determinato una maggiore estensione di tale potestà, oggi appunto "residuale" ai sensi del comma 4 del 117 e non più concorrente con lo Stato, di modo che le Regioni non sono più obbligate all'osservanza dei "principi fondamentali" stabiliti dalle leggi dello Stato, né del limite dell'interesse nazionale e di quello di altre Regioni, come secondo il previgente art. 117 Cost.. Il rafforzamento di tale potestà regionale non è di poco conto: basti pensare che la competenza a dettare i "principi fondamentali" di organizzazione (e funzionamento) della Regione, appunto precedentemente attribuita dal vecchio art. 117 Cost. al legislatore statale, è ora oggetto di riserva espressa, ad opera del nuovo testo dell'art. 123, co. 1, Cost., in favore dello statuto regionale.

La predetta potestà legislativa della Regione, pur essendo "piena", non va, però, considerata "assoluta", dovendosi ritenere sottoposta ad alcuni limiti ([9]). In primo luogo, ovviamente all'obbligo di rispetto della Costituzione – e in particolare delle

dam, 2005, I, sp. p. 8 ss.; F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro,* in questa *Rivista,* 2003, p. 243; F. LISO, *Articolo 117 e lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni,* in *www.astrid-online.it,* 2002; F. SCARPELLI, *Federalismo e diritto del lavoro,* in *Quaderni di Rassegna Sindacale,* 2003, n. 1, pp. 31-33; T. TREU E ALTRI, *Diritto del lavoro e federalismo,* in V. CERULLI IRELLI, C. PINELLI (a cura di), *Verso il federalismo,* Bologna, il Mulino, 2004, p. 199 ss.; L. ZOPPOLI, *La riforma del titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i "pezzi" di un difficile* puzzle*?,* in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni,* 2002, suppl. al n. 1, sp. p. 156 ss.; L. ZOPPOLI, *Applicabilità della riforma del lavoro pubblico alle Regioni e riforma costituzionale,* in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni,* Torino, Utet, 2004, I, p. 54.

(9) E. MASTINU, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni regionali nel Titolo V della Costituzione,* in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale,* 2007, I, sp. p. 376 ss.

disposizioni di questa in materia di impiego pubblico: gli artt. 28, 51, 54, ma soprattutto 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 ([10]) – nonché dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali (cui sono assoggettate tutte le potestà legislative: art. 117, co. 1, Cost.).

La potestà regionale è vincolata, poi, al rispetto dei "principi generali di organizzazione pubblica", dettati dal legislatore statale nell'esercizio della sua funzione di garanzia dell'unitarietà dell'ordinamento, valevoli per tutte le amministrazioni per la loro qualità appunto di "principi generali dell'ordinamento". Questo ruolo unificante del legislatore statale, pur nell'accentuarsi del peso delle autonomie (regionali e locali), trova fondamento nello stesso principio di unità e di indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.) ([11]). Esso si traduce nella necessità di assicurare linee fondamentali d'indirizzo comuni dell'organizzazione amministrativa, strumentali al perseguimento dell'obiettivo ultimo della realizzazione di un esercizio unitario della funzione pubblica in tutto il territorio nazionale. 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 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.

La suddetta potestà regionale "residuale" è, infine, soggetta ai limiti derivanti dalla intersezione con aspetti riconducibili a materie di competenza legislativa esclusiva statale o concorrente Stato-Regione (di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 117 Cost.).

A tale ultimo proposito, occorre sottolineare che gli intrecci più frequenti sono con la materia dell'"armonizzazione dei bi-

(10) V., da ultime, Corte cost. 14 luglio 2009, n. 215; 30 luglio 2009, n. 252; e 13 novembre 2009, n. 293.

(11) In questo senso, v. anche Corte cost. 15 dicembre 2004, n. 388; nonché Corte cost. n. 252/2009.

lanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica", di cui all'art. 117, co. 3, Cost. Nell'esercizio di questa competenza, il legislatore statale è legittimato a fissare "principi fondamentali volti al contenimento della spesa corrente" anche delle Regioni, con l'obiettivo "di contenere entro limiti prefissati una delle più frequenti e rilevanti cause del disavanzo pubblico, costituita dalla spesa complessiva per il personale", in quanto esso "ha rilevanza strategica ai fini dell'attuazione del patto di stabilità interno" ([12]).

Occorre, infine, sottolineare che la riforma costituzionale del 2001 ha prodotto un allineamento tra Regioni a statuto ordinario e Regioni a statuto speciale (e Province autonome di Trento e di Bolzano), quanto all'estensione della potestà legislativa in materia di impiego pubblico ([13]).

Prima della entrata in vigore della l.cost. n. 3/2001, infatti, le Regioni ad autonomia speciale (e le Province di Trento e di Bolzano) godevano di un più ampio ambito di competenza legislativa, rispetto a quelle a statuto ordinario, essendo dotate, dai rispettivi statuti (che, com'è noto, hanno forza giuridica di leggi costituzionali), di potestà legislativa "primaria" o "piena" nella materia dell'"ordinamento degli Uffici e degli Enti dipendenti dalla Regione e stato giuridico ed economico del personale" ([14]). A differenza delle Regioni a statuto ordinario, dunque,

---

(12) Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 4, in *Diritto del Lavoro*, 2005, II, p. 3, con nota di D. BOLOGNINO, *La collocazione del "lavoro pubblico" tra Stato e Regioni nel nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione*; 17 dicembre 2004, n. 390, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2005, II, p. 787, con nota di S. CALIANDRO, *Il blocco delle assunzioni tra coordinamento della finanza pubblica e autonomia degli enti territoriali*; 14 novembre 2005, n. 417, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2005, II, p. 1102, con nota di G. MARAZZITA, *Il difficile equilibrio tra l'autonomia di spesa delle Regioni e il potere statale di "coordinamento"*; 15 dicembre 2005, n. 449; 10 marzo 2006, n. 88; n. 95/2007; 17 maggio 2007, n. 169; 5 dicembre 2007, n. 412; 24 aprile 2008, n. 120; 20 maggio 2008, n. 159.

(13) Sul punto, sia consentito rinviare, più specificamente, ad A. TROJSI, *Il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia di impiego pubblico regionale*, cit., par. 8.

(14) Art. 14, co. 1, lett. p) e q), statuto della Sicilia; art. 3, co. 1, lett. a), statuto della Sardegna; art. 2, co. 1, lett. a), statuto della Valle d'Aosta; art. 4, co. 1, n. 1, e art. 11, co. 1, n. 1, statuto del Trentino-Alto Adige; art. 4, co. 1, n. 1, statuto del Friuli-Venezia Giulia.

quelle ad autonomia speciale non sono mai state soggette al limite del rispetto dei principi fondamentali di legislazione statale, ma a quelli – meno pervasivi, previsti dagli stessi statuti – del rispetto dei "principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica" e delle "norme fondamentali delle riforme economico sociali della Repubblica" (oltre che degli "obblighi internazionali" e degli "interessi nazionali", come le Regioni ordinarie; nonché dell'"armonia con la Costituzione").

La successiva parificazione tra Regioni a statuto speciale e Regioni a statuto ordinario costituisce, invece, come puntualizzato dalla Corte costituzionale ([15]), effetto, al tempo stesso, della privatizzazione del pubblico impiego e del nuovo assetto di competenze delineato dalla novella costituzionale del 2001. Il legislatore statale è, infatti, legittimato, dal nuovo articolo 117 Cost., ad effettuare la ripartizione tra profili "privatizzati" e profili "non privatizzati" del rapporto di lavoro pubblico per tutte le pubbliche amministrazioni, e dunque anche per le Regioni a statuto speciale (oltre che per quelle ordinarie), costituendo pur sempre questo esercizio della propria potestà esclusiva in materia di "ordinamento civile". Ciò, in quanto "le norme e i principi fissati dalla legge statale in materia, nell'intero settore del pubblico impiego, costituiscono tipici 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 e, come tali, si impongono anche alle Regioni a statuto speciale". Di conseguenza, la legge statale, in tutti i casi in cui interviene a ricondurre al diritto privato gli istituti del rapporto di impiego, "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", tanto delle Regioni a statuto ordinario, quanto di quelle a statuto speciale.

Per gli aspetti "pubblicistico-organizzativi" del rapporto di lavoro vi è, inoltre, un rafforzamento della potestà legislativa

(15) In particolare, Corte cost. n. 95/2007 e n. 189/2007.

anche delle Regioni a statuto speciale (e delle Province autonome), in quanto esse non sono più tenute a rispettare le "norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica", in base all'art. 10 della l.cost. n. 3/2001, secondo cui le particolari "forme di autonomia" emergenti dal nuovo art. 117 Cost. in favore delle Regioni ordinarie si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle Province autonome, se "più ampie" rispetto a quelle già attribuite dai rispettivi statuti ([16]); ma, al tempo stesso, tale potestà legislativa è soggetta ai medesimi limiti prima individuati per le Regioni a statuto ordinario ([17]).

2.1. *Il potere del legislatore statale di determinazione dei confini della "privatizzazione" del lavoro pubblico e, per tale via, degli ambiti della potestà legislativa regionale*

Dall'assetto di competenze così ricostruito si deducono la peculiarità e l'importanza del ruolo riservato in materia al legislatore statale, per effetto della riforma costituzionale del 2001: il compito, cioè, di fissare l'ambito dell'area privatizzata del rapporto di lavoro pubblico – essendo questo parte del potere di definizione dell'"ordinamento civile" – e di conseguenza, per sottrazione, quello dell'area non privatizzata e mantenuta in regime pubblicistico.

Per tale via, al legislatore statale è stato, in particolare, conferito un potere molto rilevante in relazione all'impiego regionale: vale a dire, quello di determinare l'estensione dello spazio della potestà legislativa regionale in materia – in quanto esso si

(16) Corte cost. n. 274/2003 e n. 95/2008.

(17) In particolare, la giurisprudenza costituzionale (citata nelle note precedenti, sp. in nota 12) si è soffermata sull'obbligo di rispetto dei principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica, precisando che essi "devono ritenersi applicabili anche alle autonomie speciali, in considerazione dell'obbligo generale di partecipazione di tutte le Regioni, ivi comprese quelle a statuto speciale, all'azione di risanamento della finanza pubblica", nonché del fatto che gli statuti speciali "non attribuiscono agli enti ad autonomia speciale competenze legislative che possano essere lese da principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica attinenti alla spesa".

riduce o aumenta automaticamente ed in misura inversamente proporzionale all'ampliamento o alla restrizione della sfera privatizzata del rapporto di lavoro – e dunque, per tale via, di stabilire i rapporti di forza con le Regioni.

Questo potere del legislatore statale costituisce in realtà, com'è stato puntualizzato anche dalla Corte costituzionale ([18]), nient'altro che una manifestazione, in un certo senso più matura, del tradizionale, e generale, "limite del diritto privato" alla potestà legislativa regionale, fino al 2001 enucleato in via interpretativa dalla giurisprudenza costituzionale e che ha trovato, poi, una legittimazione costituzionale espressa nel riconoscimento, appunto ad opera dell'art. 117, co. 2, lett. l), Cost., in capo allo Stato, della potestà legislativa esclusiva di individuazione dei confini dell'ordinamento civile.

Ecco perché l'impressione che apparentemente si trae – il fatto, cioè, che si tratti di un potere prima (della riforma costituzionale del 2001) non posseduto dal legislatore statale, che dunque avrebbe "paradossalmente" aumentato la propria sfera di potestà, e che le Regioni di conseguenza abbiano perduto, o quanto meno non guadagnato, spazio – è effetto semplicemente della "privatizzazione" del pubblico impiego, realizzata dalle grandi riforme legislative della materia a partire dagli anni '90, mentre in precedenza il pubblico impiego era collocato nel diritto pubblico-amministrativo (e non nel diritto privato), e dunque rimesso alla potestà regionale (pur se concorrente con lo Stato) in materia ordinamentale.

Soltanto il legislatore statale sarebbe, dunque, oggi legitti-

(18) Corte cost. n. 95/2007 e n. 189/2007: secondo cui, come effetto della privatizzazione, 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 tipici 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".

mato, in ipotesi, a riportare nuovamente, in tutto o in parte, il pubblico impiego nel diritto pubblico, restringendo – fino, al limite, ad eliminare – l'area del rapporto ricondotta al diritto civile, in quanto appunto privatizzata.

Le Regioni non solo non possono, pertanto, disciplinare i profili privatizzati del rapporto, ma neppure mutarne il regime giuridico riportandoli nel diritto pubblico, né tantomeno cambiare, in senso pubblicistico, la natura degli atti di gestione del rapporto di lavoro relativi a tali profili, essendo appunto questa necessariamente privatistica come conseguenza della riconduzione del profilo all'interno della sfera del "diritto privato".

Come pure, nell'ambito del potere del legislatore statale di determinazione della parte della disciplina del pubblico impiego da privatizzare e di quella da mantenere in regime pubblicistico, a questo spetta la scelta se fissare identici confini tra area privatizzata e area non privatizzata del rapporto, per tutti i tipi e le articolazioni dell'impiego pubblico, o, viceversa, predisporre regimi differenziati per l'impiego statale e per quello regionale o locale.

3. *I profili del rapporto di pubblico impiego "privatizzati", quelli "contrattualizzati" e quelli "pubblicistici": confronto tra la disciplina del d.lgs. n. 165/2001 precedente alle modifiche del 2009,…*

Al fine di individuare gli spazi rispettivi, assegnati allo Stato e alla Regione, per la disciplina del rapporto di lavoro pubblico regionale, occorre, dunque, verificare quali siano i profili di questo in concreto "privatizzati" (ed, eventualmente, anche "contrattualizzati") dal legislatore statale e quelli invece dallo stesso mantenuti in regime pubblicistico.

Al riguardo – cominciando dall'analisi dei contenuti di tale legislazione, nella versione precedente alle modifiche del 2009 – risulta decisamente ampio l'ambito della privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico.

Il legislatore statale ha, infatti, ricondotto al diritto privato –

e alla competenza della contrattazione collettiva – 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. n. 165/2001; v. anche art. 11, co. 4, lett. a), l. n. 59/1997), tranne le famose "sette materie" elencate nell'art. 2, co. 1, lett. c), della legge delega n. 421/1992, vale a dire:

1) le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative;

2) gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi;

3) i principi fondamentali di organizzazione degli uffici;

4) i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro;

5) i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva;

6) la garanzia della libertà d'insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca;

7) 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 ([19]).

Queste sette materie sono state espressamente sottratte dal legislatore alla disciplina delle leggi sul lavoro privato e delle

(19) Una conferma del fatto che siano proprio questi i confini della sfera pubblicistica del lavoro pubblico si trae, del resto, dalle sentenze della Corte costituzionale, in cui essa ha ricondotto di volta in volta all'"ordinamento e organizzazione amministrativa" della pubblica amministrazione (soltanto) istituti del rapporto di lavoro pubblico ricompresi appunto nell'elenco delle sette materie della l. n. 421/1992, e cioè, in particolare: l'"accesso" al pubblico impiego e i "concorsi" (inclusi quelli per le progressioni di carriera), essendo la relativa disciplina, "per i suoi contenuti marcatamente pubblicistici e la sua intima correlazione con l'attuazione dei principi sanciti dagli artt. 51 e 97 Cost., sottratta all'incidenza della privatizzazione del lavoro presso le pubbliche amministrazioni, che si riferisce alla disciplina del rapporto già instaurato" (Corte cost. 14 dicembre 2004, n. 380; 24 gennaio 2005, n. 26; e 11 aprile 2008, n. 95, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2008, II, p. 758, con nota di R. SALOMONE, *Primo profilo di incostituzionalità delle regole per la stabilizzazione dei lavoratori pubblici: violato l'articolo 117 Cost.*); le "dotazioni organiche" (Corte cost. 27 gennaio 2005, n. 37); le "incompatibilità" (Corte cost. 12 aprile 2005, n. 147; 23 febbraio 2007, n. 50); la "responsabilità amministrativa" dei dipendenti (Corte cost. 15 novembre 2004, n. 345).

fonti contrattuali, e mantenute nel diritto pubblico, stabilendo che esse siano regolate per legge ovvero, sulla base della legge o nell'ambito dei principi da essa posti, esclusivamente con atti normativi o amministrativi.

Il legislatore ha, inoltre, scelto di stabilire i medesimi confini dell'area privatizzata per tutti i settori del pubblico impiego. Questa soluzione è in effetti preferibile, in quanto garantisce una certa uniformità delle linee fondamentali del regime del lavoro pubblico in Italia, esercitando, in tal modo, la legge statale una funzione di unificazione e di coordinamento dell'ordinamento, pur nell'accentuarsi del ruolo delle autonomie regionali e locali, mediante la fissazione di indirizzi di fondo comuni vincolanti appunto per tutte le amministrazioni, statali e non: potendosi altrimenti ottenere il paventato effetto di un regime giuridico del pubblico impiego disomogeneo, tra dipendenti statali e dipendenti di ognuna delle Regioni, con pericolose disparità di trattamento all'interno del personale pubblico e con l'incomunicabilità dei vari bacini d'impiego.

Da tale distribuzione di profili consegue, in base al nuovo riparto costituzionale di competenze legislative prima delineato, che le Regioni, sia quelle a statuto ordinario sia quelle a statuto speciale ([20]), possono esercitare la loro potestà legislativa – appunto residuale, in materia di "ordinamento e organizzazione amministrativa" – solo per i menzionati sette aspetti del rapporto di lavoro pubblico sottratti dal legislatore statale alla "privatizzazione", elencati dalla l. n. 421/1992.

Per tali materie, pertanto, la disciplina contenuta nel d.lgs. n.

(20) G. LOY, *Le competenze delle Regioni a Statuto speciale in materia di lavoro alla luce della modifica del Titolo V della Costituzione italiana*, in A. DI STASI (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 36. In base agli spazi di competenza legislativa delle Regioni a statuto speciale, appunto individuati dalla giurisprudenza costituzionale, deve ritenersi dubbia la legittimità della disciplina, anche da parte di dette Regioni, di aspetti "privatizzati" del rapporto di lavoro pubblico, con la predisposizione di regole difformi rispetto a quelle corrispondenti poste dal legislatore statale: come, ad esempio, quella contenuta nella l.r. Valle d'Aosta 2 febbraio 2009, n. 5 ("Disposizioni urgenti in materia di pubblico impiego regionale"), in materia di assenze per malattia e collocamento a riposo dei dipendenti regionali, attualmente all'esame della Corte costituzionale in seguito all'impugnativa effettuata dal Governo.

165/2001 non vincola le Regioni, neppure limitatamente ai principi fondamentali – in quanto su questi la potestà regionale è piena, e non più concorrente – ma deve ritenersi riferita esclusivamente all'impiego statale, essendo riconducibile alla potestà legislativa dello Stato in materia di "ordinamento ed organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali" (art. 117, co. 2, lett. g), Cost.). Limitatamente a tali aspetti, dunque, permane per le Regioni solo l'obbligo di osservanza dei relativi "principi generali di organizzazione pubblica" dettati dal legislatore statale, in quanto appunto vincolanti per tutte le amministrazioni.

Viceversa, deve ritenersi applicabile anche al pubblico impiego regionale la disciplina degli altri profili del rapporto di lavoro pubblico, dettata in via generale dallo stesso d.lgs. n. 165/2001 per tutte le amministrazioni pubbliche, in quanto appunto oggetto di "privatizzazione" e dunque rientrante nell'"ordinamento civile" di competenza esclusiva statale.

Di conseguenza, continua a doversi riferire anche alle Regioni, tanto a statuto ordinario quanto a statuto speciale, l'assetto delle fonti delineato dal legislatore statale per l'area privatizzata del rapporto di lavoro pubblico, con la contrattazione collettiva e quella individuale accanto alla fonte legislativa, e dunque la disciplina del sistema di relazioni sindacali e della contrattazione collettiva, distinta nei livelli nazionale e integrativo, contenuta nel d.lgs. n. 165/2001.

La predisposizione di tale sistema contrattuale, da parte del legislatore statale, deve, infatti, considerarsi effettuata nell'esercizio della propria competenza esclusiva in materia di "ordinamento civile": nell'ambito della quale questi ben può legittimamente operare la scelta di attribuire ad un'altra fonte, in questo caso di origine contrattuale, il compito di disciplinare, in tutto o in parte, gli aspetti del rapporto di lavoro oggetto di privatizzazione, invece di riservare a sé completamente tale disciplina, al contempo regolando livelli, soggetti, procedure e limiti ai contenuti della contrattazione collettiva ([21]).

(21) Ciò risulta confermato pure dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui, in

Ciò, tanto più che il legislatore statale ha sempre optato, fino alla riforma del 2009, per la sostanziale coincidenza tra i profili del rapporto di lavoro pubblico ricondotti al diritto civile e gli ambiti di questo oggetto di contrattazione collettiva (art. 2, co. 3, e art. 40, co. 1, d.lgs. n. 165/2001), con un parallelismo tra "privatizzazione" e "contrattualizzazione" ([22]).

Dalle considerazioni esposte discende, dunque, la compatibilità del preesistente sistema di contrattazione collettiva con il nuovo quadro costituzionale, rivelandosi un falso problema quello, prospettato all'indomani della riforma costituzionale del 2001, relativo appunto alla persistente validità del sistema contrattuale delineato dalla legislazione ordinaria, con la centralità del livello nazionale di comparto della contrattazione collettiva ([23]).

Diverso è il discorso relativo alla opportunità di distinguere gli ambiti di contrattazione collettiva per il personale delle Regioni e per quello delle Autonomie locali – sempre, invece, ri-

---

particolare, 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: cfr. Corte cost. n. 189/2007; nonché Corte cost. n. 2/2004 e n. 95/2007.

Va, comunque, precisato che, pur non essendo le Regioni, in linea generale, competenti a disciplinare gli elementi della contrattazione collettiva (soggetti, contenuti, ecc.), in quanto appunto riservati alla competenza statale in materia di "ordinamento civile", da tale ambito devono ritenersi esclusi due aspetti di questa: da una parte, i profili finanziari della contrattazione, rientranti nella materia del "coordinamento della finanza pubblica", di competenza concorrente Stato-Regione (art. 117, co. 3, Cost.) (Corte cost. n. 4/2004; 22 luglio 2004, n. 260; e n. 169/2007); e, dall'altra parte, le "procedure" e le "modalità" della contrattazione di livello integrativo, ritenute riservate all'autonomia degli enti (Regioni) direttamente interessati (Corte cost. n. 2/2004).

(22) A. TROJSI, *Il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia di impiego pubblico regionale*, cit., par. 5.

(23) L. BORDOGNA, *Verso un maggiore decentramento della struttura contrattuale nel settore pubblico? Un confronto pubblico-privato*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 2002, n. 4, p. 83; M. GENTILE, *Dopo il nuovo Titolo V della Costituzione. La contrattazione nel comparto Regioni e Autonomie locali*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 2003, n. 3, p. 227; M. RICCIARDI, *La contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni. Luci, ombre e pregiudizi*, in *Lavoro e Diritto*, 2004, p. 651 ss.; L. ZOPPOLI, *La ricerca di un nuovo equilibrio tra contrattazione nazionale e contrattazione integrativa. Il comparto Regioni/Autonomie locali*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 2002, n. 4, p. 99.

compresi in un unico comparto – in considerazione della trasformazione delle funzioni e della accentuazione delle differenze tra i due tipi di Enti, anche con riguardo alla specificità delle esigenze di disciplina del personale, soprattutto in seguito all'entrata in vigore della riforma costituzionale del 2001. Nonché quello relativo alle istanze di maggiore coinvolgimento delle Regioni nel processo di stipulazione del contratto collettivo nazionale di comparto, rispetto al tradizionale accentramento della legittimazione a contrattare in capo all'Aran, come rappresentante di tutte le amministrazioni, anche di quelle regionali, che hanno possibilità di esprimersi sostanzialmente soltanto attraverso il Comitato di settore ([24]).

Con riguardo, infine, alla dirigenza regionale, occorre sottolineare che, secondo la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 165/2001 – come significativamente modificato, in questa parte, dalla l. n. 145/2002 – per questa è più esteso l'ambito di competenza legislativa residuale delle Regioni, essendo più numerosi (e rilevanti) i profili del rapporto di lavoro dirigenziale riconducibili all'"ordinamento e organizzazione amministrativa" ([25]), e cioè: oltre al *reclutamento* e ai sistemi di *accesso ai ruoli* della dirigenza, alle *dotazioni organiche* e alle *incompati-*

(24) M. CARRIERI, V. NASTASI (a cura di), *Spazio e ruolo delle Autonomie nella riforma della contrattazione pubblica,* Bologna, il Mulino, 2009.

(25) M. RUSCIANO, *La dirigenza degli enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione,* in *www.aislo.it,* 2004; M. RUSCIANO, *Riforma federalista e dirigenza regionale: il caso della Campania,* in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore,* Milano, Giuffrè, 2005, p. 685; A. TROJSI, *Potestà legislativa e dirigenza regionale,* in *Argomenti di Diritto del Lavoro,* 2007, I, p. 57; A. TROJSI, *La dirigenza regionale: assetto delle competenze legislative e principio di distinzione tra politica e amministrazione,* in A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Il governo delle Regioni tra politica e amministrazione,* Torino, Giappichelli, 2007, p. 101; A. TROJSI, *Dirigenza regionale e dirigenza locale: il riparto di potestà normativa,* in *Le Regioni,* 2008, p. 335 ss.; A. TROJSI, *Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti regionali e locali,* in *Diritto delle Relazioni Industriali,* 2008, p. 708. Da ultimo, A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico,* Relazione al XVI Congresso nazionale di Diritto del lavoro A.I.D.La.S.S. su "In ricordo di Massimo D'Antona, dieci anni dopo. La figura del datore di lavoro – Articolazione e trasformazioni" (Catania, 21-23 maggio 2009), in *www.aidlass.org/attivita/convegni.htm,* 2009, p. 14 ss. Non a caso, a conferma della valenza fondamentalmente "pubblicistico-organizzativa" del rapporto di lavoro dirigenziale, nella normativa statale la disciplina della "Dirigenza" è collocata all'interno della parte dedicata alla "Organizzazione" (Titolo II, Capo II, d.lgs. n. 165/2001).

bilità, in particolare la disciplina del conferimento e della revoca degli *incarichi dirigenziali* ([26]), nonché quella della *responsabilità dirigenziale* e delle relative *misure sanzionatorie* ([27]). Di conseguenza, si presentano più ridotti, rispetto al personale non dirigente, i profili del rapporto riconducibili alla potestà legislativa dello Stato in materia di "ordinamento civile", in quanto "privatizzati" e "contrattualizzati" dal legislatore statale: in sostanza, le ricadute della disciplina dell'incarico e della responsabilità dirigenziale sul sottostante rapporto di lavoro di diritto privato, ovvero gli effetti del regime dell'incarico sul contratto di lavoro ([28]); nonché, naturalmente, il *trattamento economico* dei dirigenti, rimesso alla competenza della contrattazione collettiva (nazionale e integrativa) per le aree dirigenziali e della contrattazione individuale (art. 24, d.lgs. n. 165/2001).

Da qui discende la applicabilità alla dirigenza regionale della disciplina statale – contenuta, appunto, nel d.lgs. n. 165/2001 – solo di questi circoscritti aspetti "privatizzati" del rapporto, dovendosi ritenere viceversa, per tutti i rimanenti profili (in quanto non "privatizzati"), inapplicabile alle Regioni la regolamentazione del d.lgs. n. 165/2001 ([29]), che vincola, pertanto, esclusivamente la dirigenza dello Stato.

4. *Continua. …la disciplina della l. n. 15/2009…*

Passando, quindi, ad analizzare le innovazioni apportate a tale assetto dalla legislazione del 2009, più di ogni cosa risulta determinante la ridefinizione della distribuzione tra profili del rapporto di lavoro "privatizzati" e profili "non privatizzati", che

(26) Corte cost. 5 maggio 2006, n. 181; n. 233/2006; 19 dicembre 2006, n. 422; 13 novembre 2009, n. 295.
(27) Corte cost. 27 gennaio 2005, n. 36.
(28) Corte cost. n. 233/2006.
(29) Così Corte cost. n. 233/2006; 23 marzo 2007, n. 104, in *Le Regioni*, 2007, p. 835, con note di F. MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione (commento alle sentenze n. 103 e 104 del 2007)*, e di S. DE GÖTZEN, *Il bilanciamento tra spoil system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale*; n. 412/2007.

costituisce inevitabilmente uno dei punti nodali della riforma, data la applicabilità anche all'impiego regionale esclusivamente della disciplina dei primi, nonché dei soli "principi generali" relativi ai secondi.

Al riguardo, rileva, dunque, in particolar modo l'attuazione della delega legislativa a "precisare, ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 165/2001, gli ambiti della disciplina del rapporto di lavoro pubblico riservati rispettivamente alla contrattazione collettiva e alla legge, fermo restando che è riservata alla contrattazione collettiva la determinazione dei diritti e delle obbligazioni direttamente pertinenti al rapporto di lavoro" (art. 3, co. 2, lett. a), l. n. 15/2009), nonché a "prevedere meccanismi di monitoraggio sull'effettività e congruenza della ripartizione delle materie attribuite alla regolazione della legge o dei contratti collettivi" (art. 3, co. 2, lett. c), l. n. 15/2009). L'esercizio di tale delega è finalizzato all'obiettivo di "assicurare il rispetto della ripartizione tra le materie sottoposte alla legge, nonché sulla base di questa, ad atti organizzativi e all'autonoma determinazione dei dirigenti, e quelle sottoposte alla contrattazione collettiva" (art. 3, co. 1, l. n. 15/2009).

In realtà, tale delega, per com'è formulata, si presenta inadeguata a fornire una risposta inequivocabile alla questione del riparto tra profili privatistici e profili pubblicistici del rapporto.

Mentre, infatti, la "contrattualizzazione" di un istituto – la sottoposizione, cioè, dello stesso, in tutto o in parte, alla disciplina di fonti contrattuali (contratto collettivo e/o contratto individuale) – ne comporta automaticamente la riconduzione al diritto civile, essendo questo appunto demandato a fonti privatistiche ([30]), non vale il contrario, non potendosi affermare la medesima consequenzialità per l'ipotesi inversa, appunto quella della "rilegificazione" di un profilo. Ciò, in quanto la riserva della disciplina di un aspetto del rapporto di lavoro pubblico alla fonte legislativa – nonché ad atti unilaterali dell'amministrazione, organizzativi e dirigenziali – esprime, di per sé,

(30) Sul punto, v. la recentissima Cass., sez. un., 14 ottobre 2009, n. 21744, in *Bollettino Adapt*, 23 novembre 2009, n. 35, in *www.adapt.it/acm-on-line/Home/BollettinoAdapt/Ordinario.html*.

semplicemente la volontà di sottrazione dello stesso a fonti autonome di origine consensuale, quali in particolare il contratto collettivo, e non necessariamente implica la "ripubblicizzazione" del profilo, che può rimanere privatizzato, benché disciplinato esclusivamente da fonti eteronome e da atti unilaterali, ma entrambi pur sempre di diritto privato ([31]).

Ai fini indicati – della individuazione, cioè, degli aspetti del rapporto di lavoro pubblico privatizzati e di quelli non privatizzati, e dunque del riparto di competenza legislativa tra Stato e Regione in materia di lavoro regionale – assume, quindi, un valore decisivo piuttosto l'attuazione di un'altra disposizione di delega, quella enunciata dall'art. 2, co. 4, della l. n. 15/2009. Esso stabilisce, infatti, che i decreti legislativi individuino "le disposizioni rientranti nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, co. 2, Cost., e quelle contenenti principi generali dell'ordinamento giuridico, ai quali devono adeguarsi le Regioni (e gli Enti locali) negli ambiti di rispettiva competenza".

Non essendo stati, però, formulati criteri direttivi specifici o più precisi al riguardo ([32]), la scelta relativa a questo punto fondamentale è stata sostanzialmente rimessa dalla l. n. 15/2009 alla discrezionalità del legislatore delegato, cui è stato dunque conferito appieno il potere di indicare, per ciascuno dei profili del rapporto di lavoro pubblico oggetto di riserva legislativa e dunque inibito alla competenza del contratto collettivo, se la relativa disciplina debba intendersi di diritto privato ovvero di diritto pubblico.

---

(31) V. TALAMO, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico,* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 90/2009, in *www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca,* 2009, p. 13; L. ZOPPOLI, *Riforma della contrattazione collettiva o rilegificazione del lavoro pubblico?,* in *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione,* 2009, n. 4-5, p. 87.

(32) E. GRAGNOLI, *Contrattazione collettiva, relazioni sindacali e riforma dell'Aran,* in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni,* 2008, I, p. 1010.

5. *Continua. …e (soprattutto) quella introdotta dal d.lgs. n. 150/2009*

Concentrandosi, dunque, sulla attuazione della delega di cui all'art. 2, co. 4, della l. n. 15/2009, va osservato, in primo luogo, che questa è stata realizzata nella parte finale del d.lgs. n. 150/2009, mediante l'art. 74: che, nonostante sia l'ultimo articolo del decreto, assume, pertanto, un'insospettabile centralità al fine di sciogliere il nodo della distinzione tra profili privatizzati e profili non privatizzati del rapporto di lavoro pubblico, e quindi del riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni, per l'impiego regionale.

In esso il legislatore ha elencato, da una parte, le disposizioni del decreto emanate nell'esercizio della potestà legislativa esclusiva statale in materia di "ordinamento civile" e di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni" ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. l) ed m), Cost. (co. 1); e dall'altra parte, quelle recanti norme di diretta attuazione dell'art. 97 Cost. e costituenti "principi generali dell'ordinamento", col conseguente obbligo di adeguamento per le Regioni (e per gli Enti locali), negli ambiti di rispettiva competenza (co. 2: riprodotto – a causa di un difetto di coordinamento del testo – anche negli artt. 16, co. 2, e 31, co. 1), concernendo evidentemente profili del rapporto non privatizzati, ovvero pubblicistico-organizzativi. Ciò, in quanto il fatto stesso che il legislatore abbia ritenuto necessario indicare, per questo secondo gruppo di istituti, l'esistenza di principi generali dell'ordinamento e specificarne la vincolatività anche per le Regioni, conferma implicitamente che, per il resto, le Regioni non sono obbligate ad osservare la disciplina statale dei medesimi istituti, e dunque la natura pubblicistica di questi (non essendoci altrimenti – nel caso contrario, di materie privatizzate – bisogno di tale puntualizzazione circa l'applicazione dei principi, poiché le Regioni sarebbero obbligate ad osservare persino le norme di dettaglio).

E così, viene dal legislatore espressamente qualificata come "privatizzata", in quanto ricondotta all'"ordinamento civile", la disciplina dei seguenti aspetti:

- le fonti di regolamentazione del rapporto – legislazione sul lavoro subordinato nell'impresa, contratto collettivo e contratto individuale – individuate dall'art. 2, co. 2 e 3, del d.lgs. n. 165/2001 (art. 33);
- le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, inclusi i poteri dirigenziali di gestione delle risorse umane (art. 34);
- il documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale (art. 35);
- la partecipazione sindacale, rimessa ai contratti collettivi nazionali (art. 36);
- soggetti, livelli, procedimenti, contenuti, limiti, ecc. della contrattazione collettiva nazionale e integrativa (artt. 54, 64, 65 e 66);
- l'interpretazione autentica dei contratti collettivi (art. 61);
- il trattamento economico (art. 57);
- l'inquadramento e il mutamento di mansioni (art. 62, co. 1);
- le sanzioni disciplinari e la responsabilità dei dipendenti pubblici, compresi il procedimento disciplinare, i controlli sulle assenze per malattia, la risoluzione per permanente inidoneità psico-fisica al servizio e l'identificazione del personale a contatto con il pubblico (artt. 68, 69 ([33]) e 73, co. 1 e 3);
- nonché l'inderogabilità dalla contrattazione collettiva e l'automatico inserimento nei contratti collettivi delle disposizioni del Titolo III del decreto, in materia di "merito e premi" (art. 29).

Altri aspetti del rapporto "privatizzati" si ricavano, poi,

(33) Con riguardo all'art. 69 del d.lgs. n. 150/2009 – che ha inserito l'art. 55 *novies* nel d.lgs. n. 165/2001 – si segnala che esso ha introdotto una peculiarità della disciplina per l'impiego pubblico regionale, disponendo, in questo caso, la necessità di previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, ai fini dell'emanazione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, o del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, col quale vengono determinate, in relazione ai compiti attribuiti, le categorie di personale escluso dall'obbligo di rendere conoscibile il proprio nominativo mediante l'uso di cartellini identificativi o di targhe da apporre presso la postazione di lavoro, nello svolgimento di attività a contatto con il pubblico (co. 2).

dall'art. 40, co. 1, del d.lgs. n. 165/2001, come novellato dall'art. 54, co. 1, del d.lgs. n. 150/2009 (che è, appunto, tra le disposizioni richiamate dall'art. 74, co. 1), essendo questi riservati dalla norma alla competenza della contrattazione collettiva. Essi sono:

- i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro;
- le materie relative alle relazioni sindacali; le sanzioni disciplinari;
- la valutazione delle prestazioni, anche ai fini della corresponsione del trattamento accessorio;
- la mobilità;
- le progressioni economiche.

A questi si aggiungono le norme recanti, evidentemente, livelli essenziali delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m), Cost., e cioè:

- quelle che enunciano il principio della c.d. "trasparenza della *performance*", che deve essere garantita da ogni amministrazione in misura massima in ogni fase del ciclo di gestione della *performance* ([34]) (art. 11, co. 1 e 3; v. pure l'art. 16, co. 1, che ripete – probabilmente anche in questo caso per un difetto di coordinamento del testo – che negli ordinamenti delle Regioni, anche per quanto concerne i propri enti e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, e degli Enti locali trovano diretta applicazione le disposizioni dell'articolo 11, commi 1 e 3);
- quelle in materia di qualità dei servizi pubblici e di tutela degli utenti (art. 28) ([35]);

(34) La trasparenza è intesa come 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, e 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.

(35) L'art. 28, che sostituisce il comma 2 dell'art. 11 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, reca una disciplina apposita per le Regioni. Esso stabilisce che, per quanto riguarda i servizi erogati direttamente o indirettamente dalle Regioni (e dagli Enti locali), alla individuazione delle modalità di definizione, adozione e pubblicizzazione de-

- ed infine, la disciplina transitoria relativa alla prima costituzione della Commissione nazionale per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, di cui all'art. 13, e degli Organismi indipendenti di valutazione della *performance*, di cui all'art. 14 (art. 30).

Senza dubbio, dunque, tutte queste disposizioni appena enumerate si applicano anche alle Regioni, essendo appunto emanate nell'esercizio della potestà legislativa esclusiva dello Stato.

I profili pubblicistico-organizzativi – per i quali il legislatore ha individuato i "principi generali dell'ordinamento" cui devono ispirarsi le Regioni nell'esercizio della propria potestà legislativa in materia – riguardano, invece:

- la misurazione, valutazione e trasparenza della *performance* (artt. 3 e 4; art. 5, co. 2; artt. 7 e 9; art. 15, co. 1);
- la valorizzazione del merito e l'incentivazione delle *performance* mediante premi (art. 17, co. 2; art. 18);
- le progressioni verticali di carriera (art. 24, co. 1 e 2; art. 62, co. 1 *bis* e 1 *ter*) ([36]);
- le progressioni economiche orizzontali (art. 23, co. 1 e 2);
- l'assegnazione di incarichi e responsabilità ai dipendenti pubblici (art. 25);
- l'accesso a percorsi di alta formazione e di crescita professionale dei dipendenti (art. 26);
- il premio di efficienza (art. 27, co. 1).

Dalla ricostruzione appena effettuata si ricava che il legisla-

---

gli *standard* di qualità, dei casi e delle modalità di adozione delle carte dei servizi, dei criteri di misurazione della qualità dei servizi, delle condizioni di tutela degli utenti, nonché dei casi e delle modalità di indennizzo automatico e forfettario all'utenza per mancato rispetto degli *standard* di qualità, si debba provvedere con atti di indirizzo e coordinamento adottati d'intesa con la Conferenza unificata di cui al d.lgs. n. 281/1997, su proposta della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità nelle amministrazioni pubbliche.

(36) Ciò, coerentemente con il riconoscimento giurisprudenziale della natura concorsuale delle progressioni interne tra aree funzionali (cc.dd. "verticali"): v., per tutte, Corte cost. 30 ottobre 1997, n. 320, e 4 gennaio 1999, n. 1, richiamate dalla giurisprudenza successiva; inoltre, Cass., sez. un., 15 ottobre 2003, n. 15403. Sul tema, cfr. V. LUCIANI, *La giurisprudenza in tema di selezioni concorsuali nel lavoro pubblico tra questioni risolte e problemi aperti*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2003, p. 109.

tore delegato non ha proceduto – a dispetto delle attese create dai principi e criteri di delega – all'auspicata opera di ricognizione sistematica e organica dei profili privatizzati e di quelli non privatizzati, mediante un incasellamento coordinato e completo di ciascun istituto del rapporto di lavoro pubblico nel diritto privato o nel diritto pubblico, persistendo in questo modo il dubbio circa la natura degli aspetti non espressamente ricompresi nei commi 1 e 2 dell'esaminato art. 74.

È stata perduta, in definitiva, un'occasione preziosa di fare chiarezza su uno dei punti più controversi della disciplina del lavoro pubblico, nonché dalle notevoli implicazioni, tanto sulla delimitazione degli ambiti rispettivi di potestà legislativa dello Stato e delle Regioni per l'impiego regionale, quanto, ad esempio, sulla individuazione della natura giuridica degli atti adottati dall'amministrazione e sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Più specificamente, in primo luogo l'elencazione dell'art. 74 (comma 1) non è esaustiva dei profili del rapporto di lavoro da considerarsi privatizzati, secondo la disciplina dello stesso d.lgs. n. 150/2009.

Ulteriori profili si ricavano, infatti, da numerose altre disposizioni, sparse nel d.lgs. n. 150/2009, in cui il legislatore ha fatto espresso rinvio alla contrattazione collettiva, di livello nazionale e/o integrativo, come fonte di disciplina. È il caso, ad esempio:

- dei criteri di compilazione della graduatoria delle valutazioni del personale, di livello dirigenziale e non, sulla base della *performance* individuale, ai fini dell'attribuzione del trattamento economico accessorio (art. 19, sp. co. 4);
- dei premi economici individuali (*bonus* annuale delle eccellenze; premio annuale per l'innovazione; premio di efficienza) (art. 20, co. 2; art. 21, co. 2; art. 27, co. 1);
- delle progressioni economiche orizzontali (art. 20, co. 2, e art. 23, co. 1; nonché art. 54, co. 1);
- delle modalità e degli istituti della partecipazione sindacale (art. 36);
- del trattamento economico dei dirigenti (art. 45).

Di conseguenza, devono ritenersi, tra l'altro, erronei alcuni richiami normativi contenuti nell'art. 74, co. 2, in quanto concernenti proprio una parte delle disposizioni appena menzionate, sicuramente relative a profili privatizzati del rapporto, costituendo appunto materia di contrattazione collettiva, e quindi non certo di natura pubblicistica: così è per l'art. 23, co. 1 e 2, sulle progressioni economiche orizzontali; per l'art. 27, co. 1, sul premio di efficienza; nonché per il primo periodo dell'art. 62, co. 1 *bis*, riguardante l'inquadramento dei dipendenti nelle aree funzionali.

A ciò si aggiunge che il legislatore delegato, là dove ha disposto una riserva di competenza legislativa per determinati aspetti del rapporto, sottraendoli espressamente al contratto collettivo (art. 54, co. 1), ha omesso di specificare se tale "rilegificazione" debba essere o meno intesa anche come "ripubblicizzazione", annoverando insieme, senza fare distinzioni, istituti sicuramente di matrice pubblicistico-organizzativa (tra cui, le sette materie dell'art. 2, co. 1, lett. c), della l. 421/1992) accanto ad altri – come, in particolare, la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali – per i quali è ancora insoluta la questione della natura privatistica o pubblicistica ([37]).

Certo, sulla base di un'applicazione rigorosa del principio di residualità, sancito dall'art. 117, co. 4, Cost., tutti i profili non espressamente dichiarati dal legislatore statale come di "ordi-

(37) Sul punto permane, infatti, un contrasto di giurisprudenza – sorto a proposito della natura giuridica del provvedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale appunto in seguito alla sottrazione di questo alla contrattazione individuale e all'affidamento, ad opera della l. n. 145/2002, ad un atto unilaterale dell'amministrazione – tra la Cassazione civile, che ha affermato la natura privatistica dell'atto (a partire da Cass., sez. lav., 20 marzo 2004, n. 5659, in *Diritti Lavori Mercati*, 2004, p. 337, con note di E. ALES, *L'incerta qualificazione del provvedimento di conferimento o revoca degli incarichi dirigenziali*, e di A. CORPACI, *Su natura e regime giuridico degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali nel settore pubblico*; fino a, tra le più recenti, Cass., sez. lav., 14 aprile 2008, n. 9814, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2009, I, p. 128, su cui v. P. SORDI, *La giurisprudenza costituzionale sullo* spoils system *e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2009, I, p. 77), e la Corte costituzionale, orientata invece verso la natura pubblicistica dello stesso (Corte cost. n. 233/2006 già citata).

namento civile", e quindi ricondotti alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, dovrebbero automaticamente essere considerati non privatizzati e ricadenti nella potestà legislativa delle Regioni in materia ordinamentale-organizzativa. La relativa disciplina statale dovrebbe, pertanto, ritenersi vincolante solo per le amministrazioni statali, e non anche per le Regioni, che sarebbero legittimate ad intervenire in materia con una regolamentazione diversa degli istituti.

5.1. *La problematica collocazione delle disposizioni del d.lgs. n. 150/2009*

Quando, però, si passa dal piano della individuazione dei criteri interpretativi generali a quello della applicazione concreta di questi alle norme dei vari Titoli del d.lgs. n. 150/2009, la maggior parte di esse – e, in special modo, quelle neppure richiamate nell'art. 74, co. 1 e 2 – si rivela di collocazione tutt'altro che semplice ed univoca, e di conseguente incerta attuazione.

Il problema riguarda, ad esempio, due interi Capi del Titolo IV del d.lgs. n. 150/2009 – il Capo II, in materia di "Dirigenza" (artt. da 37 a 47); e il Capo III, in materia di "Uffici, piante organiche, mobilità e accessi" (artt. da 48 a 52) – essendo appunto nessuna delle disposizioni espressamente menzionata nell'art. 74, né potendosi desumere la natura delle stesse da altri elementi forniti dal decreto.

Ma, riguardo al Capo II, sulla "Dirigenza", se si affermasse la natura pubblicistica di tutta la disciplina in esso contenuta e, quindi, la totale inapplicabilità di questo alle Regioni, non si capirebbe perché la legge n. 15/2009 abbia richiesto l'intesa con la Conferenza unificata anche per l'attuazione della delega relativa, di cui all'art. 6 (art. 2, co. 2, l. n. 15/2009). In ogni caso, come già detto, deve ritenersi applicabile pure ai dirigenti regionali quanto meno l'art. 45 del d.lgs. n. 150/2009, che ha integrato l'art. 24 del d.lgs. n. 165/2001, sul trattamento economico dei dirigenti, essendo questa materia contrattualizzata. L'art. 40, co. 1, lett. f), del d.lgs. n. 150/2009 (che ha modifica-

to l'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001) ha disposto, inoltre, l'applicabilità "alle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2" – incluse, dunque, quelle regionali – dei commi 6 e 6 *bis* del medesimo art. 19 del d.lgs. n. 165/2001, relativi, rispettivamente, all'attribuzione di incarichi dirigenziali mediante contratto a tempo determinato e all'arrotondamento del quoziente derivante dall'applicazione delle percentuali previste dai commi 4, 5 *bis* e 6 per il conferimento degli incarichi dirigenziali.

Analogamente, poi, con riguardo al Capo III, benché non richiamati dall'art. 74 (co. 1 e 2), in considerazione dei loro stessi contenuti non possono che applicarsi a tutti i comparti della pubblica amministrazione, e dunque anche alle Regioni, almeno l'art. 48 (che inserisce l'art. 28 *bis* nel d.lgs. n. 165/2001), in quanto esso detta la disciplina della "mobilità intercompartimentale", e l'art. 49, co. 2 (che ha introdotto il comma 1 *bis* nell'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001), in materia di misure di agevolazione dei processi di mobilità per garantire l'esercizio delle funzioni istituzionali da parte delle amministrazioni con carenze di organico. Non a caso, entrambi gli articoli prevedono il coinvolgimento della Conferenza unificata nella predisposizione della normativa secondaria di attuazione ([38]).

Gli altri tre Capi del medesimo Titolo IV del decreto – il Capo I, sui "Principi generali" (artt. da 32 a 36); il Capo IV, in materia di "Contrattazione collettiva nazionale e integrativa" (artt. da 53 a 66); e il Capo V, su "Sanzioni disciplinari e re-

(38) L'articolo 48 dispone che, al fine di favorire i processi di mobilità fra i comparti di contrattazione del personale delle pubbliche amministrazioni, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, *previo parere della Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 281/1997*, sentite le Organizzazioni sindacali, sia definita, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, una tabella di equiparazione fra i livelli di inquadramento previsti dai contratti collettivi relativi ai diversi comparti di contrattazione.
L'art. 49, co. 2, stabilisce, invece, che, con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e *previa intesa con la Conferenza unificata*, sentite le confederazioni sindacali rappresentative, siano disposte le misure per agevolare i processi di mobilità, anche volontaria, per garantire l'esercizio delle funzioni istituzionali da parte delle amministrazioni che presentano carenze di organico.

sponsabilità dei dipendenti pubblici" (artt. da 67 a 73) – contengono, invece, la disciplina di aspetti del rapporto privatizzati, e in alcuni casi anche contrattualizzati, e difatti la maggior parte degli articoli relativi sono stati richiamati dall'art. 74, co. 1. Del Capo V, poi, anche l'art. 71 – che ha sostituito l'art. 60, co. 6, del d.lgs. n. 165/2001, in materia di funzioni di controllo dell'Ispettorato per la funzione pubblica – sembra concepito come applicabile anche alle Regioni, nonostante non sia menzionato nei commi 1 e 2 dell'art. 74, in quanto si rivolge alle "amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165/2001".

Ancora più complicata è l'interpretazione dei Titoli II e III del decreto – rispettivamente, in materia di "Misurazione, valutazione e trasparenza della *performance*" (artt. da 2 a 16) e di "Merito e premi" (artt. da 17 a 31) – in quanto in essi si intrecciano inestricabilmente: disposizioni dichiarate, dall'art. 74, comma 1, di competenza esclusiva statale; disposizioni recanti, in base alla menzione nell'art. 74, co. 2, principi generali dell'ordinamento relativi a profili pubblicistici; e disposizioni prive di ogni riferimento esplicito circa la loro possibile natura, per alcune delle quali la vincolatività anche nei confronti delle Regioni si ricava o dall'analisi del contenuto delle disposizioni stesse o dal richiamo ad esse effettuato in altre norme del decreto.

Più precisamente, dei 15 articoli che compongono il Titolo II, vengono, come già detto, qualificati dall'art. 74, co. 2, come espressione di "principi generali dell'ordinamento" solo gli articoli:

- 3, recante effettivamente i principi generali in materia;
- 4, contenente la definizione e l'articolazione del ciclo di gestione della *performance*;
- 5, limitatamente al comma 2, che elenca le caratteristiche degli obiettivi della *performance*; e quindi, stranamente, non anche il comma 1, che regola, con disciplina parimenti generale, i soggetti e il procedimento di definizione di tali obiettivi ([39]);

(39) Secondo l'art. 5, co. 1, infatti, gli obiettivi sono programmati su base triennale e

- 7, recante la disciplina del Sistema di misurazione e valutazione della *performance*;

- 9, che regolamenta gli ambiti di misurazione e valutazione della *performance* individuale;

- 15, co. 1, che individua la funzione dell'organo di indirizzo politico-amministrativo di promozione della cultura della responsabilità per il miglioramento della *performance*, del merito, della trasparenza e dell'integrità dell'amministrazione.

A questi si aggiunge l'art. 11, co. 1 e 3, che enuncia il principio della c.d. "trasparenza della *performance*", anch'esso applicabile alle Regioni in quanto livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m), Cost., secondo il disposto dell'art. 74, co. 1, nonché dello stesso art. 11, co. 1.

Ma, dalla lettura delle rimanenti norme del Titolo II, si ricava l'applicabilità alle Regioni anche degli articoli:

- 13, che istituisce e disciplina la Commissione nazionale per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, stabilendo, al comma 2, che mediante intesa tra la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, l'Anci, l'Upi e la Commissione stessa vengano definiti i protocolli di collaborazione per la realizzazione delle attività della Commissione, di cui ai commi 5, 6 e 8 del medesimo articolo (la vincolatività per le Regioni di tale articolo discende anche dal richiamo ad esso nell'art. 30, ricompreso tra quelli enumerati dall'art. 74, co. 1, come di competenza esclusiva statale);

- 14, che istituisce e disciplina gli Organismi indipendenti di valutazione della *performance* delle singole amministrazioni (l'applicabilità di tale articolo alle Regioni si desume dall'art. 27, co. 3, e dal menzionato art. 30);

---

definiti, prima dell'inizio del rispettivo esercizio, dagli organi di indirizzo politico-amministrativo, sentiti i vertici dell'amministrazione che a loro volta consultano i dirigenti o i responsabili delle unità organizzative; inoltre, essi sono definiti in coerenza con quelli di bilancio indicati nei documenti programmatici di cui alla legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni, e il loro conseguimento costituisce condizione per l'erogazione degli incentivi previsti dalla contrattazione integrativa.

- e 10, che regola il Piano e la Relazione sulla *Performance* (l'obbligatorietà di tali documenti per le Regioni si ricava anch'essa dall'art. 27, co. 3, oltre che dall'art. 13, co. 6, lett. c).

Ciò, tanto più che i summenzionati articoli fanno quasi sempre riferimento, come destinatarie, indifferentemente alle "amministrazioni pubbliche" al plurale o ad "ogni amministrazione", e solo in casi specifici delimitano la loro applicazione alle "amministrazioni dello Stato" ovvero alle "amministrazioni centrali" (es. art. 10, co. 4; art. 13, co. 6, lett. i) e n).

In merito a tali articoli – come pure a quelli degli altri Titoli del decreto riferiti, parimenti, indistintamente a tutte le amministrazioni (in particolare, i menzionati art. 40, co. 1, lett. f), relativo alla spinosa materia del conferimento degli incarichi dirigenziali, e art. 71, sull'Ispettorato per la funzione pubblica) – si pone la questione del titolo di competenza in base al quale lo Stato li abbia formulati con valore vincolante anche per le Regioni, con conseguente dubbio di legittimità costituzionale, non concernendo essi profili privatistici, bensì piuttosto di natura pubblicistico-organizzativa, e non essendo qualificati espressamente come "principi generali" dal legislatore, né potendo essere considerati tali in via interpretativa.

Riguardo, poi, al Titolo III del decreto, la disciplina dei "Premi", contenuta nel Capo II di questo (artt. da 20 a 27), è, in realtà, privatizzata, nonostante nessuno degli articoli relativi sia espressamente richiamato dall'art. 74, co. 1, del d.lgs. n. 150/2009 come di competenza esclusiva statale. Per di più, alcuni di tali articoli vengono menzionati dall'art. 74, co. 2, come recanti "principi generali dell'ordinamento", e cioè gli articoli:

- 24, co. 1 e 2, in materia di progressioni verticali di carriera;
- 25, sull'attribuzione di incarichi e responsabilità ai dipendenti;
- 26, concernente la promozione dell'accesso a percorsi di alta formazione e di crescita professionale dei dipendenti;
- nonché impropriamente, come già sottolineato, 23, co. 1 e 2, sulle progressioni economiche orizzontali, e 27, co. 1, sul premio di efficienza.

La natura privatistica della disciplina sui premi si desume,

come già evidenziato, dai numerosi rinvii alla competenza della contrattazione collettiva, nazionale e/o integrativa, contenuti negli stessi articoli da 20 a 27, oltre che dall'art. 31 del d.lgs. n. 150/2009, che ha proprio la finalità di introdurre profili di specialità della disciplina del Titolo III per le Regioni, anche per quanto concerne i propri enti e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale (e per gli Enti locali). D'altronde, non potrebbe essere altrimenti, intervenendo queste norme sul trattamento economico dei dipendenti, profilo privatizzato e contrattualizzato per eccellenza.

In particolare, il comma 3 dell'art. 31 prescrive che, per premiare il merito e la professionalità, le Regioni (e gli Enti locali), oltre a quanto autonomamente stabilito, nei limiti delle risorse disponibili per la contrattazione integrativa, utilizzino gli strumenti di cui all'articolo 20, comma 1, lettere *c)*, *d)*, *e)* ed *f)* – e cioè: le progressioni economiche orizzontali; le progressioni verticali di carriera; l'attribuzione ai dipendenti di incarichi e responsabilità; l'accesso a percorsi di alta formazione e di crescita professionale – nonché, adattandoli alla specificità dei propri ordinamenti, quelli di cui alle lettere *a)* e *b)*, vale a dire il *bonus* annuale delle eccellenze e il premio annuale per l'innovazione. Gli incentivi di cui alle predette lettere *a)*, *b)*, *c)* ed *e)* – *bonus* annuale delle eccellenze; premio annuale per l'innovazione; progressioni economiche orizzontali; attribuzione ai dipendenti di incarichi e responsabilità – sono riconosciuti a valere sulle risorse disponibili per la contrattazione collettiva integrativa.

Con riferimento, poi, al premio di efficienza, una disciplina specifica, ma pur sempre privatistica, dello stesso per le Regioni è contenuta nel medesimo art. 27. Il comma 3 di questo stabilisce, infatti, che le risorse di cui al comma 1 (una quota fino al 30 per cento dei risparmi sui costi di funzionamento derivanti da processi di ristrutturazione, riorganizzazione e innovazione all'interno delle pubbliche amministrazioni) per le Regioni, anche per quanto concerne i propri enti e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, e i relativi enti dipendenti, (nonché per gli Enti locali) possano essere utilizzate – come per le altre

amministrazioni, in misura fino a due terzi, per premiare, secondo criteri generali definiti dalla contrattazione collettiva integrativa, il personale direttamente e proficuamente coinvolto e, per la parte residua, per incrementare le somme disponibili per la contrattazione stessa – solo se i risparmi siano stati documentati nella Relazione di *performance* e validati dal proprio organismo di valutazione.

Rilevante, in proposito, anche il comma 5 dell'articolo 31. Esso dispone che, entro il 31 dicembre 2011, le Regioni (e gli Enti locali) trasmettano, anche attraverso i loro rappresentanti istituzionali, i dati relativi alla attribuzione al personale dipendente e dirigente delle risorse destinate al trattamento economico accessorio collegato alla *performance* individuale alla Conferenza unificata, che verifica l'efficacia delle norme adottate in attuazione dei principi di cui agli articoli 17, co. 2, 18, 23, co. 1 e 2, 24, co. 1 e 2, 25, 26 e 27, co. 1, anche al fine di promuovere l'adozione di eventuali misure di correzione e di migliore adeguamento.

Dell'art. 31 è, inoltre, particolarmente interessante il comma 2, che predispone una disciplina speciale, per le Regioni (e per gli Enti locali), dei criteri di attribuzione delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale, rispetto a quella dettata in via generale per tutte le amministrazioni dall'art. 19. Esso, infatti, sembra costituire – non è dato sapere quanto consapevolmente – *il primo caso* in cui il legislatore statale ha conferito natura diversa alla disciplina del medesimo profilo del rapporto di lavoro pubblico, a seconda che essa sia rivolta alle amministrazioni statali ovvero a quelle regionali e locali; nonché *l'unico caso*, essendo per il resto confermata nel d.lgs. n. 150/2009, in linea di continuità con l'opzione finora adottata, l'uniformità, per tutte le amministrazioni, del riparto tra profili privatizzati e profili pubblicistici.

L'art. 31, co. 2, stabilisce, infatti, che le Regioni (e gli Enti locali), nell'esercizio delle rispettive potestà normative, prevedano che una quota prevalente delle risorse destinate al trattamento economico accessorio collegato alla *performance* individuale venga attribuita al personale dipendente e dirigente che si

colloca nella fascia di merito alta e che le fasce di merito siano comunque non inferiori a tre. L'attribuzione della potestà normativa alle Regioni è, secondo quanto finora illustrato, segno della natura pubblicistica della materia. Ciò, diversamente da quanto disposto dall'art. 19 in generale per tutte le altre amministrazioni pubbliche, che ne fa oggetto di disciplina privatistica – scelta, peraltro, più coerente con la natura retributiva dell'istituto – assegnando (al comma 4) addirittura alla contrattazione collettiva integrativa un potere normativo derogatorio della disciplina prevista dalla stessa legge al comma 2, proprio con riguardo alle modalità di collocazione del personale in graduatoria in base ai livelli di *performance* individuali e della distribuzione dei relativi trattamenti economici accessori.

Con riguardo all'art. 19, rimane, poi, in ogni caso il dubbio se vincoli anche le Regioni il comma 1 di questo – che individua nell'Organismo indipendente il soggetto titolare, per conto dell'amministrazione, del potere di compilare la graduatoria delle valutazioni del personale sulla base dei livelli di *performance* individuali – poiché neppure tale disposizione è menzionata nell'art. 74, co. 1 e 2.

Considerate, infine, l'incerta natura dell'art. 19, nonché quella pubblicistico-organizzativa degli altri due articoli (artt. 17 e 18) del Capo I del Titolo III (recante le "Disposizioni generali" in materia di valorizzazione del merito e di incentivazione della *performance*) in quanto appunto richiamati nell'art. 74, co. 2, desta perplessità l'applicazione anche a queste, oltre che agli articoli del Capo II sui "Premi", del contenuto dell'art. 29, che riferisce indistintamente a tutte le disposizioni del Titolo III, come conseguenza del carattere della imperatività e inderogabilità dalla contrattazione collettiva, la sanzione civilistica dell'inserimento di diritto nei contratti collettivi, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1339 e 1419, co. 2, c.c., a decorrere dal periodo contrattuale successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore del decreto.

5.2. *Il venir meno del parallelismo tra area "privatizzata" e area "contrattualizzata" del rapporto di lavoro pubblico*

Gli esiti interpretativi di un'applicazione rigida del criterio della residualità paiono, poi, in ogni caso, non del tutto in linea con le intenzioni sottese all'intervento di riforma: la volontà, cioè – che traspare sin dalla delega, ed è confermata da alcuni passaggi rilevanti del decreto attuativo – di mera sottrazione di spazi al contratto collettivo, mediante la "unilateralizzazione" degli istituti, tanto sul piano normativo, quanto su quello gestionale da parte dell'amministrazione (e della sua dirigenza), lasciando sostanzialmente inalterato l'ambito della privatizzazione e ferma la natura privata dei profili oggetto di regolamentazione eteronoma, e dunque di non rideterminare, ampliandola, la sfera pubblicistica del rapporto di lavoro, rispetto a quella preesistente delle sette materie della l. n. 421/1992.

Più precisamente, possono essere considerati indizi dell'intendimento del legislatore di non "ripubblicizzare" i profili del rapporto oggetto di "rilegificazione", ma di mantenerli nella sfera del diritto privato, in particolare:

- la precisazione per cui le materie sottratte al contratto collettivo vengono sottoposte, oltre che alla legge, "ad atti organizzativi e all'autonoma determinazione dei dirigenti" (art. 3, co. 1, l. n. 15/2009), che – com'è ormai assodato – operano "con i poteri del *privato* datore di lavoro" (art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165/2001, anche nella versione novellata dall'art. 34, co. 1, lett. a), del d.lgs. n. 150/2009; e art. 6, co. 2, lett. a), l. n. 15/2009);

- nonché la predisposizione di una sanzione civilistica per la violazione, da parte dei contratti collettivi, della riserva di disciplina legislativa; tale sanzione consiste nella "applicazione delle disposizioni di cui agli articoli 1339 e 1419, co. 2, c.c., in caso di nullità delle clausole contrattuali per violazione di norme imperative e dei limiti fissati alla contrattazione collettiva" (art. 3, co. 2, lett. d), l. n. 15/2009, riprodotto nell'art. 33, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 150/2009, che ha aggiunto il co. 3 *bis* all'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001, nonché – come già detto – nell'art. 29 del d.lgs. n. 150/2009, con specifico riguardo alla

disciplina di "Merito e premi" contenuta nel Titolo III del decreto).

Secondo tale disegno, l'effetto della "rilegificazione" è, quindi, fondamentalmente il venir meno della coincidenza tra area "privatizzata" e area "contrattualizzata" del rapporto di lavoro pubblico, e non già una più radicale "ripubblicizzazione", non risultando così spostati i confini tra potestà statale e potestà regionale in materia di lavoro alle dipendenze delle Regioni ([40]).

Ciò, tanto più che in diversi casi il legislatore delegato ha operato una "rilegificazione" soltanto parziale degli istituti considerati, riservando, per ciascuno di essi, alla legge la disciplina di alcuni profili e rinviando al contratto collettivo la regolazione degli altri, ferma restando la riconduzione al diritto privato dell'intero istituto. Significativo, in proposito, è l'esempio dell'ultimo periodo dell'art. 40, co. 1, del d.lgs. n. 165/2001, come novellato dall'art. 54 del d.lgs. n. 150/2009. Secondo questa disposizione, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge, nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche.

Anche in questi termini, si tratta, comunque, di un'innovazione senza dubbio importante, poiché essa segna un cambiamento di rotta rispetto alla scelta, sinora effettuata dal legislatore, del parallelismo perfetto tra "privatizzazione" e "contrattualizzazione" del lavoro pubblico, in base al quale appunto la contrattazione collettiva doveva svolgersi su tutte le materie privatizzate relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali ([41]).

---

(40) A. TROJSI, *Le Regioni nella disciplina e nella gestione del lavoro pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 97-98 e 103.

(41) Come sottolineato in A. TROJSI, *Il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia di impiego pubblico regionale*, cit., par. 5.

5.3. *Intersezioni (e interferenze) tra il d.lgs. n. 150/2009 e la potestà legislativa regionale per i profili pubblicistici del rapporto di lavoro. In particolare, l'utilizzo improprio della nozione di "principi generali dell'ordinamento"*

Da quanto finora detto emerge che i maggiori dubbi interpretativi – e, conseguentemente, applicativi – si riscontrano con riguardo alle parti del d.lgs. n. 150/2009 che hanno disciplinato i profili non privatizzati (dunque, "pubblicistico-organizzativi") del rapporto di lavoro, nonché l'organizzazione degli uffici in senso proprio. Ciò, anche per la difficoltà di distinguere i "principi generali" dalla "disciplina di dettaglio", e quindi quali pezzi della normativa statale siano effettivamente vincolanti per le Regioni, appartenendo alla prima categoria, e quali invece abbiano come destinatarie esclusivamente le amministrazioni statali, essendo riconducibili alla seconda.

Il problema è reso ancora più spinoso dall'uso improprio della categoria dei "principi generali dell'ordinamento" effettuato dall'art. 74, co. 2, per l'eccessiva minuzia del contenuto delle disposizioni qualificate come tali.

In proposito, non essendo possibile, in questa sede, ripercorrere tutta la giurisprudenza costituzionale sulla nozione di "principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato", è opportuno rammentare almeno quanto sottolineato dalla Corte costituzionale nella prima sentenza in materia ([42]). Secondo tale pronuncia, "si debbono considerare come principi dell'ordinamento giuridico quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente. I principi generali che scaturiscono da questa coerente e vivente unità logica e sostanziale del diritto positivo possono riflettere anche determinati settori per convergere poi in sempre più elevate direttive generali coerenti allo spirito informatore di tutto

(42) Corte cost. 26 giugno 1956, n. 6.

l'ordinamento".

Da tale assunto deriva, tra l'altro, che, ai fini della acquisizione del carattere di "principio generale dell'ordinamento", non è sufficiente che la disciplina legislativa si ponga come attuativa di precetti costituzionali. Questa corrispondenza è stata, invece, addotta dall'art. 74, co. 2, del d.lgs. n. 150/2009 a giustificazione della qualità di "principi generali" delle disposizioni richiamate, in quanto esso ha ricollegato tale natura al fatto che gli articoli menzionati recherebbero, secondo il legislatore, norme di diretta attuazione dell'art. 97 della Costituzione.

Né tanto meno, ovviamente, perché una norma assurga al rango di "principio generale dell'ordinamento", basta che sia il legislatore ad etichettarla come tale. Se mai, si verifica, al contrario, soltanto la illegittimità della disposizione legislativa che abbia proceduto a tale erronea qualificazione di una prescrizione in realtà di dettaglio: a maggior ragione in questo caso, in cui la pretesa di vincolatività per le Regioni si traduce nella invasione della competenza regionale in materia di ordinamento e organizzazione amministrativa ([43]).

Poiché, dunque, la qualità di "principio generale" discende unicamente dal contenuto intrinseco di una disposizione, a tale discutibile operazione della norma finale del decreto si contrappone la possibilità di individuare, nella l. n. 15/2009 e nel d.lgs. n. 150/2009, principi generali di organizzazione pubblica non espressamente definiti come tali dall'art. 74, co. 2, del d.lgs. n. 150.

Tra questi, uno dei più significativi è senza dubbio il "principio di distinzione tra politica e amministrazione", la cui attuazione è rinvenibile tra le finalità della delega in materia di diri-

(43) Al riguardo, è possibile applicare *a fortiori* l'argomentazione addotta dalla Corte costituzionale per il caso di "impropria" autoqualificazione legislativa, da parte del legislatore statale, come "principio fondamentale" di legislazione concorrente di una disposizione oggettivamente non dotata di tale caratteristica. In particolare, nella recentissima sentenza 20 novembre 2009, n. 297, la Corte ha asserito che disposizioni di legge statale, "nella parte in cui affermano che possono essere desunti "principi fondamentali" da norme che, per il loro contenuto, sono inidonee a esprimere tali principi, realizzano un'inammissibile ingerenza nell'autonomia regionale"; di qui, la illegittimità costituzionale di queste.

genza. Più precisamente, l'obiettivo dichiarato, al riguardo, dal legislatore è quello "di rafforzare il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza, nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia ([44]), regolando il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali, in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico in ambito amministrativo" (art. 6, co. 1, l. n. 15/2009; art. 37, d.lgs. n. 150/2009).

Va, ad ogni modo, sottolineato che la menzionata seconda parte dell'art. 2, co. 4, della l. n. 15/2009 costituisce, a quanto consta, la prima conferma testuale, da parte del legislatore ordinario, dell'esistenza del limite – sinora individuato solo in via interpretativa – alla potestà normativa regionale di cui al quarto comma dell'art. 117 Cost., rappresentato appunto dall'obbligo per le Regioni di osservanza dei "principi generali dell'ordinamento giuridico" che il legislatore statale è competente a dettare con efficacia per tutte le amministrazioni.

Sintomatico di un'ulteriore restrizione della libertà normativa delle Regioni per gli aspetti pubblicistici del rapporto di la-

(44) Il riferimento è ad un noto gruppo di sentenze degli ultimi anni, in cui la Corte costituzionale, in nome del principio di distinzione tra politica e amministrazione, ricondotto all'art. 97, co. 1, Cost., ha limitato la legittimità di meccanismi di *spoils system* alla sola dirigenza di vertice delle amministrazioni. Cfr. Corte cost. n. 233/2006; 23 marzo 2007, n. 103; n. 104/2007; 20 maggio 2008, n. 161, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, II, p. 98, con nota di R. GALARDI, *Ancora una pronuncia di incostituzionalità sullo* spoils system *all'italiana*; 24 ottobre 2008, n. 351, in *Le Regioni*, 2009, p. 114, con nota di F. CORTESE, *Spoils system e illegittima rimozione di dirigenti pubblici: la Corte costituzionale afferma l'inderogabilità della reintegrazione nel posto di lavoro* (richiamata da Corte cost. ord.za 9 aprile 2009, n. 112); 28 novembre 2008, n. 390, in *Le Regioni*, 2009, p. 406 con nota di S. DE GÖTZEN, *Lo status di "neutralità" dei componenti dei collegi sindacali delle aziende sanitarie locali li pone al di fuori dello spoils system*. Sul tema, v. da ultimi, P. GIANGASPERO, *Alcune riflessioni sull'evoluzione recente dell'organizzazione amministrativa regionale, con riguardo al rapporto tra politica e amministrazione negli ordinamenti regionali*, in *Le Regioni*, 2009, p. 3; A. PATRONI GRIFFI, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2009, I, p. 273; A. TROJSI, *Il rapporto di lavoro del dirigente pubblico*, in corso di pubblicazione in U. CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, 2009, par. 5.3.

voro è, infine, l'inserimento, nel d.lgs. n. 150/2009, della c.d. "clausola di cedevolezza", relativa alle disposizioni dei Titoli II e III del decreto. Con essa, il legislatore ha stabilito che: l'adeguamento, da parte delle Regioni (e degli Enti locali), ai principi generali dettati in tali Titoli debba attuarsi entro il 31 dicembre 2010; nelle more dello stesso negli ordinamenti regionali (e locali) continuino ad applicarsi le disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore del decreto; decorso, infine, il termine fissato per l'adeguamento, debbano applicarsi integralmente – anche, cioè, nei contenuti di dettaglio – le disposizioni in materia previste nei due Titoli del decreto, sino all'emanazione della disciplina regionale (artt. 16, co. 3, e 31, co. 4).

Tale tipo di clausola costituisce una forma di esercizio del potere sostitutivo dello Stato in caso di inadempienza delle Regioni, mediante un meccanismo di intervento statale di natura preventiva e suppletiva, con efficacia provvisoria. Essa, specie se introdotta con riferimento a materie di competenza regionale – peraltro piena, e non semplicemente concorrente – è utilizzata, dal legislatore statale, come strumento di pressione nei confronti di quello regionale ad adeguarsi quanto meno ai principi della disciplina nazionale. Naturalmente, la concreta operatività di tale clausola deve ritenersi limitata alle – in verità poche, come evidenziato – disposizioni pubblicistiche dei Titoli II e III del decreto, in quanto la disciplina degli aspetti privatizzati vincola automaticamente e completamente le Regioni.

Permangono, infine, nella disciplina del d.lgs. n. 150/2009 alcuni residui influssi del vecchio riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni in materia di lavoro pubblico, che non si giustificano più alla luce della riforma di tale assetto di competenze realizzato dalla l.cost. n. 3/2001, e in particolare contrastano con l'acquisizione, da parte di tutte le Regioni, di potestà legislativa piena per i profili di ordinamento e organizzazione amministrativa.

È il caso, ad esempio, della norma di chiusura del decreto legislativo, secondo cui "le disposizioni del decreto si applicano nei confronti delle Regioni a statuto speciale e delle Provin-

ce autonome di Trento e di Bolzano compatibilmente con le attribuzioni previste dagli statuti e dalle relative norme di attuazione" (art. 74, co. 5, d.lgs. n. 150/2009). Tale puntualizzazione non tiene conto, infatti, della sopravvenuta parificazione degli ambiti di potestà legislativa, in materia di impiego regionale, tra Regioni ordinarie e Regioni a statuto speciale (e Province autonome), per cui, come già sottolineato, gli statuti di queste ultime non conferiscono più – come, invece, accadeva prima della riforma costituzionale del 2001 – una potestà legislativa più ampia (o differente) in materia di impiego pubblico, rispetto a quella riconosciuta in generale alle Regioni a statuto ordinario dall'art. 117 Cost.

Come pure, il decreto n. 150/2009 ha mancato di disporre l'abrogazione esplicita di due norme ormai superate del d.lgs. n. 165/2001, vale a dire:

- l'articolo 1, co. 3, che stabilisce che le disposizioni del decreto costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione, col conseguente obbligo per le Regioni a statuto ordinario di attenersi ad esse tenendo conto delle peculiarità dei rispettivi ordinamenti, e che i principi desumibili dall'art. 2 della l. n. 421/1992, e successive modificazioni, e dall'art. 11, co. 4, della l. n. 59/1997, e successive modificazioni ed integrazioni, costituiscono, per le Regioni a statuto speciale e per le Province autonome di Trento e di Bolzano, norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica;
- e l'articolo 27, co. 1, nella parte in cui sancisce l'obbligo per le Regioni a statuto ordinario, nell'esercizio della propria potestà statutaria, legislativa e regolamentare, di adeguare i rispettivi ordinamenti ai principi dell'articolo 4 e del Capo II, sulla "Dirigenza", tenendo conto delle relative peculiarità.

La suddetta abrogazione sarebbe stata opportuna, in quanto queste disposizioni sono divenute inapplicabili a seguito del mutamento del quadro costituzionale di riferimento, essendo espressione della preesistente competenza legislativa concorrente in materia.

6. *Le peculiarità della disciplina della contrattazione collettiva per le Regioni nella riforma legislativa del 2009*

A completamento dell'analisi, è opportuno esaminare, infine, le innovazioni introdotte dalla riforma legislativa del 2009 nei riguardi del contratto collettivo come fonte di disciplina dei rapporti di lavoro pubblico regionale.

Esse sono contenute nel Capo IV del Titolo IV del d.lgs. n. 150/2009 (artt. da 53 a 66): che, come già anticipato, vincola pure le Regioni (anche al di là, dunque, degli articoli 54, 57, 61, 62, co. 1, 1 *bis* e 1 *ter*, 64, 65 e 66, specificamente richiamati dall'art. 74, co. 1 e 2, del d.lgs. n. 150/2009), poiché regola un istituto di diritto privato – qual è, appunto, il contratto collettivo anche nel lavoro pubblico – nonché detta, per i profili finanziari della contrattazione collettiva, principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica, ai sensi dell'art. 117, co. 3, Cost. Ciò, ovviamente ad eccezione di alcune specifiche disposizioni che espressamente escludono le Regioni dal loro campo di applicazione.

Tale Capo contiene, peraltro, numerose disposizioni recanti una disciplina speciale della contrattazione collettiva per il personale dipendente dalle Regioni, in considerazione delle peculiarità di questo.

Rispetto, però, alla già menzionata esigenza di rafforzamento del ruolo delle Regioni nel procedimento di stipulazione dei contratti collettivi, occorre rilevare che essa non sembra, in ogni caso, aver trovato una sufficiente soddisfazione né nella l. delega n. 15/2009, né nel d.lgs. n. 150/2009.

La legge n. 15/2009 si è limitata, infatti, ad inserire, tra i criteri di riforma dell'Aran, quello del potenziamento del potere di rappresentanza delle Regioni (e degli Enti locali), accanto alla ridefinizione della struttura e delle competenze dei Comitati di settore con l'intento di rafforzarne il potere direttivo nei confronti dell'Aran stessa (art. 3, co. 2, lett. h), n. 2 e 3). Per di più, ha individuato, come ulteriore criterio, quello della riduzione del numero dei comparti e delle aree di contrattazione, che senza dubbio va in direzione opposta rispetto alla differenziazione

delle regole contrattuali applicabili ai diversi settori della pubblica amministrazione (art. 3, co. 2, lett. h), n. 4).

La normativa di attuazione, poi, ha recepito molti dei contenuti dell'"Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009" e dell'"Intesa per l'applicazione dell'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 ai comparti contrattuali del settore pubblico" del 30 aprile 2009 ([45]). Entrambi sono stati stipulati dal Governo soltanto con alcune delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative – in particolare, con Cisl, Uil e Ugl, ma non con la Cgil, che ha espresso un netto dissenso nei confronti dei contenuti dei due Accordi – e sono caratterizzati da centralità e uniformità delle regole sulla contrattazione collettiva pubblica, senza alcuna considerazione delle peculiari esigenze dei diversi comparti ([46]).

Del d.lgs. n. 150/2009 rilevante è, in primo luogo, la disciplina dell'art. 54, che ha novellato l'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001. Di questo, vincolano anche le Regioni:

- tanto, come già detto, la elencazione delle materie riservate (i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali) e di quelle sottratte – totalmente (le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali, la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle di cui all'art. 2, co. 1, lett. c), della l. n. 421/1992) o parzialmente (le materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corre-

(45) C. Russo, *Le prossime regole del lavoro pubblico,* in *Diritti Lavori Mercati,* 2009, sp. p. 358 ss.

(46) Non vi è cenno di differenziazioni nell'Accordo quadro del 22 gennaio 2009, in cui anzi conclusivamente "le parti convengono sull'obiettivo di semplificare e ridurre il numero dei contratti collettivi nazionali di lavoro nei diversi comparti" (punto 19). L'Intesa del 30 aprile 2009 si è limitata, poi, ad affermare che, "nel quadro della riforma e in applicazione della legge delega n. 15/2009, ai fini di migliorare l'efficienza e l'efficacia della contrattazione e la tempestività dei rinnovi, verrà attribuito un nuovo e più incisivo ruolo dell'A.Ra.N., con un più diretto coinvolgimento dei Comitati di settore" (punto 2.2).

sponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche) – alla contrattazione collettiva (co. 1);

- quanto la riserva di disciplina, in favore della contrattazione collettiva, relativamente alla determinazione della struttura contrattuale, dei rapporti tra i diversi livelli contrattuali e della durata dei contratti collettivi nazionali e integrativi (co. 3);

- infine, la riserva alla contrattazione nazionale della individuazione delle materie, dei vincoli, dei limiti, dei soggetti e delle procedure negoziali della contrattazione collettiva integrativa, nonché del termine delle sessioni negoziali in sede decentrata (co. 3 *bis*).

Il novellato art. 40 del d.lgs. n. 165/2001 ha stabilito, inoltre, che, tramite appositi accordi tra l'Aran e le Confederazioni sindacali rappresentative, secondo le procedure di cui agli articoli 41, comma 5, e 47 del d.lgs. n. 165, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, siano definiti fino a un massimo di quattro comparti di contrattazione collettiva nazionale, cui corrispondono non più di quattro separate aree per la dirigenza, e che nell'ambito dei comparti di contrattazione possano essere costituite apposite sezioni contrattuali per specifiche professionalità (co. 2). Di questi comparti, gli unici due menzionati – e, dunque, individuati – espressamente dal legislatore sono il comparto Regioni e Autonomie locali e quello Sanità (art. 46, co. 3, del d.lgs. n. 165/2001, come sostituito dall'art. 58 del d.lgs. n. 150/2009; art. 65, co. 4, d.lgs. n. 150/2009).

I soggetti e il procedimento di stipulazione del contratto collettivo nazionale per le Regioni sono, poi, disciplinati dagli articoli 56, 58, 59 e 60 del d.lgs. n. 150/2009, che hanno novellato, rispettivamente, gli articoli 41, 46, 47 e 48 del d.lgs. n. 165/2001.

Il nuovo testo dell'art. 41 del d.lgs. n. 165/2001 dispone la costituzione di un Comitato di settore nell'ambito della Conferenza delle Regioni, col compito di esercitare, per uno dei comparti di cui all'articolo 40, comma 2, il potere di indirizzo nei confronti dell'Aran e le altre competenze relative alle procedure di contrattazione collettiva nazionale, per le Regioni, i relativi

enti dipendenti, e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale; a tale Comitato partecipa un rappresentante del Governo, designato dal Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali per le competenze delle amministrazioni del Servizio sanitario nazionale (co. 2). La medesima disposizione prevede, poi, la costituzione di un distinto Comitato di settore nell'ambito dell'Associazione nazionale dei Comuni italiani (Anci), dell'Unione delle province d'Italia (Upi) e dell'Unioncamere che esercita, per uno dei comparti di cui all'articolo 40, comma 2, le competenze in materia di contrattazione collettiva nazionale per i dipendenti degli Enti locali e delle Camere di commercio e per i segretari comunali e provinciali. Nell'ambito del regolamento di organizzazione dell'Aran, inoltre, al fine di assicurare il miglior raccordo tra i Comitati di settore delle Regioni e degli Enti locali e l'Aran, a ciascun Comitato corrisponde una specifica struttura, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica (art. 41, co. 4, d.lgs. n. 165/2001).

Secondo, poi, il novellato art. 46 del d.lgs. n. 165/2001, che ha ad oggetto la disciplina dell'Aran, il Presidente dell'Agenzia è nominato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, previo parere della Conferenza unificata (co. 6). Dei quattro componenti del Collegio di indirizzo e controllo dell'Aran, due sono designati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta, rispettivamente, del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e del Ministro dell'economia e delle finanze, e gli altri due, rispettivamente, dall'Anci e dall'Upi e dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (co. 7). Per la sua attività, l'Aran si avvale delle risorse derivanti da contributi a carico delle singole amministrazioni dei vari comparti, corrisposti in misura fissa per dipendente in servizio; la misura annua del contributo individuale è definita, sentita l'Aran, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della pubblica amministrazione e l'innovazione, d'intesa con la Conferenza unificata, ed è riferita a ciascun triennio contrattuale

(co. 8, lett. a). I regolamenti, con cui l'Aran definisce le norme concernenti l'organizzazione interna, il funzionamento e la gestione finanziaria, devono essere adottati, poi, d'intesa con la Conferenza unificata e soggetti al controllo del Dipartimento della funzione pubblica e del Ministero dell'economia e delle finanze, da esercitarsi entro 45 giorni dal ricevimento degli stessi (co. 10). L'Aran ha, infine, l'obbligo di predisporre a cadenza semestrale, e di inviare al Governo, ai Comitati di settore dei comparti Regioni e Autonomie locali e Sanità e alle Commissioni parlamentari competenti, un rapporto sull'evoluzione delle retribuzioni di fatto dei pubblici dipendenti (co. 3).

Secondo l'art. 47 del d.lgs. n. 165/2001, poi – dedicato specificamente alla disciplina del procedimento di contrattazione collettiva – gli atti di indirizzo delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 41, comma 2 (tra cui, le Regioni), emanati dai rispettivi Comitati di settore, devono essere sottoposti al Governo che, nei successivi venti giorni, può esprimere le sue valutazioni per quanto attiene agli aspetti riguardanti la compatibilità con le linee di politica economica e finanziaria nazionale; trascorso inutilmente tale termine, l'atto di indirizzo può essere inviato all'Aran (co. 2). Una volta raggiunta l'ipotesi di accordo, essa deve essere trasmessa dall'Aran, corredata dalla prescritta relazione tecnica, ai Comitati di settore ed al Governo entro dieci giorni dalla data di sottoscrizione, di modo che il Comitato di settore, in particolare, esprima il parere sul testo contrattuale e sugli oneri finanziari diretti e indiretti a carico dei bilanci delle amministrazioni interessate (co. 4).

Come pure, l'esito della certificazione dei costi della contrattazione collettiva da parte della Corte dei conti deve essere comunicato dalla Corte all'Aran, al Comitato di settore e al Governo (art. 47, co. 5, d.lgs. n. 165/2001). A tal fine, la Corte dei conti può acquisire elementi istruttori e valutazioni sul contratto collettivo da parte di tre esperti in materia di relazioni sindacali e costo del lavoro, di cui, per le amministrazioni dell'art. 41, co. 2 (tra le quali, le Regioni), uno individuato dal Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, tramite il Capo del Dipartimento della funzione pubblica di intesa

con il Capo del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, nell'ambito di un elenco definito di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, e gli altri due designati dall'Anci, dall'Upi e dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (co. 6). Se la certificazione della Corte dei conti è positiva, il Presidente dell'Aran sottoscrive definitivamente il contratto collettivo (co. 5); in caso, invece, di certificazione non positiva, le parti contraenti non possono procedere alla sottoscrizione definitiva dell'ipotesi di accordo, e il Presidente dell'Aran, d'intesa con il competente Comitato di settore – che può dettare indirizzi aggiuntivi – deve provvedere alla riapertura delle trattative ed alla sottoscrizione di una nuova ipotesi di accordo, adeguando i costi contrattuali ai fini delle certificazioni; in seguito alla sottoscrizione della nuova ipotesi di accordo, si riapre la procedura di certificazione (co. 7). I contratti e accordi collettivi nazionali definitivamente sottoscritti, nonché le eventuali interpretazioni autentiche, sono pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana, oltre che sul sito dell'Aran e delle amministrazioni interessate (co. 8).

Particolare attenzione merita, infine, l'art. 60, co. 1, lett. b), del d.lgs. n. 150/2009, che ha sostituito l'art. 48, co. 2, del d.lgs. n. 165/2001, disponendo che, per le amministrazioni di cui all'articolo 41, comma 2 (incluse le Regioni), nonché per le università, gli enti pubblici non economici e gli enti e le istituzioni di ricerca, ivi compresi gli enti e le amministrazioni di cui all'articolo 70, comma 4, gli oneri derivanti dalla contrattazione collettiva nazionale siano determinati a carico dei rispettivi bilanci nel rispetto dell'articolo 40, comma 3 *quinquies*, e che le risorse per gli incrementi retributivi per il rinnovo dei contratti collettivi nazionali delle amministrazioni regionali, locali e degli enti del Servizio sanitario nazionale siano definite dal Governo, nel rispetto dei vincoli di bilancio, del patto di stabilità e di analoghi strumenti di contenimento della spesa, previa consultazione con le rispettive rappresentanze istituzionali del sistema delle autonomie.

Questa costituisce, infatti, l'unica disposizione sulla quale il Governo non ha acquisito l'intesa della Conferenza unificata e

che, ciononostante, ha mantenuto ugualmente nel testo finale del decreto legislativo. Gli enti territoriali chiedevano di prevedere che la determinazione delle risorse per gli incrementi retributivi destinati al rinnovo dei contratti collettivi nazionali delle amministrazioni regionali, locali e degli enti del Servizio sanitario nazionale avvenisse "previa concertazione" con le proprie rappresentanze. Ma il Governo ha ritenuto di non poter accogliere tale richiesta, giustificando tale rifiuto con l'argomentazione che la norma rappresenta una misura di coordinamento della finanza pubblica tipicamente riconducibile alle competenze dello Stato, e che la previsione della mera "previa consultazione" con le rappresentanze istituzionali del sistema delle autonomie garantisce, comunque, il rispetto del principio della leale collaborazione ed il coinvolgimento degli enti territoriali nella concreta determinazione delle risorse da impegnare per il rinnovo dei contratti.

Norme specifiche sulla contrattazione integrativa per il personale regionale sono, invece, rintracciabili soprattutto nell'art. 55 del d.lgs. n. 150/2009, che ha novellato l'art. 40 *bis* del d.lgs. n. 165/2001, riguardante la disciplina dei controlli in materia di contrattazione integrativa.

Esso ha stabilito, in primo luogo, l'obbligo, per le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2 (dunque, anche per le Regioni), di inviare, entro il 31 maggio di ogni anno, specifiche informazioni sui costi della contrattazione integrativa, certificate dagli organi di controllo interno, al Ministero dell'economia e delle finanze, che predispone, allo scopo, uno specifico modello di rilevazione, d'intesa con la Corte dei conti e con la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica. Tali informazioni sono volte ad accertare – oltre al 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 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. Dette informazioni devono essere trasmesse anche alla Corte dei conti che, ferme restando le ipotesi di responsabilità eventualmente ravvisabili, le utilizza, unitamente a quelle trasmesse ai sensi del Titolo V, pure ai fini del referto sul costo del lavoro (art. 40 *bis*, co. 3, d.lgs. n. 165/2001).

Le amministrazioni hanno, poi, l'obbligo di pubblicare in modo permanente sul proprio sito istituzionale, con modalità che garantiscano la piena visibilità e accessibilità delle informazioni ai cittadini, i contratti integrativi stipulati, con la relazione tecnico-finanziaria e quella illustrativa certificate dagli organi di controllo di cui al comma 1, nonché le informazioni trasmesse annualmente ai sensi del comma 3. La relazione illustrativa, fra l'altro, deve evidenziare gli effetti attesi in esito alla sottoscrizione del contratto integrativo, in materia di produttività ed efficienza dei servizi erogati, anche in relazione alle richieste dei cittadini (art. 40 *bis*, co. 4, d.lgs. n. 165/2001).

Il Dipartimento della funzione pubblica, di intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze e in sede di Conferenza unificata, predispone, infine, un modello per la valutazione, da parte dell'utenza, dell'impatto della contrattazione integrativa sul funzionamento dei servizi pubblici, evidenziando le richieste e le previsioni di interesse per la collettività; tale modello e gli esiti della valutazione devono essere pubblicati sul sito istituzionale delle amministrazioni pubbliche interessate dalla contrattazione integrativa (art. 40 *bis*, co. 4, d.lgs. n. 165/2001).

Il comma 3 *quinquies* del già menzionato art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 54 del d.lgs. n. 150/2001, ha stabilito, inoltre, che, per premiare il merito e il miglioramento della *performance* dei dipendenti, le Regioni, per quanto concerne le proprie amministrazioni (e gli Enti locali), possano destinare risorse aggiuntive alla contrattazione integrativa nei limiti stabiliti dalla contrattazione nazionale ed entro i 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 deve essere correlato all'effettivo 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 d.lgs. n. 150/2009.

L'art. 65, co. 4, del d.lgs. n. 150/2009 ha fissato, infine, il termine del 31 dicembre 2011 per l'adeguamento, nel comparto Regioni e Autonomie locali, dei contratti collettivi integrativi vigenti alle disposizioni riguardanti la definizione degli ambiti riservati alla contrattazione collettiva e alla legge, nonché a quanto previsto dalle disposizioni del Titolo III del decreto, e il termine del 31 dicembre 2012 come data di cessazione dell'efficacia dei contratti collettivi integrativi vigenti alla data di entrata in vigore del decreto, in caso di mancato adeguamento alle predette disposizioni dello stesso.

Riguardo, in conclusione, al monitoraggio sull'applicazione dei contratti collettivi nazionali e sulla contrattazione collettiva integrativa, il comma 4 del menzionato art. 46 del d.lgs. n. 165/2001, novellato dall'art. 58 del d.lgs. n. 150/2009, ha stabilito che esso sia di competenza dell'Aran, che ha l'obbligo di presentare annualmente al Dipartimento della funzione pubblica, al Ministero dell'economia e delle finanze nonché ai Comitati di settore, un rapporto in cui verifica l'effettività e la congruenza della ripartizione fra le materie regolate dalla legge, quelle di competenza della contrattazione nazionale e quelle di competenza dei contratti integrativi, nonché le principali criticità emerse in sede di contrattazione collettiva nazionale ed integrativa.

Ai fini di tale monitoraggio sull'applicazione dei contratti collettivi nazionali e integrativi, il comma 5 dell'articolo 40 *bis* del d.lgs. n. 165/2001 ha introdotto l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di trasmettere all'Aran, per via telematica, entro cinque giorni dalla sottoscrizione, il testo contrattuale con l'allegata relazione tecnico-finanziaria ed illustrativa e con l'indicazione delle modalità di copertura dei relativi oneri con

riferimento agli strumenti annuali e pluriennali di bilancio. I predetti testi contrattuali devono essere altresì trasmessi al Cnel. All'inosservanza di tale obbligo si applica, di conseguenza, la sanzione di cui al comma 7 dell'art. 40 *bis*, secondo la quale, in caso di mancato adempimento delle prescrizioni dell'articolo, oltre alle sanzioni previste dall'articolo 60, comma 2, è fatto divieto alle amministrazioni di procedere a qualsiasi adeguamento delle risorse destinate alla contrattazione integrativa.

Sezione III
L'incidenza della riforma sugli istituti del rapporto di lavoro pubblico

Assunzioni e progressioni in carriera nell'impiego pubblico locale, tra legge statale e legge regionale

di Vincenzo Luciani

Sommario
1. *Il regime giuridico dei concorsi per le assunzioni e per le progressioni in carriera.* – **2.** *I modelli di reclutamento del personale non dirigente.* – **3.** *Il requisito della residenza per l'accesso al lavoro pubblico.* – **4.** *Le progressioni in carriera tra risorse scarse e selettività.* – **5.** *La competenza legislativa delle Regioni tra principi generali e norme di dettaglio.*

1. *Il regime giuridico dei concorsi per le assunzioni e per le progressioni in carriera*

La legge n. 15/09 e il d.lgs. 150/09 (cd. riforma "Brunetta") sono intervenuti anche in materia di assunzioni e progressioni in carriera con l'obiettivo, più volte enunciato (specie nella legge delega) di obbligare le amministrazioni ad attenersi rigorosamente e senza eccezioni ai principi di concorsualità e selettività ([1]).

Reclutamento e progressioni in carriera costituiscono due istituti del lavoro pubblico a ridosso della linea di confine tra regime pubblicistico e regime privatistico, con inevitabili e rilevanti ricadute – nell'ambito dell'impiego pubblico regionale – sulla ripartizione di competenze tra fonte statale e fonte regionale.

Prima di chiarire la distribuzione delle competenze, è opportuno ricostruire sinteticamente la natura giuridica dei concorsi, sia finalizzati all'accesso sia strumentali alla promozione del

(1) Per un commento a tutti gli istituti riformati dalla legge n. 15/09 e dal d.lgs. n. 150/09 v. ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009.

dipendente, segnalando che è materia pervenuta ad un assetto definitivo e condiviso solo dopo un decennio dalla riforma che ha preso l'avvio dalla legge delega n. 421/1992.

All'indomani della legge del '92 che ha "contrattualizzato" il lavoro pubblico, era stata sottolineata l'ambiguità di alcune scelte del legislatore proprio nelle materie in esame: infatti concorsi, procedure per l'accesso e progressioni in carriera sono state "vittime" di soluzioni compromissorie e poco coraggiose del legislatore degli anni '90, venendo collocati in un'area "grigia" tra regime pubblicistico e regime privatistico ([2]). La citata legge delega n. 421/92, in tema di reclutamento, ha aderito all'opzione che vuole coperta dal principio di riserva di legge, di cui all'art. 97 Cost., anche l'area delle assunzioni, ponendo sullo stesso piano organizzazione degli uffici ed accesso all'impiego ([3]); in altri termini la regolamentazione di tutta l'attività che l'ente pubblico svolge per selezionare i più meritevoli, è stata attribuita al legislatore, con facoltà di affidare la disciplina di dettaglio solo alle fonti secondarie (atti normativi o amministrativi) ([4]).

(2) Sul punto F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI – M. D'ANTONA, (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2000, 105; P. TULLINI, *Selezione e avviamento al lavoro*, in CARINCI F. (a cura di), *La riforma del rapporto di lavoro pubblico – Contratto e rapporto di lavoro*, in *DLRI*, 1993, 684; M. D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *ADL*, 4, 1997, 43; sulla correlazione tra fonti di disciplina e regime giuridico M. RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in *DLRI*, 1996, 257 ss.; L. ZOPPOLI, *Il sistema delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro dopo la riforma: una prima ricognizione dei problemi*, in M. RUSCIANO – L. ZOPPOLI (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1993, 4 ss. A. MARESCA, *Le trasformazioni del rapporto di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in *DLRI*, 1996, 187 ss.

(3) In particolare l'art. 2, c. 1, lett. c), stabilendo che "i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro" appartengono alle materie "regolate con legge, ovvero, sulla base della legge o nell'ambito dei principi dalla stessa posti, con atti normativi o amministrativi", ha collocato il reclutamento nel novero delle materie (sono sette) per le quali è sempre necessario l'intervento della fonte unilaterale.

(4) Su questa opzione del riformatore nella materia dei concorsi, di mantenere il dominio delle fonti unilaterali, ha avuto un peso decisivo l'assioma secondo cui l'art. 97, nell'ammettere che sia la legge a provvedere in merito all'organizzazione dei pubblici uffici, miri ad estendere tale riserva anche al principio del concorso. D'altra

Non era per nulla scontata l'estensione del regime pubblicistico anche alle progressioni in carriera. Infatti, inizialmente l'area delle promozioni veniva collocata decisamente tra le materie "privatizzate", sulla base dell'argomentazione che le selezioni interne costituiscono una vicenda *modificativa* del rapporto di lavoro, rispetto alla quale il processo di contrattualizzazione ha prodotto integralmente i suoi effetti. In particolare la giurisprudenza, muovendo dal presupposto che il riformatore del '92 avesse inteso promuovere l'unificazione normativa a partire dalla stipulazione del contratto di lavoro, ha inizialmente ritenuto che lo strumento concorsuale, allorquando mira a selezionare dipendenti da promuovere alla qualifica superiore, costituisse un'attività di tipo privatistico, mirata a modificare un rapporto già instaurato (5). La scelta di questa soluzione veniva

parte l'accostamento funzionale tra strumento concorsuale ed esigenze organizzative deriva, quasi *de plano*, dalla sua collocazione nell'ambito della carta costituzionale, che lo sancisce nella disposizione dedicata all'organizzazione dei pubblici uffici e non nel successivo art. 98 Cost., riferito specificamente al dipendente pubblico: la scelta di fissare il principio nella disposizione sui pubblici uffici, si è osservato, costituisce la riprova che per volontà costituzionale le procedure concorsuali vanno regolate con modalità strumentali al soddisfacimento dell'imparzialità e del buon andamento dell'organizzazione amministrativa. A commento delle scelte del riformatore, l'affidamento al monopolio della legge o comunque della fonte unilaterale, della regolamentazione della fase di reclutamento, è stata unanimemente stigmatizzata, ritenendo che essa sia stata frutto più di una scelta preconcetta che una necessità imposta dall'ordinamento: invero, si è argomentato, la norma costituzionale, art. 97 Cost., che impone alle amministrazioni di assumere tramite concorso, pur connessa all'organizzazione dei pubblici uffici, peraltro condiziona i fini dell'attività, ma non i modi; per cui le procedure di assunzione, una volta salvaguardato il principio concorsuale, ben potevano essere disciplinate anche da fonti di origine pattizia: sul punto sia consentito rinviare a V. LUCIANI, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Jovene, 2002, sp. p. 15 ss.

(5) In questo caso le regole concorsuali erano da intendere quali "norme di relazione"; se il candidato non è dipendente, siamo al cospetto di "norme di azione", che regolano il potere pubblicistico e sono poste in funzione di interessi dell'amministrazione. Così viene chiarita la distinzione in una decisione del giudice di merito (Trib. Napoli, ordinanza, 10 dicembre 1999, in *www.giuffrè.it/riviste/LPA*): "qualora si dubiti della legittimità del procedimento di assunzione, il partecipante al concorso non può vantare alcuna posizione titolata inerente al rapporto di pubblico impiego e non vi è motivo, pertanto, persistendo la norma dell'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, di affidare al giudice ordinario un sindacato sugli atti della pubblica amministrazione. Analoga esigenza non può rinvenirsi, invece, in relazione a tutte le forme *lato sensu* contrattuali poste in essere in costanza di rapporto.

condivisibilmente sostenuta sulla base della considerazione che il passaggio alla qualifica superiore non realizza alcuna novazione, dal momento che il rapporto è sempre il medesimo, che prosegue senza soluzione di continuità e quindi senza estinzione del precedente e contestuale costituzione del nuovo ([6]).

L'indirizzo della S.C. è mutato con la decisione a Sezioni Unite, n. 15403 del 2003: con questa pronuncia si è pervenuti alla piena equiparazione tra procedure finalizzate alla costituzione del rapporto di lavoro e procedure funzionali alla progressione in carriera, dal momento che in entrambe le situazioni l'amministrazione è tenuta a fare ricorso allo strumento del concorso pubblico. Per giustificare la conformità di questa posizione al testo dell'art. 63, co. 4, del d.lgs. 165/01 (secondo cui al giudice amministrativo spettano solamente le controversie in materia di "procedure concorsuali *per l'assunzione*"), la giurisprudenza è stata costretta a fornire un'interpretazione estensiva del termine assunzione, affermando che esso "deve essere correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all'ingresso iniziale nella pianta organica del personale, dal momento che, oltre tutto, l'accesso nell'area superiore di personale interno od esterno implica, esso stesso, un ampliamento

Come costantemente ha insegnato il Supremo Collegio in materia di rapporti di lavoro dei dipendenti di e.p.e. o di concessionari di pubblico servizio di trasporti - materie queste analoghe a quella che qui ne occupa - nel caso di concorso interno, la discrezionalità valutativa che contrassegna le operazioni di scelta non è riferibile all'esercizio di una potestà pubblica di autorganizzazione ma configura esercizio di attività imprenditoriale privatistica, ovvero si caratterizza come prestazione procedimentale dovuta dall'imprenditore nell'ambito del rapporto obbligatorio attinente al concorso, sindacabile dal giudice ordinario tanto sotto il profilo dell'osservanza delle norme regolamentari e dei patti della contrattazione collettiva, quanto sotto il profilo dell'osservanza del principio generale della correttezza, di cui all'art. 1175 c.c. (S.U. Sent. nn. 1-81, 2722-85, 1538-89, 2845-89 e da ultimo Sez. Un., 3 dicembre 1996, n. 10796)".

(6) In questo senso Cass. 11 giugno 2001, n. 7859, in *FI*, 2002, I, c. 2968 ss. Nello stesso senso Cass. S.U. 21 febbraio 2002 n. 2514, in *LPA*, II, p. 589 ss.; Cass. S.U., 22 marzo 2001 n. 128, in *GDA*, 2002, p. 275 ss., con nota di SGARBI, nel medesimo senso, Cass. S.U., 11 giugno 2001 n. 7859, in *Cons. St.*, 2001, II, p. 1469 ss. A commento di queste decisioni v. A. AURILIO, *Concorsi interni e riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *LPA*, 2000, p. 1151 ss.; D. MEZZACAPO, *I concorsi finalizzati alla progressione professionale dei pubblici dipendenti: giurisdizione e tecniche di tutela*, in *ADL*, 2002, p. 475 ss.

della pianta organica" ([7]).

Il mutamento di indirizzo in realtà è stato tutt'altro che inaspettato, in quanto questo approccio – rigido e formalistico, poco coerente con gli obiettivi di "contrattualizzazione" del lavoro pubblico – era stato più volte sollecitato dalla Corte costituzionale. Già in una decisione del 1999 la Consulta aveva osservato che "anche il passaggio dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni ad una fascia funzionale superiore – comportando *l'accesso ad un nuovo posto di lavoro* corrispondente a funzioni più elevate – è soggetta alla regola del pubblico concorso enunciata dal terzo comma dell'art. 97 Cost." ([8]).

Il Giudice di legittimità si è quindi adeguato a questo *dictum* e nelle decisioni successive, ha chiarito la portata del principio,

(7) Cass. 15 ottobre 2003, n. 15403, in *FI*, 2004, I, c. 1756. Ricostruire l'inquadramento di un dipendente in un superiore livello in termini di accesso ad un nuovo impiego (e non, come pacificamente avviene nel diritto del lavoro, di modifica del rapporto già in corso) costituisce retaggio di una sistemazione della materia del tutto superata. Tale ricostruzione, infatti, presuppone una configurazione del rapporto tra soggetto pubblico e persona fisica che presta ad esso la propria opera in termini di inserimento e collocazione nella organizzazione amministrativa (degli uffici), e corrisponde ad una concezione della prestazione oggetto di quel rapporto non già in termini di svolgimento di una attività lavorativa, bensì di servizio di un pubblico ufficio, in quanto tale conformata alle regole proprie di questi. Solo ragionando in tal modo, concependo l'accesso all'impiego quale formale collocazione nell'assetto organizzativo degli uffici, si può arrivare a dire che successive variazioni, laddove importino una nuova dislocazione in quell'assetto, costituiscano accesso ad un nuovo e diverso impiego. Ma così facendo, si torna alla vecchia concezione del pubblico impiego come elemento dell'organizzazione amministrativa, da cui, appunto, conseguiva che assunzione, così come licenziamento, e come mutamento di qualifica e mansioni venissero qualificati atti di esercizio del potere con cui il soggetto pubblico provvede a dare concreto assetto alla sua organizzazione, definendo la posizione del pubblico impiegato nell'ambito della struttura burocratica: sia consentito sul punto rinviare a V. LUCIANI, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, cit.

(8) Con la sentenza del 4 gennaio 1999, n. 1, in *DML*, 1999, 349 ss., avente ad oggetto l'art. 3, co. 205, 206 e 207, l. 28 dicembre 1995 n. 549 (come modificato dall'art. 6, co. 6 *bis* del d.l. 669/96, come convertito dalla l. 30/97), in tema di procedure finalizzate alla riqualificazione professionale di tutto il personale del Ministero delle Finanze; la Consulta ha ribadito il medesimo concetto anche nell'ordinanza 4 gennaio 2001 n. 2, in *GC*, 2001, I, p. 847 ss., nella la sentenza 16 maggio 2002, n. 194, in *LPA*, 2002, p. 289 ss., nella sentenza 29 maggio 2002 n. 218, in *www.cortecostituzionale.it*, nonché nella sentenza 23 luglio 2002 n. 373, in *LPA*, 2002, p. 571 ss.

adattandolo alle soluzioni individuate dalla contrattazione collettiva, nella tornata 1998-2001, in tema di classificazione del personale e di progressioni in carriera.

La S.C. ha così operato un distinguo a seconda della finalizzazione della procedura: se questa comporta il passaggio del candidato dipendente "in una diversa area, venendosi a configurare una vicenda assimilabile ad una vera e propria assunzione", la natura dell'attività è pubblicistica e la posizione giuridica del candidato è di interesse legittimo (e quindi la giurisdizione è assegnata al giudice amministrativo); se essa comporta la progressione del dipendente "da una qualifica ad altra, ma nell'ambito della stessa area", gli atti posti in essere dall'ente devono essere considerati di natura privatistica, come qualsiasi atto di gestione del rapporto di lavoro da parte dell'ente pubblico, e la posizione del candidato è di diritto soggettivo (di conseguenza il relativo contenzioso rimane al giudice ordinario) ([9]).

Nonostante si tratti sempre di un avanzamento professionale, si ritiene che nel secondo caso (mobilità all'interno dell'area) "si è in presenza di una mobilità verticale funzionalizzata unicamente a consentire il transito di dipendenti dotati di specifica professionalità e capacità ad una qualifica superiore e ad un più adeguato trattamento economico" ([10]).

In sintesi, le procedure concorsuali finalizzate al reclutamento ed al passaggio da un'area funzionale all'altra hanno natura pubblicistica, mentre le procedure mirate a selezionare i dipendenti che passano da una qualifica all'altra, rimanendo nella medesima area funzionale, hanno natura privatistica.

In questo scritto ci soffermeremo in particolare su concorsi per l'accesso e per la progressione verticale che, in quanto in regime pubblicistico, sono sottratti alla "privatizzazione" e

(9) Da ultimo Cass. S.U. 12 ottobre 2009, n. 21559.

(10) In senso critico su questo approdo della giurisprudenza A. CORPACI, *Pubblico e privato nel lavoro con le amministrazioni pubbliche: reclutamento e progressioni in carriera*, in *LPA*, 2007, 375 ss ; F. MARINELLI, *Giurisdizione e concorsi interni: come le Sezioni Unite si uniformano, allontanandosene, al proprio orientamento espresso con la sentenza n. 15403/2003*, in *LPA*, 2005, p. 878.

quindi esulano dalla competenza della legge statale. Si tratta di profili "pubblicistico-organizzativi" del rapporto e quindi attinenti all'"ordinamento e organizzazione amministrativa regionale", rientranti pertanto nella potestà legislativa residuale della Regione, ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost.: infatti la materia (relativa all'"ordinamento e organizzazione amministrativa regionale") non è contenuta nell'elenco di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 117 Cost. che individua la potestà legislativa esclusiva statale, competente solo per l'"ordinamento e organizzazione amministrativa" dello Stato e degli enti pubblici nazionali" ([11]).

Peraltro le novità introdotte con la legge n. 15/09 e il d.lgs. 150/09 incidono anche sull'impiego pubblico regionale in quanto la potesta legislativa regionale è vincolata al rispetto dei "principi generali di organizzazione pubblica", fissati dal legislatore statale nell'esercizio della sua funzione di garanzia dell'unitarietà dell'ordinamento ([12]).

In ossequio a questa direttiva, gli artt. 31 e 74 del d.lgs. 150/09 individuano le disposizioni contenute nel decreto medesimo da considerare "principi generali" che le regioni, gli enti regionali, le amministrazioni del Servizio Sanitario nazionale nonché gli enti locali sono tenuti ad osservare nell'adeguare i propri ordinamenti. Per le tematiche qui analizzate, si tratta dell'art. 24, commi 1 e 2 (progressioni in carriera) e dell'art. 62, commi 1 *bis* e 1 *ter* del d.lgs. 150/09 (disposizione che ha modificato ed integrato l'art. 52 del d.lgs. 165/01 in tema di mansioni).

Nei paragrafi che seguono si analizzeranno le indicate disposizioni nonchè alcuni profili, toccati dalla riforma, relativi al reclutamento del personale come regolato nel testo unico del 2001 che, in virtù dell'art. 35, comma 7, d.lgs. 165/01, contiene anch'essa principi generali vincolanti per gli enti locali.

---

(11) Sul tema v. in questo numero della Rivista il contributo di A. TROJSI, *L'impiego pubblico regionale: fonti riformate del lavoro pubblico e spazi di competenza legislativa delle Regioni.*

(12) Sul punto Corte cost. 15 dicembre 2004, n. 388 e da ultimo Corte cost. 30 luglio 2009, n. 252.

Nell'ultimo paragrafo si procederà a chiarire la nozione di principio generale, in relazione ai profili esaminati.

2. *I modelli di reclutamento del personale non dirigente*

Il d.lgs. n. 165/01, per il reclutamento del personale non dirigenziale, prevede all'art. 35, due modelli per l'accesso alle pubbliche amministrazioni:

a) le procedure di selezione;

b) l'avviamento dalle liste di collocamento ([13]);

Il t.u. del 2001, nell'individuazione dei meccanismi di accesso, non fa riferimento specifico al termine *concorso:* la procedura concorsuale viene ricompresa nella categoria più generale di "*procedure selettive (...) volte all'accertamento della professionalità richiesta"* (art. 35, c. 1 lett. a), d.lgs. 165/01). In altri termini con questa formula il legislatore ha legittimato le amministrazioni a ricorrere anche a procedure selettive che non presentino i requisiti del concorso, che è strumento con il quale si procede alla *scelta oggettiva dei migliori tra i candidati;* si consente di utilizzare meccanismi, che pur dovendo possedere il carattere della neutralità, siano tuttavia privi del metodo comparativo, che costituisce il *proprium* del concorso ([14]).

Ciò posto, pur ammettendo la possibilità, ai sensi del citato art. 35, di introdurre strumenti selettivi di tipo non concorsuale, nell'ordinamento non si rinvengono selezioni, non basate sul merito, diverse da quella regolata dall'art. 16 della l. 56/1987. Quindi, nel contesto normativo fino a questo momento in vigore le procedure selettive previste dalla lett. a) del primo comma dell'art. 35 d.lgs. 165/01 si esauriscono nei sistemi di tipo concorsuale. Tale quadro sarebbe potuto mutare nel momento in

(13) A queste due modalità si affianca il collocamento mirato dei disabili tramite chiamata numerica degli iscritti nell'apposita lista presso i centri per l'impiego, ai sensi della legge 12 marzo 1999, n. 68.

(14) L. FIORILLO, *Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili,* in F. CARINCI – M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche,* Milano, Giuffrè, 2000, 1040-1041.

cui lo stesso legislatore, ma anche i singoli enti, in virtù della loro potestà regolamentare (così art. 117, co. 6 Cost. e art. 70, comma 13 del d.l.g. 165/01) avessero introdotto *altri strumenti selettivi*, rispettando le direttive contenute nell'art. 35, comma 3 del d.l.g. 165/01.

Quest'ultimo esito (introduzione di procedure di accesso selettive ma non concorsuali) non è più realizzabile alla luce della previsione di cui all'art. 2, co. 1, lett. g) della legge n. 15/2009, ai sensi del quale i decreti delegati devono introdurre una disciplina che rispetti il "principio di concorsualità per l'accesso al lavoro pubblico e per le progressioni di carriera".

L'avere sancito con enfasi e perentorietà il principio del concorso, non costituisce solo una direttiva vincolante in futuro per il legislatore e per le amministrazioni, ma pone un immediato problema interpretativo proprio con riferimento all'unica procedura selettiva non concorsuale prevista nel settore pubblico dall'art. 16 della l. n. 56/87. Infatti il principio generale di concorsualità, di cui al citato art. 2, co. 1, lett. g) della l. 15/09 non tiene conto che già da tempo (appunto dal 1987) l'accesso al lavoro pubblico non avviene sempre per concorso in quanto, per le qualifiche medio – basse (per le quali è sufficiente il titolo di scuola media dell'obbligo) si procede attraverso richiesta di avviamento numerico inoltrata ai centri per l'impiego ([15]). Si

(15) Tale via di accesso, introdotta già nel 1987 (art. 16 della l. 56/87) in virtù della facoltà di deroga, per via al legislativa, al principio generale del concorso, (art. art. 97, co. 3, Cost.), ha la sua *ratio* nell'esigenza di evitare il ricorso al dispendioso e sproporzionato strumento del concorso allorquando si trattare di coprire posti di lavoro di esiguo contenuto professionale. La disciplina dell'istituto è contenuta nell'art. 16 della l. n. 56 del 1987, nell'art. 9 *bis*, commi 11-12 della l. 608 del 1996 e nel d.P.R. 487 del 1994, come modificato dal d.P.R. 693/1996. La normativa richiamata stabilisce che la pubblica amministrazione chieda l'avviamento di un numero doppio di lavoratori rispetto ai posti da ricoprire. In base ad una modifica introdotta dalla successiva l. 608/1996, si prevede che si formi una graduatoria tra coloro che si presentano presso gli uffici pubblici a seguito di comunicazione, adeguatamente diffusa dagli organismi di collocamento, dando precedenza ai lavoratori che sono già iscritti nelle liste formate dai centri per l'impiego, proprio in funzione di queste assunzioni. L'obiettivo di assicurare la celerità del reclutamento viene garantita mediante l'obbligo, imposto agli uffici di collocamento, di evadere le richieste del datore di lavoro pubblico nel termine di 15 giorni .

tratta di procedura selettiva - consente cioè all'amministrazione di scegliere gli idonei e di escludere i non idonei - ma in essa manca l'elemento qualificante il concorso, cioè il metodo comparativo: infatti obiettivo di questo strumento, non è l'individuazione dei migliori tra i candidati, ma è la verifica della sussistenza dell'idoneità professionale degli aspiranti rispetto al posto da ricoprire, seguendo l'ordine di graduatoria ([16]).

La formula ampia di cui all'art. 2, co. 1, lett. g), indurrebbe a ritenere che il legislatore del 2009 abbia voluto travolgere questo meccanismo: peraltro l'assenza di qualsiasi indicazione abrogativa (implicita o esplicita) nel d.lgs. 150/09 fa propendere semplicemente per un difetto di coordinamento o comunque di una "dimenticanza" da parte della l. 15/09, che ha omesso di far salve le procedure selettive non concorsuali in vigore; la discrasìa andrebbe superata attraverso un intervento correttivo di cui all'art. 2, co. 3, della l. 15/09 ([17]).

3. *Il requisito della residenza per l'accesso al lavoro pubblico*

L'unica modifica che la riforma del 2009 apporta alla disposizione del testo unico del 2001 dedicata al reclutamento del personale (art. 35 d.lgs. 165/01) è in tema di requisiti d'accesso. In particolare l'art. 51 del d.lgs. 150/09, intitolato *territorializzazione delle procedure concorsuali*, prevede l'aggiunta di un periodo al co. 5 *ter* dell'art. 35 del d.lgs. 165/01.

Non è superfluo anzitutto chiarire che, a dispetto del titolo, la disposizione non si occupa di decentramento delle procedure

(16) La selezione in esame, regolata dal d.P.R. 487/1994 e successive modificazioni, viene svolta dall'amministrazione che ha richiesto l'avviamento, che costituisce una commissione composta, nel rispetto dei requisiti previsti dall'art. 35, comma 3 del d.lgs. 165/01, da un dirigente dell'ente e da due esperti nelle materie relative ai posti da coprire (art. 9, comma 2, lett. c) d.P.R. 487/1994). La Commissione effettua la selezione attraverso l'espletamento di prove pratiche e sperimentazioni lavorative mirate ad accertare l'idoneità a ricoprire il posto vacante.

(17) La disposizione stabilisce che "entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al comma 1, il Governo può adottare eventuali disposizioni integrative e correttive, con le medesime modalità e nel rispetto dei medesimi princìpi e criteri".

concorsuali, ma mira a limitare, sulla base della provenienza territoriale, il numero dei candidati che aspirano a partecipare a determinati concorsi. La norma (art. 51 del d.lgs. 150/09) sancisce che "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". La disposizione attua una direttiva contenuta nella legge delega 15/2009 all'art. 2, co. 1, lett. g)., in cui si legge che i decreti delegati devono "introdurre strumenti che assicurino una più efficace organizzazione delle procedure concorsuali su base territoriale, conformemente al principio della parità di condizioni per l'accesso ai pubblici uffici, da garantire, 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".

Una prima anomalìa è che si fa fatica a distinguere il principio dalla regola attuativa. Li accomuna una prosa ambigua e contorta, chiaro esito di un compromesso faticosamente raggiunto ([18]): il senso delle disposizioni è di autorizzare le amministrazioni ad inserire nei bandi di concorso la residenza in una determinata area geografica quale requisito di ammissione alle procedure concorsuali.

A parte la discutibilità della tecnica legislativa, la regola solleva una molteplicità di dubbi, anzitutto sul piano costituzionale, per violazione:

a) del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.);

b) del principio di parità di accesso ai pubblici uffici (art. 51 Cost.);

c) dello stesso principio del concorso (art. 97 Cost.), che impone di svolgere la selezione comparativa allargando il più possibile la platea dei candidati.

(18) G. FERRARO, *Prove generali di riforma del lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2009, p. 249.

Appare troppo debole la finalizzazione del requisito "all'assolvimento di servizi altrimenti non attuabili o almeno non attuabili con identico risultato": pur ipotizzando che la provenienza territoriale consenta di erogare un servizio più efficacemente, non sembra esservi proporzionalità con i valori (costituzionali) sacrificati a causa delle esclusioni che l'applicazione di questo requisito determinerebbe ([19]).

Ma oltre a questi non marginali dubbi, il nuovo comma 5 *ter* dell'art. 35 del d.lgs. 165/01, si pone in contrasto con la direttiva generale, coerente con i principi comunitari, secondo cui ai pubblici uffici accedono anche i cittadini dell'Unione Europea, a meno che non si tratti di posti di lavoro che "implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri ovvero attengano alla tutela dell'interesse nazionale" ([20]). La disciplina attualmente è contenuta nell'art. 38 del d.lgs. 165/2001 ([21]): in virtù di tale di-

(19) La genesi controversa di questa previsione è dimostrata dalla circostanza che nelle prime versioni del d.lgs. non vi era alcuna disposizione che attuasse il principio sancito dall'art. 2, co. 1, lett. g), della l. 15/09.

(20) Ai cittadini degli Stati membri della UE è comunque richiesto, alla stessa stregua dei cittadini italiani, il possesso di ulteriori requisiti, fissati dall'art. 3 del d.p.c.m. 17 dicembre 1994, n. 174 (come modificato dal d.P.C.M. 5 ottobre 1996, n. 623), in quanto devono: a) godere dei diritti civili e politici anche negli Stati di appartenenza o provenienza; b) possedere tutti i requisiti richiesti per i cittadini italiani, all'infuori ovviamente della cittadinanza; c) avere adeguata conoscenza della lingua inglese.

(21) L'applicazione di questa previsione è contenuta nel d.p.c.m. n. 174/94. Il regolamento individua anzitutto «i posti della pubblica amministrazione per i quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana»; ai sensi dell'art. 1, co. 1, sono:

a) i livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e delle altre pubbliche amministrazioni;

b) i posti con funzioni di vertice amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni pubbliche dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, enti pubblici economici, delle regioni, comuni e della Banca d'Italia;

c) i magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, avvocati e procuratori dello Stato;

d) i ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei Ministri, dei Ministeri degli Esteri, dell'Interno, di Grazia e Giustizia, della Difesa e delle Finanze e del Corpo forestale dello Stato, fatta eccezione per i posti per i quali non è richiesto un titolo di studio superiore a quello della scuola media dell'obbligo (in particolare le assunzioni ai sensi dell'art. 16 della legge n. 56/1987).

Dopo l'ampio elenco di posti «riservati», contenuto nell'art. 1 del d.p.c.m. n. 174/1994, il regolamento all'art. 2 passa in rassegna altri incarichi, individuati per

sposizione, nell'accesso ai posti di lavoro pubblico, i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea sono equiparati ai cittadini italiani. La disposizione del t.u. del 2001 ha ridotto ad eccezione il requisito della cittadinanza italiana, enunciando come principio generale per le assunzioni presso le amministrazioni pubbliche, il possesso della cittadinanza «comunitaria» ([22]).

In coerenza con questa evoluzione del quadro giuridico i tentativi di alcune amministrazioni locali di introdurre uno sbarramento collegato alla provenienza territoriale del candidato sono stati censurati e respinti dallo stesso Stato, in sede di procedura di annullamento straordinario, ai sensi dell'art. 2, co. 3, lett. p), della l. 400/88 ([23]), che ha dichiarato illegittime alcu-

---

tipologie di funzioni. Infatti i cittadini non italiani non possono accedere a:
a) funzioni che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi;
b) funzioni di controllo di legittimità e di merito

(22) La disposizione in sostanza individua nella cittadinanza *comunitaria* il requisito generale, recependo un'interpretazione *funzionale* dell'art. 48, co. 4, del Trattato di Roma istitutivo della Comunità europea, disposizione che esclude «gli impieghi nella pubblica amministrazione» dal campo di applicazione del principio di libera circolazione delle persone e dei lavoratori. Con l'art. 38 d.lgs. 165/01 il legislatore ha aderito ad un orientamento enunciato dalla Corte di Giustizia già nel 1980, in una decisione nella quale veniva temperato il divieto di applicare il principio di libera circolazione alla pubblica amministrazione, stabilendo che si potesse impedire l'accesso ad un cittadino degli altri paesi della comunità solo quando si tratti di funzioni che si sostanziano in poteri di decisione preordinati alla cura di interessi generali e assistiti dalla potestà di imperio mediante cui si esprime la volontà statale: tali posti presuppongono infatti l'esistenza, nei confronti dello Stato, di un rapporto di particolare «solidarietà», tale da giustificare il divieto di accesso ai cittadini privi della cittadinanza nazionale: Corte di Giustizia 17 dicembre 1980 C-149/79. Sul tema P. PASCUCCI, *Accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni*, in BAYLOS A. - CARUSO B. - D'ANTONA M. (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, Monduzzi, 1996, 379 ss.; R. FOGLIA, *La libertà di circolazione dei lavoratori*, in TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Trattato di Diritto privato diretto da M. BESSONE, tomo II, Torino, Giappichelli, 2000, 833 ss.; TRAINA, *La libertà di circolazione nella comunità economica europea e pubblico impiego in Italia*, in *RTDPC*, 1991, 329 ss.

(23) In particolare con d.P.R. 4. maggio 1998 (in *GU* 8 luglio 1998, n. 157) Comune di Broni; d.P.R. 3 novembre 1998 (in *GU* 7 dicembre 1998, n. 286), Comune di Lazzate; d.P.R. 5 febbraio 1999 (in *GU* 15 marzo 1999, n. 61), Comune di Alessandria. In proposito A. MARI, *Residenza e titoli di preferenza nei concorsi degli enti locali*, in *GDA*, 1999, 808 ss.

ne delibere di enti con le quali si prevedeva l'assegnazione di un punteggio di partenza maggiore ai candidati residenti nel territorio ove si trovava l'ente che bandiva il concorso.

Anche la stessa giurisprudenza ha ritenuto illegittimi i bandi contenenti clausole di attribuzione di un maggiore punteggio per candidati residenti in determinati territori, evidenziando che si tratta di un requisito "che non assurge a mezzo rappresentativo di particolari doti di capacità ed attitudini acquisite, e pertanto viola il principio del concorso che è preordinato alla selezione dei migliori tra i candidati che vi partecipano" ([24]).

Tra valori costituzionali in gioco e vincoli comunitari emerge un quadro giuridico che lascia ben pochi spazi a disposizioni di bandi che possano condizionare la partecipazione ad una procedura concorsuale sulla base del luogo di residenza del candidato. Ci si chiede se sarà sufficiente da parte dell'amministrazione, che intende ricorrervi, addurre che l'erogazione dei servizi cui è destinato il personale "locale" richieda come requisito essenziale la provenienza da un determinato territorio. Visti i valori che vengono sacrificati, è comunque da escludere che l'amministrazione possa limitarsi a dimostrare, come invece sembra trasparire dalle due disposizioni citate, la mera opportunità o convenienza economica della scelta.

4. *Le progressioni in carriera tra risorse scarse e principio di selettività*

La riforma del 2009 scommette molto sulla progressione in carriera quale strumento per migliorare la produttività e quindi l'efficienza delle pubbliche amministrazioni.

L'istituto viene accomunato e collegato al sistema degli incentivi, venendogli dedicato sia l'art. 2, co. 1, lettera g), sia l'art. 5, co. 2, lettere b), e) ed f) della l. 15/09. Il d.lgs. 150/09 contiene disposizioni di attuazione nell'art. 24 e nell'art. 62 che

(24) Cons. Stato 23 giugno 1984, n. 491, in *CS*, 1984, I, p. 722; nello stesso senso Cons. Stato 30 giugno 1999, n. 288, in *RG Scuola*, 2002, p. 551.

riscrive l'art. 52 ("disciplina delle mansioni"), del d.lgs. 165/01 proprio nella parte riservata alla mobilità professionale.

La più importante svolta che emerge da questa serie di norme è l'appropriazione dell'istituto delle progressioni in carriera, almeno nelle direttive generali, da parte della fonte legislativa. Finora la legge si era limitata ad enunciare il principio secondo cui il dipendente è tenuto a svolgere le mansioni per le quali è stato assunto nonché "*quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto delle procedure selettive di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a)*" (art. 52, co. 1, d.lgs. 165/01) ([25]).

Prima di analizzare le novità, è opportuno evidenziare che la predisposizione di un rinnovato sistema di classificazione del personale è stato merito della contrattazione collettiva che, nei diversi comparti, a partire dal 1998-2001, ha apprestato un articolato e complesso sistema di inquadramento con la previsione di tre/quattro aree/categorie di inquadramento, fissando per ognuna di esse la descrizione dei requisiti indispensabili per l'inquadramento nell'area, corrispondente a livelli omogenei di competenze. Tale articolazione ha caratteristiche profondamente differenti nei vari comparti: in tutti, per ogni area/categoria, si procede ad una descrizione di carattere generale delle competenze, individuate per grado di complessità, che accomunano i dipendenti inquadrati in quell'ambito; mentre però in alcuni (ad es. nel CCNL dei Ministeri) si prosegue riportando le caratteristiche professionali di ogni posizione economica, identificate per diversi gradi di complessità e contenuto, ciò non è avvenuto in altri (ad es. nei comparti degli Enti locali e della Sanità), dove si passa direttamente all'individuazione delle figure professionali che vi sono inserite.

In questo sistema, la mobilità professionale è proiettata in due direzioni: la progressione cd. verticale, vale a dire il pas-

(25) Sulla mobilità professionale ai sensi dell'art. 52 del d.lgs. 165/01 v. U. GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro,* Rubettino, Soveria Mannelli (CZ), 2008, 51 ss.; L. SGARBI, *Mansioni e inquadramento dei dipendenti pubblici,* Cedam, Padova 2004.

saggio da un'area all'altra, equiparata come detto all'assunzione, e la progressione cd. orizzontale o economica, vale a dire la mobilità all'interno dell'area.

Il principio di concorsualità, solennemente sancito dall'art. 2, co 1, lett. g) della l. 15/09, in realtà è osservato fin dall'inizio dalla contrattazione collettiva, con riferimento alle progressioni verticali: gli accordi sindacali, già dalla tornata 1998-2001 (la prima ad introdurre il nuovo sistema di classificazione del personale) hanno disciplinato il passaggio/accesso alla prima posizione economica dell'area successiva imponendo sempre il filtro delle procedure concorsuali, con riserva del 50% dei posti all'accesso dall'esterno e il rimanente 50% ai dipendenti dell'area inferiore, a prescindere dalla posizione economica di provenienza; nella contrattazione collettiva si prevede la possibilità di accedere alla prima posizione economica dell'area successiva anche in deroga ai titoli di studio previsti per l'accesso dall'esterno (fatti salvi i titoli abilitativi previsti da norme di legge), purchè l'aspirante interno sia in possesso di una certa anzianità che dovrà essere tanto maggiore quanto più la qualifica di provenienza è distante, nella classificazione professionale, da quella di destinazione ([26]). Le amministrazioni, nel procedere alle selezioni comparative per la progressione in carriera tra le aree devono osservare i vincoli fissati dall'a. 35 del d.lgs. 165/01 che richiede che ogni procedura sia caratterizzata da: pubblicità, imparzialità, economicità, celerità, oggettività e trasparenza, idoneità alla verifica del possesso dei requisiti professionali, pari opportunità tra lavoratori e lavoratrici, decentramento delle procedure, composizioni delle commissioni di concorso con esperti.

Quest'assetto viene "fotografato" dal legislatore del 2009, il

(26) Ad esempio il c.c.n.l. dei Ministeri, per l'accesso all'area, prevede l'espletamento di procedure selettive che attraverso una valutazione ponderata di tutti i titoli presentati dai candidati, in relazione alle peculiarità professionali che caratterizzano le aree ed i profili cui si riferiscono le selezioni. Ai fini della determinazione del punteggio finale si fa riferimento al titolo di studio, all'esperienza professionale, agli altri titoli culturali e professionali, ai corsi di aggiornamento e di qualificazione professionale ed alle prove selettive finali. (art. 13, co. 2, lett. b), c.c.n.l. 2006-2009 comparto Ministeri.

quale peraltro si incarica di regolamentare direttamente alcuni profili: è il legislatore a stabilire innanzitutto che in luogo delle categorie e aree professionali individuate dai CCNL successivi alla riforma del '92, ora l'inquadramento del personale pubblico debba articolarsi in "aree funzionali" .

La riforma del 2009, nell'individuare la *percentuale di riserva agli esterni*, impone nel novellato art. 52 del d.lgs. 165/01, il vincolo minimo del 50%. La disposizione, con riferimento al personale degli enti locali, produce effetti abrogativi nei confronti dell'art. 91, co. 3, del d.lgs. n. 267/2000 (testo unico degli enti locali), nel quale si prevede che "gli enti locali che non versino nelle situazioni strutturalmente deficitarie possono prevedere concorsi interamente riservati al personale dipendente, solo in relazione a particolari profili o figure professionali caratterizzati da una professionalità acquisita esclusivamente all'interno dell'ente". Come anticipato, anche l'art. 62, co. 1 *bis*, del d.lgs. n. 150/09 – che ha inserito nell'art. 52 del d.lgs. n. 165/01 la riserva a favore degli esterni – viene qualificato dalla stessa riforma del 2009 (all'art. 74, co. 2), "principio generale dell'ordinamento" al quale devono adeguarsi regioni ed enti locali: anche queste amministrazioni pertanto non potranno più svolgere concorsi, per il passaggio da un'area all'altra, interamente riservati al personale interno.

Le novità del d.lgs. n. 150/09, applicabili al lavoro pubblico locale, riguardano anche il profilo professionale rispetto al quale il vincolo della riserva agli esterni è imposto: finora la contrattazione collettiva lo richiedeva per le posizioni economiche iniziali di ogni area; ora, in virtù dell'art. 52, co. 1 *ter*, del d.lgs. 165/01 (come novellato dall'art. 62, co. 1 *ter*, del d.lgs. 150/09) il vincolo è esteso anche alle posizioni economiche apicali di ogni area funzionale. Per l'accesso a questa fascia economica il d.lgs. 150/09 specifica anche il tipo di procedura concorsuale che viene imposta all'amministrazione: si deve trattare di un corso-concorso bandito dalla Scuola Superiore della Pubblica

Amministrazione ([27]).

Considerata la duplicità di regime giuridico tra progressioni verticali e progressioni orizzontali, la copertura delle posizioni economiche apicali avverrà quindi attraverso due distinte procedure che saranno autonome anche sul piano del regime giuridico: i candidati-dipendenti, che partecipano alla procedura selettiva interna, sono destinatari di un atto privatistico conforme alla normativa nazionale, mentre i candidati esterni, ai quali è riservato il 50% dei posti, prendono parte ad una selezione concorsuale di natura pubblicistica, disciplinata da regole fissate nella fonte legislativa regionale.

Si è già evidenziato che anche nel passaggio di area, come per il sistema di progressione economica, si richiede uno stretto collegamento con il sistema di valutazione per l'attribuzione dei premi di cui all'art. 19 ([28]): gli artt. 24, co. 3, e l'art. 62 del d.lgs. 150/09 stabiliscono che la collocazione nella fascia di merito alta – per tre anni consecutivi o per cinque non consecutivi – prevista dalla disposizione che disciplina il sistema di valutazioni costituisca titolo *rilevante* ai fini della progressione in carriera ([29]).

(27) In questo modo si estende la competenza della SSPA che finora si occupava di selezione per l'accesso alla dirigenza: il funzionamento della SSPA è regolato dal d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 381. La legge verrà modificata in base alla delega contenuta nell'art. 24 della l. 69/09, intitolato *Riorganizzazione del Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione, del Centro di formazione studi e della Scuola superiore della pubblica amministrazione.*

(28) L'art. 19 del d.lgs. 150/09, prevede tre fasce di merito in funzione del trattamento accessorio da distribuire: il 25 % delle professionalità presenti raggruppati nella fascia alta, cui spetta il 50 delle risorse previste per il trattamento accessorio, il 50% dei dipendenti dell'area è collocata nella fascia media, cui spetta il 50% degli incentivi, mentre nella fascia bassa va collocato il rimanente 25% cui non spetta alcuna voce a titolo di trattamento accessorio. Il comma 4 dell'art. 19 consente ristretti margini di flessibilità, prevedendo che "la contrattazione collettiva integrativa può prevedere deroghe alla percentuale del venticinque per cento di cui alla lettera a) del comma 2 in misura non superiore a cinque punti percentuali in aumento o in diminuzione, con corrispondente variazione compensativa delle percentuali di cui alle lettere b) o c). La contrattazione può altresì prevedere deroghe alla composizione percentuale delle fasce di cui alle lettere b) e c) e alla distribuzione tra le medesime fasce delle risorse destinate ai trattamenti accessori collegati alla performance individuale".

(29) Nella versione definitiva del decreto legislativo, anche in accoglimento del pa-

In questo giusto intreccio tra sistema di valutazione da un lato e progressione in carriera dall'altro, non può peraltro non cogliersi un'incoerenza nella notevole riduzione dei posti destinati alla progressione interna a favore dei candidati esterni: la carriera, come leva fondamentale per premiare ed incentivare i dipendenti più meritevoli, rischia di essere ulteriormente indebolita per l'aumento dei vincoli per le amministrazioni nel garantire l'accesso dall'esterno. Nell'assetto finora in vigore, oltre a poter bandire concorsi riservati solo agli interni, gli enti locali che bandivano concorsi "pubblici" dovevano assicurare agli esterni una percentuale di posti solo per la posizione economica iniziale di ogni area; ora, in virtù del limite di cui all'art. 52, co. 1 *ter*, del d.lgs. 165/01 (come modificato dall'art. 62 del d.lgs. 150/09) le amministrazioni sono tenute a garantire tale riserva anche per le posizioni economiche apicali di ogni area.

Nonostante l'espansione dell'area di intervento della fonte legale, è innegabile che molte tessere del mosaico dovranno ancora essere riempite dalle amministrazioni locali e dalla contrattazione collettiva, chiamate ad un compito certamente gravoso ed impegnativo: in sede decentrata e negoziale dovranno individuarsi gli strumenti per realizzare il disegno voluto dal legislatore del 2009, che persegue apertamente l'obiettivo di costringere le amministrazioni a riservare incentivi e promozioni di carriera solo ad un numero molto limitato e selezionato di dipendenti.

5. *La competenza legislativa delle Regioni tra principi generali e norme di dettaglio*

Come già anticipato in premessa, tutta la disciplina fin qui analizzata contiene principi generali dell'ordinamento cui le regioni, gli enti locali e gli enti del Servizio sanitario Nazionale devono adeguare i propri ordinamenti. Il legislatore del 2009

rere della Commissione permanente presso il Senato, si è inserito il termine *rilevante* al posto di *prioritario*, per evitare che si svolgano concorsi per soli titoli.

ricorre ad una tecnica alquanto sbrigativa, etichettando come principi generali la disciplina contenuta negli artt. 24, commi 1 e 2 (progressioni in carriera) e 62, commi 1 *bis* e 1 *ter* del d.lgs. 150/09 (disposizioni che hanno modificato ed integrato l'art. 52 del d.lgs. 165/01 in tema di mansioni), nonché la regolamentazione contenuta nell'art. 35, commi da 1 a 6 del d.lgs. 165/01.

Rinviando alla giurisprudenza costituzionale che ha più volte chiarito la nozione di "principio generale dell'ordinamento giuridico" ([30]), è fin troppo evidente che, per considerare una norma quale "principio generale" non è sufficiente che sia lo stesso legislatore a qualificarla come tale; con riferimento alla disciplina fin qui analizzata, spetterà all'interprete desumere i principi generali vincolanti per le regioni e gli enti locali, distinguendoli dalle norme di dettaglio che vincolanti non sono.

Ribadito che le materie dell'accesso e delle progressioni verticali dei dipendenti pubblici locali, attenendo all'ordinamento ed all'organizzazione regionale ([31]), rientrano nella potestà legislativa delle Regioni, queste ultime, all'indomani della riforma del 2009, nell'adeguare i propri ordinamenti, sono tenute:

- ad indire obbligatoriamente procedure concorsuali sia per l'accesso sia per le progressioni in carriera;
- a prevedere nei bandi di concorso, quando ne ricorrono le condizioni, la "territorializzazione" delle procedure;
- ad inquadrare i dipendenti in almeno tre aree funzionali;
- a riservare, per le progressioni verticali, un'adeguata percentuale agli esterni, anche per quanto riguarda l'accesso alle posizioni professionali apicali di ciascun'area;
- a predisporre procedure concorsuali per la progressione

(30) A partire da Corte cost. 26 giugno 1956, n. 6, secondo cui «si debbono considerare come principi dell'ordinamento giuridico quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente. I principi generali che scaturiscono da questa coerente e vivente unità logica e sostanziale del diritto positivo possono riflettere anche determinati settori per convergere poi in sempre più elevate direttive generali coerenti allo spirito informatore di tutto l'ordinamento»: sul punto v. in questo numero della Rivista A. TROJSI, *L'impiego pubblico regionale*, cit.

(31) Da ultimo Corte cost. 14 dicembre 2004, n. 380.

in carriera fondate sulla selettività e sul merito, collegate al sistema di valutazione (funzionale al riconoscimento del trattemento economico accessorio) che ogni amministrazione è tenuta ad adottare.

Il legislatore del 2009 impone a Regioni ed enti locali di procedere all'adeguamento entro il 31 dicembre 2010 prevedendo, in caso di inottemperanza, una sanzione draconiana: dalla suddetta data si applicheranno integralmente, non solo i principi, ma anche le norme di dettaglio del d.lgs. 150/09 e ciò fino a quando le amministrazioni destinatarie non avranno proceduto ad adeguare i propri ordinamenti ai principi introdotti dalla riforma.

Merito e premialità nella recente riforma del lavoro pubblico

di Umberto Gargiulo

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

1. *Il "merito" nell'ultima riforma del lavoro pubblico*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

competente ([1]).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

tra reclutamento e progressione in carriera, in questo numero.

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

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

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

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

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

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

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

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

la metà delle risorse complessivamente destinate al trattamento accessorio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Va comunque segnalato il meccanismo, di applicazione pra-

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

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

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

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

4. *Gli strumenti per premiare merito e professionalità*

4.1. *Il* bonus *annuale delle eccellenze*

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

collettiva nazionale, nei limiti delle risorse disponibili.

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

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

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

4.2. *Il premio annuale per l'innovazione*

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

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

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

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

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

4.3. *Le progressioni economiche*

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

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

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

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

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

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

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

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

4.4. *L'attribuzione di incarichi e responsabilità*

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

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

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

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

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

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

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

non essere oggetto di valutazione) ([14]).

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

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

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

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

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

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

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

4.6. *Il premio di efficienza*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. *Rigidità e dinamicità nel "nuovo" sistema di inquadramento dei dipendenti pubblici*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RONE.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Retribuzione accessoria, valorizzazione delle *performance* e responsabilità del dipendente pubblico nel d.lgs. n. 150/2009

di Rosario Santucci

Sommario
1. *Necessità e legittimità della riforma: la regolamentazione sproporzionata fa male alle buone intenzioni?* – **2.** *Lo "stato dell'arte" su "retribuzione accessoria" e "produttività" prima del d.lgs. n. 150 del 2009.* – **3.** *Alla ricerca della nuova trama normativa su retribuzione accessoria,* performance *individuale e organizzativa: la modifica dell'art. 45, co. 2 e ss., del d.lgs. n. 165/2001.* – **3.1.** *Il ruolo marginale del contratto collettivo nel nuovo art. 40 del d.lgs. n. 165/2001.* – **3.2.** *L'impatto della valutazione sulla valorizzazione del merito e sull'erogazione dei premi.* – **3.3.** *La funzione e le prerogative dei dirigenti nella valutazione del personale.* – **3.4.** *Valutazione negativa del dipendente e responsabilità disciplinare: un connubio difficile.* – **4.** *L'attuazione della riforma in Regioni e autonomie locali.* – **5.** *Una difficile sistemazione dell'intervento legislativo tra aporie, disordini regolativi e rischi di illegittimità costituzionale.*

1. *Necessità e legittimità della riforma: la regolamentazione sproporzionata fa male alle buone intenzioni?*

Il fulcro del d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 si rinviene, senza alcun dubbio, nella rinnovata regolamentazione tanto del sistema di valutazione delle strutture e del personale, quanto dei metodi di incentivazione della produttività e del merito. Pur assumendo una rilevanza centrale nell'ambito di un modello organizzativo finalizzato a conferire più efficienza ed efficacia alle strutture e alle azioni amministrative a vantaggio dei cittadini-utenti, non si può trascurare come il nuovo riassetto delle "fonti" di disciplina (legislazione, autonomia negoziale collettiva ed individuale, prerogative dirigenziali) incida fortemente e problematicamente su tema e tenuta della regolamentazione, contendendo allo stesso il ruolo di protagonista.

In materia di valutazione, dove l'opportunità di migliorare il quadro regolamentare certamente si avvertiva ([1]), alla scelta ragionevole di valorizzare il ruolo del dirigente come titolare esclusivo dei poteri di gestione delle risorse umane (art. 6 della l. 4 marzo 2009 n. 15), si contrappone una regolamentazione delegata da cui sembra paradossalmente emergere un sostanziale indebolimento del principio della "piena autonomia e responsabilità del dirigente". Ciò deriva innanzitutto dal metodo impiegato, fondato sull'attribuzione di veste normativa a prassi organizzative, e, in secondo luogo, dall'emarginazione dei canali (unilaterali e consensuali) attraverso cui il dirigente esprime o persegue la logica dell'organizzazione ([2]).

Analoga considerazione vale per il sistema di incentivazione della produttività e della qualità delle prestazioni lavorative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche (art. 5 l. n. 15 del 2009; disposizioni contenute nel Titolo III del d.lgs. n. 150/2009; artt. 54 e 57 del medesimo decreto che modificano gli artt. 40 e 45 del d.lgs. n. 165/2001), finita anch'essa nel mirino della riforma attuale. Ciò si sarebbe potuto considerare non scontato o, almeno, non prevedibile nelle forme assunte: perché il quadro normativo preesistente (quello – per attenersi all'essenziale – inaugurato dalla riforma della l. n. 421/1992 e consolidato dai d.lgs. n. 29/1993 e n. 165/2001 e successive modificazioni) si è preoccupato di imporre il collegamento tra retribuzione accessoria, produttività del lavoro, maggiore qualità dell'azione amministrativa (in particolare l'art. 45, co. 2 e ss., d.lgs. n. 165/2001), sia pure nell'ambito di discipline diverse su contesti istituzionali, organizzativi e gestionali; perché la riforma, concentrandosi sul processo di valutazione delle strutture e

(1) Cfr. G. D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione*, Bologna, il Mulino, 2008.

(2) Cfr. C. ZOLI, *Funzioni, poteri e responsabilità dei dirigenti*, Relazione al Convegno su "*Il nuovo regime del lavoro pubblico*", Modena, 27 novembre 2009; U. CARABELLI, *I poteri dirigenziali nel limbo della non contrattabilità*, in *Risorse umane nella pubblica amministrazione*, n. 6/2009; R. SANTUCCI e P. MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009, p. 275 ss.

del personale, sui conseguenti, specifici poteri del dirigente pubblico (artt. 4 e 6 l. n. 15/2009) e più in generale sul *performance management* (v. gli articoli contenuti nel Titolo II e nel Capo II del Titolo IV del d.lgs. n. 150 del 2009), con regole più o meno appropriate e incisive, sarebbe intervenuta sull'aspetto centrale e critico del ciclo direzionale dell'organizzazione e delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni ([3]). Il "nuovo" si sarebbe potuto connettere al sistema preesistente, tutt'al più ritoccato e modernizzato ma palesemente funzionale all'attuale, più compiuto approccio manageriale. La riforma interviene dunque non su una *tabula rasa* ma su una materia che, soprattutto per gli strumenti di incentivazione della produttività, vanta una consistente e rilevante esperienza, formatasi tra l'altro in coerenza con le prassi contrattuali del settore privato, che, già prima del Protocollo del 23 luglio 1993 sugli assetti contrattuali, collegavano la retribuzione aziendale agli incrementi di produttività del lavoro e/o di redditività dell'impresa ([4]).

Il d.lgs. n. 150/09 pertanto si caratterizza, rispetto alla normativa preesistente (d.lgs. n. 165/01), per una maggiore articolazione, evidenziando *ictu oculi* l'ampliamento del tasso di regolamentazione legislativa, la riduzione dello spazio negoziale dell'autonomia negoziale collettiva ed individuale, la centralizzazione delle regole contrattuali relative alla retribuzione accessoria. Si registra un nuovo assetto tra le fonti di disciplina, che incide sui contenuti delle tecniche giuridiche attinenti, direttamente o indirettamente, alla retribuzione accessoria.

---

(3) Per questa chiave di lettura nell'esame delle relazioni tra politica ed amministrazione nelle autonomie locali, v. R. MERCURIO, A. ZOPPOLI (a cura di), *Politica e amministrazione nelle autonomie locali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

(4) Cfr. E. GHERA (a cura di), *Contrattazione partecipativa e sviluppo della produttività*, in *Quaderni di industria e sindacato*, 1991; il numero monografico di *Dir. Rel. Ind.*, 1991, n. 1; L. ZOPPOLI (a cura di), *Retribuzione incentivante e rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1993; il numero monografico di *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, "*La retribuzione che cambia*", 1996, n. 3; G. ROMA, *Le funzioni della retribuzione*, Bari, Cacucci, 1997; M. VITALETTI, *La retribuzione variabile nella contrattazione collettiva aziendale*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2006, p. 665 ss.

Queste osservazioni preliminari inducono ad esaminare attentamente le innovazioni legislative. Certamente, negli ultimi anni, gli strumenti gestionali hanno fornito una prova non brillante. Quanto ai sistemi di valutazione è sufficiente considerare le molteplici analisi susseguitesi in questi anni che evidenziano come la valutazione abbia operato (ed operi) su di un piano formale e non come strumento di *governance* dell'organizzazione, anche se non mancano diverse esperienze utili ([5]). Allo stesso modo i contratti collettivi sono risultati mal tarati sull'incentivazione delle *performance*, come è evidenziato nelle relazioni della Corte dei Conti, che aveva suonato l'allarme sulla coerenza dei trattamenti accessori rispetto ad indici oggettivi di produttività individuale e collettiva. È opinione condivisa che uno dei principali punti deboli della riforma degli anni '90 vada rinvenuto nel mancato decollo della valutazione della dirigenza e del restante personale ([6]). La ragione di ciò è legata più che all'astratta funzionalità degli strumenti medesimi alla capacità di impiegarli nella prospettiva del miglioramento dell'azione amministrativa. Una responsabilità rilevante di tale situazione va attribuita all'utilizzazione che di essi è stata fatta dalla dirigenza e/o dalla politica. Si sono spesso sacrificati l'efficienza e l'uso coerente delle risorse finanziarie con gli obiettivi di produttività del lavoro e di qualità del servizio, pur imposti dalle normative vigenti, sull'altare dei facili consensi. A ciò si aggiungono la scarsa chiarezza degli stessi contratti nazionali sull'utilizzazione alternativa di taluni strumenti gestionali e la riapertura delle porte a retribuzioni accessorie di-

(5) Cfr. l'indagine Istat del 2002, quella sulla valutazione del funzionamento dei controlli interni negli enti locali svolta dalla Corte dei Conti nel 2002, il rapporto Aran su "*Valutazione performance e contratti collettivi*" del 2007, il documento Anci "Qualità del lavoro e buona amministrazione nei comuni" (su cui P. MONDA, *Note in margine alla proposta dell'Anci sulla valutazione dei dipendenti pubblici*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2008, n. 1); i rapporti del Comitato Tecnico Scientifico istituito dal d.lgs. n. 286/1999 tra cui si segnala il Rapporto di fine legislatura in materia di valutazione e controllo strategico, marzo 2006.

(6) Cfr. L. ZOPPOLI, *"A dieci anni dalla riforma Bassanini: dirigenza e personale"*, in *Lav. pubbl. amm.*, n. 1/2008, pp. 1-36; L. BORDOGNA, *Per una maggiore autonomia dell'alta dirigenza pubblica: una proposta*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 92*, 2009.

sancorate dalla produttività (indennità accessorie mensili da corrispondere in aggiunta della retribuzione fondamentale), con la violazione della regola della retribuzione variabile ([7]). Quanto da ultimo detto appare conseguire alla responsabilità, da un lato, dell'Aran, dei comitati di settore e delle amministrazioni pubbliche sulle politiche contrattuali; dall'altro, dei controlli inefficienti sui contratti collettivi integrativi ed, infine, dall'intervento del legislatore, che si è limitato a prevedere tetti massimi di spesa per il personale, preoccupandosi marginalmente delle vere cause della persistente inefficienza ed inefficacia. E quindi il problema non è l'inidoneità dello strumento contrattuale che, in un immutato contesto istituzionale privatistico dell'organizzazione e del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, conserva un ineludibile ruolo, ma le sue modalità di utilizzazione.

Gli strumenti richiamati presuppongono delle innovazioni profonde nella gestione delle risorse umane, fondate su tecniche e logiche dirette ad enfatizzare il risultato ed in cui essi stessi sono integrati (*performance management)*. La loro funzione fisiologica si estrinseca correttamente solo in un contesto organizzativo improntato alla valorizzazione ed allo sviluppo delle risorse umane; singolarmente considerati risultano assolutamente inidonei a garantire migliore qualità all'azione e all'organizzazione amministrativa ([8]).

La nuova disciplina si distacca pertanto in modo più evidente dall'assetto privatistico rispetto alla normativa preesistente;

---

(7) Per una diagnosi più severa delle responsabilità della contrattazione decentrata sul fallimento della riforma del '90, v. S. BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, n. 5, p. 476, che, criticando l'approccio della l. n. 15 del 2009, propone come terapia correttiva il rafforzamento della componente amministrativa del datore di lavoro pubblico, nel rispetto della scelta operata nel '90 di distinzione delle funzioni tra politica e dirigenza pubblica. Per l'inquinamento delle regole sulla retribuzione accessoria cfr. il CCNL del comparto università 16 ottobre 2008, art. 88, co. 3, e il CCNL dello stesso comparto del 27 gennaio 2005, art. 41, co. 4; il CCNL delle agenzie fiscali 28 maggio 2004, art. 87.

(8) V. già R. SANTUCCI, *Le retribuzioni incentivanti nel pubblico impiego*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1996, pp. 501 ss.

la specialità del "nuovo" si spiegherebbe in funzione dell'esigenza di controllare sia la quantità, sia la qualità della spesa pubblica per il personale e di far emergere l'impatto dell'aspetto gestionale dell'organizzazione amministrativa nelle finalità del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) ([9]). Essa tuttavia è passibile di verifica costituzionale alla luce del principio di ragionevolezza sotto il profilo tanto di coerenza interna del modello di *perfomance management*, che è imposto alle pubbliche amministrazioni, quanto di proporzionalità e adeguatezza rispetto alle finalità perseguite, in un giudizio di bilanciamento tra i valori ed i principi implicati (assicurare il buon andamento e l'efficienza degli uffici pubblici *ex* art. 97 Cost.; garantire la libera esplicazione dell'autonomia negoziale individuale e collettiva *ex* artt. 39 e 41 Cost.), che ne giustifichino la reciproca compressione, tenuto conto che l'intervento riformatore si realizza nell'ambito di un sistema che rimane innervato nelle logiche privatistiche sia pure soggette, per alcuni aspetti, a legittime, purché ragionevoli, deviazioni ([10]). La riforma si inserisce nel percorso, non smentito dal disposto costituzionale (art. 97 Cost.), secondo cui la funzionalizzazione, vale a dire il perseguimento da parte dell'amministrazione dei fini determinati dalla legge, si realizzi attraverso un sistema misto di tecniche, nell'ambito del quale per l'organizzazione dell'amministrazione e la gestione del personale si utilizzino tecniche e procedure privatistiche; una volta scelto tale sistema e rispettato il nucleo essenziale delle regole pubblicistiche (trasparenza, imparzialità, non discriminazione), gli istituti del diritto amministrativo devono risultare non eccedenti rispetto alle finalità perseguite e non contraddittori con le

(9) Cfr. sulla morfologia composita delle amministrazioni pubbliche dal punto di vista dell'esercizio dei poteri pubblici e privati cfr. E. ALES, *Contratti di lavoro e amministrazione pubblica*, Torino, Utet, 2007; A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, Relazione al XVI Congresso nazionale di Diritto del Lavoro, *La figura del datore di lavoro. Articolazione e trasformazioni*, Catania 21 - 23 maggio 2009, datt.

(10) Cfr. sul piano generale, da ultimo, P. LOI, *La ragionevolezza come predicato della differenza di trattamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, pp. 481 ss.

soluzioni dirette ad avvalersi delle tecniche privatistiche per la cura (o per il concorso alla cura) dell'interesse generale ([11]).

Comunque, per verificare grado e qualità delle innovazioni normative e considerarne aporie, rischi di illegittimità costituzionale e vantaggi, appare opportuno esaminare nel merito i vari aspetti della questione non senza, tuttavia, aver preliminarmente *abbozzato* lo stato dell'arte nella materia.

2. *Lo stato dell'arte su "retribuzione accessoria" e "produttività" prima del d.lgs. n. 150 del 2009*

L'art. 45 del d.lgs. n. 165 del 2001, attribuito ai contratti collettivi il compito di definire il trattamento economico fondamentale e accessorio (co. 1) e imposto alle pubbliche amministrazioni di garantire ai propri dipendenti contrattualizzati la parità di trattamento contrattuale e "comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi" (co. 2), stabilisce che i "contratti collettivi definiscono, secondo criteri obiettivi di misurazione, trattamenti economici accessori collegati: a) alla produttività individuale; b) alla produttività collettiva tenendo conto dell'apporto di ciascun dipendente; c) all'effettivo svolgimento di attività particolarmente disagiate obiettivamente ovvero pericolose o dannose per la salute" (co. 3) ([12]). La disposizione, inoltre, affida ai dirigenti il compito di valutare "(l')apporto partecipativo di ciascun dipendente, nell'ambito di criteri obiettivi definiti dalla contrattazione collettiva" (ancora co. 3) ed imputa agli stessi la responsabilità

(11) Su questo aspetto v. G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2009; per il rispetto dei principi basilari dell'assetto privatistico da parte del legislatore, che conferma la scelta del d. lgs. n. 165 del 2001 in ordine all'organizzazione amministrativa e alla disciplina dei rapporti di lavoro, cfr. M. NAPOLI, *Sistemi e modelli di contrattazione nel settore pubblico*, Relazione al Convegno su "*Il nuovo regime del lavoro pubblico*", Modena, 27 novembre 2009.

(12) Sulla disposizione v., per tutti, da ultimo, P. SORDI, sub *art. 45 d. lgs. n. 165/2001*, in G. AMOROSO - V. DI CERBO – L. FIORILLO – A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, Vol. III. *Il lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 545 ss.

dell'attribuzione dei trattamenti economici accessori (co. 4) ([13]). La formulazione normativa è stata interpretata, e soprattutto attuata, nel senso di consentire alla contrattazione collettiva di individuare le voci economiche accessorie, per rispetto dell'autonomia negoziale ([14]). Il controllo della spesa pubblica per il personale si intende perseguito "a monte" e "a valle" del processo negoziale attraverso l'imposizione di limiti economici insuperabili, previamente indicati nelle leggi finanziarie, nei contratti collettivi nazionali, nei bilanci delle singole amministrazioni pubbliche (v. artt. 40, co. 3 e 4, 40-*bis*, 48 e titolo V. d.lgs. n. 165/2001), e non impedendo la migliore allocazione gestionale delle risorse economiche, che risulta anche dal confronto libero degli interessi dell'amministrazione con quelli collettivi dei dipendenti. Resta ferma la finalità prescritta per i trattamenti accessori: i contratti collettivi devono prevedere istituti che direttamente o indirettamente realizzano le finalità incentivanti, mentre gli organi di controllo interno inviano annualmente specifiche informazioni sui costi della contrattazione integrativa al Ministero dell'economia e delle finanze: con la conseguenza che, qualora dai contratti collettivi integrativi derivino costi incompatibili con i rispettivi vincoli di bilancio, si applicano le disposizioni di cui all'art. 40, co. 3, del d.lgs. n. 165/2001. Cioè le amministrazioni pubbliche non possono sottoscrivere contratti collettivi integrativi in contrasto con i vincoli risultanti dai contratti collettivi nazionali o che comportino

(13) E' utile, inoltre, rammentare che, ai sensi dell'art. 7, co. 5, del d.lgs. n. 165, le amministrazioni pubbliche "non possono erogare trattamenti economici accessori che non corrispondano alle prestazioni effettivamente rese".

(14) Per l'essenziale focalizzazione del problema interpretativo cfr. V. LUCIANI, sub *art. 49 d.lgs. n. 29/1993*, in A. CORPACI – M. RUSCIANO – L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1999, p. 1347. Nei contratti nazionali di lavoro, oltre alla previsione delle forme di retribuzione accessoria direttamente o indirettamente collegate alla produttività, si notano, tra le materie oggetto di contrattazione integrativa, i sistemi di incentivazione del personale sulla base di obiettivi e programmi di incremento della produttività e di miglioramento della qualità del servizio (v., ad es., art. 4 del CCNL agenzie fiscali del 28 maggio 2004; art. 4 CCNL ministeri 16 febbraio 1999).

oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione.

L'autonomia collettiva non ha tradito, soprattutto nelle prime tornate contrattuali, la direttiva legislativa, perché la retribuzione incentivante la produttività è presente nelle varie tornate contrattuali.

In un saggio di qualche anno fa sulla retribuzione incentivante nelle amministrazioni pubbliche, si evidenziò, tuttavia, come non bisognasse sovraccaricare l'istituto di significato e di aspettative: vuoi perché si riteneva esplicata la sua funzione fisiologica solo in un contesto organizzativo, improntato alla gestione e allo sviluppo delle risorse umane, vuoi perché si considerava inidoneo a garantire, da solo, migliore qualità all'azione e all'organizzazione amministrativa. Per un verso, si rilevò l'importante contributo della tecnica retributiva sulla varietà della retribuzione dei dipendenti pubblici, ancorata (in parte) al parametro degli incrementi di produttività del lavoro, capace di proiettare comunque qualche effetto benefico sull'efficacia dell'azione amministrativa e sul modello di direzione del personale. Per l'altro verso, si sottolineò l'inadeguatezza del meccanismo a diffondere benefici sulla qualità dell'azione amministrativa, indipendentemente da un contesto organizzativo e gestionale orientato alla managerialità e corredato di seri procedimenti di valutazione in ordine al raggiungimento degli obiettivi ("macro" e "micro") ([15]). Senza trascurare i segnali positivi che emergevano dalle regolamentazioni collettive, nel saggio si evidenziò inizialmente l'ingessatura del livello decentrato, la negatività di un modello "amministrativo" ed "eteroregolato" di direzione del personale ed il mancato contemperamento tra ruolo del contratto nazionale ed esigenze gestionali necessariamente decentrate (la "fase 1" della riforma). Successivamente tali valutazioni furono corrette alla luce delle innovazioni legislative (la "fase 2" della riforma, realizzata dai decreti legislativi, attuativi della l. n. 59/1997, trasfusi nel d.lgs. n. 165 del 2001) e

(15) V. R. SANTUCCI, *op. cit.*, pp. 501 ss.

contrattuali. Si riscontrarono, a livello normativo, segnali positivi – favorevoli all'utilizzazione funzionale e corretta del meccanismo – più intensi: perché dal contesto normativo era apparsa chiaramente accresciuta la spinta verso la managerialità organizzativa e la maggiore autonomia e responsabilità del livello locale – aziendale e negoziale – e quindi risultavano maggiormente garantite le condizioni di funzionamento del meccanismo incentivante. Tuttavia le cautele nel giudizio positivo rimasero: perché – oltre ai limiti funzionali dell'istituto rispetto alle *performance* complessive dell'azione amministrativa – il baricentro si spostava sensibilmente in sede periferica, dove la sfida sarebbe stata incentrata sulle capacità sia "decisionali" e "gestionali" delle amministrazioni pubbliche, sia "negoziali" degli attori delle relazioni sindacali decentrate. E occorreva monitorare i risultati e verificare la capacità delle amministrazioni di dotarsi di una mappa di obiettivi strategici e gestionali, ai quali raccordare anche le tecniche incentivanti, e di adeguati sistemi di valutazione e controllo dei risultati conseguiti sia dai singoli uffici, sia dall'ente nel suo complesso ([16]).

Poca acqua è scorsa, poi, sotto i ponti. Le disposizioni legislative sono rimaste immutate, mentre alla progressiva incapacità di valorizzare le risorse umane a livello locale si è tentato di rimediare solo attraverso una restrizione sempre più forte, là dove possibile, delle risorse da utilizzarsi in sede decentrata; nello stesso tempo, cresceva a vista d'occhio la protesta sulla scarsa efficienza delle amministrazioni pubbliche (concentrata in modo generalizzato e generico sui dipendenti pubblici "nullafacenti" o "fannulloni") ([17]). Già nel 2007, dopo un quinquennio di contrattazioni marginali, disattenzione sul versante della qualità dell'impiego delle risorse economiche della contrattazione e sensibilità accentuata solo per la fissazione di limi-

(16) V. R. SANTUCCI, *La retribuzione incentivante nelle amministrazioni pubbliche tra riforme legislative e rinnovi contrattuali del 2000*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, pp. 491 ss.

(17) V. emblematicamente il libro di P. ICHINO, *I nullafacenti. Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della nostra amministrazione pubblica*, Milano, Mondadori, 2006.

ti massimi di spesa, emerge da parte sia del Governo, sia delle parti sociali l'individuazione della necessità di rilanciare l'innovazione e la qualità dei servizi nelle pubbliche amministrazioni e una distribuzione delle risorse in sede decentrata più fortemente connesse alla qualità dell'azione amministrativa (v. il *Memorandum* del 18 gennaio del 2007) ([18]). Ma la crisi politica, prima strisciante e poi definitiva, del governo Prodi ha impedito la traduzione in riforma legislativa delle linee innovative contenute nel Protocollo, con il rinvio all'attuale legislatura. Un segno premonitore del processo di modifica, che si sarebbe compiuto, poteva già essere colto nell'art. 2, co. 32, della l. 203/2008 (finanziaria 2009), che vincola il trattamento economico accessorio dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni alla qualità, produttività e capacità innovativa della prestazione lavorativa. Si giunge così al cospetto della riforma, dopo microinterventi legislativi che hanno focalizzato l'attenzione normativa e dell'opinione pubblica sul "fannullone", che si annida nelle pubbliche amministrazioni e ne rende scarsa la qualità, con ricadute anche nell'attuale riforma. Senza sottovalutare il fenomeno, ma nemmeno esagerarlo, il problema dell'efficienza e della qualità è ben lontano dal risolversi nella caccia allo sfaticato (sono incappati nelle tagliole di questa campagna anche lavoratori indefessi, colpevoli di ammalarsi e, in qualche modo, il legislatore "cacciatore" se ne è accorto, ravvedendosi: v. il passaggio dalla l. n. 133 del 2008 all'art. 17, co. 23, l. n. 102 del 2009 di conversione del d.l. n. 78 del 2009), che va "snidato" con le tecniche lavoristiche, predisposte dall'ordinamento per i datori di lavoro sia privati, sia pubblici ([19]).

---

(18) V. L. ZOPPOLI, *Una riforma che riprende faticosamente il suo cammino*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, p. 289 ss.; B. CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 79*, 2008; F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla L. n. 133/2008 alla L. D. n. 15/2009*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D?Antona".IT – 88*, 2009.

(19) Cfr. da ultimo R. CASILLO, *La malattia del dipendente pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 377 ss.

3. *Alla ricerca della nuova trama normativa su retribuzione accessoria,* performance *individuale e organizzativa: la modifica dell'art. 45, co. 2 e ss., del d.lgs. n. 165/2001*

La riforma, avviata con la l. n. 15/2009 (artt. 2, 4 e 5), disciplina in modo innovativo il collegamento della retribuzione accessoria alle *performance*, inserendolo nel nuovo sistema di valutazione, ma soprattutto alterando l'equilibrio tra le fonti di disciplina e legificando, nelle finalità e nei contenuti, istituti connessi alla *performance* organizzativa e individuale. La disciplina va ricostruita e valutata. Non basta infatti soffermarsi soltanto sull'art. 45 del d.lgs. n. 165, nella sua nuova formulazione, che si occupa della retribuzione accessoria, ma è necessario approfondire l'articolata trama normativa, frutto dell'intervento riformatore, che, in parte, ha modificato il d.lgs. n. 165 ed, in parte, ha introdotto il nuovo e complesso sistema di valutazione delle *performance* di dirigenti, dipendenti e strutture.

Immutato *formalmente* il ruolo di definizione del trattamento fondamentale e accessorio da parte dei contratti collettivi ([20]), il

(20) La conservazione di tale ruolo è per certi aspetti più apparente che reale: oltre a quanto si dirà a proposito della retribuzione accessoria, vanno rimarcate infatti le novità contenute nell'art. 47-*bis* del d.lgs. n. 165 (introdotto dall'art. 59, co. 2, del d.lgs. 150/2009), dedicato alla "Tutela retributiva per i dipendenti pubblici". Esso prevede il superamento dello strumento contrattuale: decorsi 60 giorni dall'entrata in vigore della legge finanziaria, che dispone in materia di rinnovi dei contratti collettivi per il periodo di riferimento, "gli incrementi previsti per il trattamento stipendiale possono essere erogati in via provvisoria previa deliberazione dei rispettivi comitati di settore, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative, salvo conguaglio all'atto della stipulazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro" (co. 1); in ogni caso, a decorrere dal mese di aprile dell'anno successivo alla scadenza del contratto collettivo nazionale di lavoro, "qualora lo stesso non sia ancora stato rinnovato e non sia stata disposta l'erogazione di cui al comma 1, è riconosciuta ai dipendenti dei rispettivi comparti di contrattazione, nella misura e con le modalità stabilite dai contratti nazionali, e comunque entro i limiti previsti dalla legge finanziaria in sede di definizione delle risorse contrattuale, una copertura economica, che anticipa i benefici complessivi del futuro rinnovo contrattuale (co. 2). La norma contenuta nel comma 1 è sbalorditiva, perché sovverte spirito e sostanza privatistici della riforma e annulla la libertà contrattuale: rimette infatti alla decisione unilaterale delle pubbliche amministrazioni il *quantum* della retribuzione, in attuazione di quanto deliberato dal comitato di settore, che non è l'agente contrattuale e, con

co. 3 dell'art. 45 del d.lgs. n. 165 è sostituito dalla disposizione secondo cui i contratti collettivi definiscono, "in coerenza con le disposizioni legislative vigenti, trattamenti economici accessori collegati: a) alla *performance* individuale; b) alla *performance* organizzativa con riferimento all'amministrazione nel suo complesso e alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola l'amministrazione; c) all'effettivo svolgimento di attività particolarmente disagiate obiettivamente ovvero pericolose o dannose per la salute".

Il co. 3-*bis* dell'art. 45 stabilisce inoltre che, per premiare il merito e il miglioramento della *performance* dei dipendenti, "ai sensi delle vigenti disposizioni di legge, sono destinate, compatibilmente con i vincoli di finanza pubblica apposite risorse nell'ambito di quelle previste per il rinnovo del contratto collettivo nazionale di lavoro".

Al cospetto di questa prima, importante tessera normativa, è possibile già prospettare alcune valutazioni. In primo luogo, il riferimento alla "coerenza con le disposizioni legislative vigenti" sembra doversi interpretare nel senso che siano rispettati tanto il nuovo ambito legale delineato, relativamente alla contrattazione collettiva integrativa, dallo stesso d.lgs. n. 165/2001 (art. 40), come modificato dal d.lgs. n. 150 del 2009, quanto il sistema di misurazione, valutazione e trasparenza della *performance*, del merito e dei premi ridisegnato dal d.lgs. n. 150 del 2009 (Titoli II e III). E' un primo, forte segnale di assoggettamento dell'autonomia negoziale ad un disegno legale, che occorre definire nella sua completezza.

Inoltre, mentre nell'art. 45 del d.lgs. n. 165, istituita una relazione teleologica tra retribuzione e produttività, fondata su criteri oggettivi di misurazione, si rinviava per la definizione dei trattamenti accessori ai contratti collettivi, ora è diverso. Poiché nel d.lgs. n. 150/2009 sono indicati "chi" e "come" deve

---

l'aggravante che, a seguito della riforma, per quasi tutte le pubbliche amministrazioni, è il Governo (eccetto Regioni, sanità, enti locali), il quale dispone, "sentite" le organizzazioni sindacali; la norma contenuta nel II comma è una sorta di legificazione della nota indennità di vacanza contrattuale.

essere premiato e/o incentivato, è quindi delineato il sistema del merito e dei premi (v. titolo III del d.lgs. n. 150/2009), ai contratti collettivi - oltre alla conferma della competenza ad individuare trattamenti accessori collegati ad attività oggettivamente disagiate ovvero rischiose o dannose per la salute - non rimane altro spazio che quello "quantitativo" ovvero di variare, nei limiti fissati dal decreto, il sistema di "distribuzione forzata" dei premi previsto dall'art. 19, co. 4, o, ancora, di intervenire sulle progressioni economiche (art. 23). Appare quindi rovesciata l'impostazione dell'art. 45 del d.lgs. n. 165 del 2001 e il legislatore sembra fissare un *numerus clausus* di strumenti finalizzati al merito, più o meno disciplinati, non integrabile dai contratti collettivi. Infine, la finalità del co. 3-*bis* dell'art. 45 è chiara ed apprezzabile: le risorse da utilizzare, mediante la retribuzione accessoria, devono essere utilizzate anche per premiare merito e migliorare la *performance* e, quindi, nessun contratto collettivo può eludere tale finalità, riconosciuta del resto ampiamente dalle parti sociali da circa trent'anni. La disposizione però sembra difettare di razionalità, perché immagina che, a priori, si determinino le risorse necessarie allo scopo invece di lasciare alle parti la determinazione del *quantum* da destinare alle varie finalità. Il condizionamento si sarebbe potuto perseguire senza coartare così fortemente l'autonoma determinazione delle parti contrattuali, più consapevoli, specie nelle sedi decentrate, delle necessarie risorse per realizzare lo scopo. Ciò ovviamente sarebbe stato favorito dal nuovo sistema di *performance management*, di misurazione e valutazione della *performance*, dalle nuove responsabilità attribuite ai dirigenti, dal nuovo sistema di controlli; e sarebbe stato anche sintonico con le forti connotazioni manageriali, attribuite al sistema di organizzazione e gestione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni.

3.1. *Il ruolo marginale del contratto collettivo nel nuovo art. 40 del d.lgs. n. 165/2001*

La ricerca dei confini delle competenze tra legislazione e

contratto collettivo e dell'individuazione del ruolo che il contratto collettivo conserva, nei confronti dell'intervento legislativo, conduce all'esame del nuovo testo dell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001 su contratti collettivi nazionali e integrativi (come modificato dall'art. 54 del d.lgs. n. 150 del 2009). Della disposizione vanno evidenziati diversi livelli di limitazioni, di carattere generale o specifico con riguardo a quanto attiene a retribuzione accessoria e valutazione, considerandoli come altrettanti cerchi concentrici.

Nel primo cerchio emerge, innanzitutto, la delimitazione di competenze generali per cui: a) si attribuisce alla contrattazione collettiva il compito di determinare "i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro nonché le materie relative alle relazioni sindacali"; b) nelle "materie relative (…) alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche", la contrattazione collettiva "*è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge*"; c) dalla contrattazione collettiva sono escluse, "in particolare", le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 165 (anch'esso modificato dall'art. 36 del d.lgs. n. 150/2009, con un secco rinvio ai contratti collettivi nazionali "per la disciplina delle modalità e degli istituti di partecipazione"), "quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, co. 2, 16 e 17, la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle di cui all'articolo 1, co. 2, lettera c) della legge 23 ottobre 1992 n. 421". Passando al secondo cerchio, la contrattazione collettiva integrativa "assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della *performance* ai sensi dell'art. 45, co. 3. A tale fine destina al trattamento economico accessorio collegato alla *performance* individuale una quota prevalente del trattamento accessorio complessivo comunque denominato" (co. 3-*bis*). Il terzo cerchio di limitazioni riguarda il rapporto tra contratto collettivo nazionale e contratto integrativo con l'indi-

viduazione da parte del legislatore di compiti specifici del primo livello di contrattazione ai quali dovrà attenersi rigorosamente il secondo livello: a) la contrattazione nazionale definisce "le modalità di ripartizione delle risorse per la contrattazione decentrata tra i diversi livelli di merito assicurando l'invarianza complessiva dei relativi oneri nel comparto o nell'area di contrattazione" (co. 3-*quater*); b) la contrattazione collettiva nazionale "dispone" per tutte le amministrazioni, eccetto Regioni ed Enti locali, "le modalità di utilizzo delle risorse indicate all'articolo 45, co. 3-*bis*, individuando i criteri e i limiti finanziari entro i quali si deve svolgere la contrattazione integrativa" (co. 3-*quinquies*, che espressamente si riferisce alle amministrazioni "di cui al comma 3 dell'art. 41": il nuovo testo dell'art. 41, modificato dall'art. 56 del d.lgs. n. 150 del 2009, sui poteri di indirizzo nei confronti dell'Aran, riduce i comitati di settore, individuando al co. 3, nel Presidente del Consiglio dei Ministri, il comitato di settore per tutte le amministrazioni, esclusi Regioni, Servizio Sanitario e Autonomie locali). Sembra dunque rimessa la questione alla scelta del sistema contrattuale delle Regioni e delle autonomie locali; tuttavia Regioni ed 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 di contenimento della spesa". Lo stanziamento delle risorse aggiuntive "è correlato all'effettivo rispetto dei principi 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" (co. 3-*quinquies*).

Va sottolineato che, in tale comma, si rafforzano responsabilità e sanzioni in caso di violazioni dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale e dalle norme di legge: "ferme restando le responsabilità delle parti contraenti e dei competenti organi di controllo dell'amministrazione, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e

sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, co. 2, del codice civile"; in caso di accertato superamento di vincoli finanziari, "è fatto altresì obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva".

Da questo insieme di limiti emerge, innanzitutto, una contrattazione collettiva "vigilata" nelle materie che, qui, interessano direttamente ed "esclusa" per aspetti che implichino le prerogative dirigenziali: non si deve dimenticare che, *ex* art. 17, co. 1, lett. e-*bis* (introdotta dal nuovo decreto all'art. 39), tra i compiti e poteri dei dirigenti rientra 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". Su tali prerogative è ora solo possibile un'informazione al sindacato, qualora i contratti nazionali la prevedano, così come dispone l'art. 5, co. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 34 del d.lgs. n. 150 ([21]). In secondo luogo, sembra riemergere la funzionalizzazione della contrattazione collettiva integrativa (assicurare adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici). Poiché è utopia, soprattutto per chi ha consapevolezza ed esperienza in materia di organizzazione aziendale e gestione delle risorse umane, immaginare che i contratti collettivi assicurino, da soli, tali obiettivi, sarà condizione necessaria e sufficiente di legittimità che la contrattazione integrativa incentivi impegno e qualità della *performance*. Di questa norma vanno invece sottolineati due aspetti. Da un lato, sembra intuirsi, in contraddizione con quanto dispone l'art. 45 del d.lgs. 165, che esista uno spazio (ristretto) per la contrattazione collettiva integrativa nell'individuazione ed attribuzione di trattamenti accessori, oltre quelli delineati dal legislatore: ma si tratta di uno spazio *apparente* perché anche in altra parte del

(21) Su questi aspetti v. A. VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale* e, soprattutto, G. NATULLO e P. SARACINI, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, *cit.*, risp. p. 41 ss. e p. 61 ss.Va sottolineato che rimane ferma la consultazione delle organizzazioni sindacali rappresentative su organizzazione e disciplina degli uffici e dotazioni organiche *ex* art. 6 d.lgs. n. 165 del 2001.

d.lgs. n. 150 (v. l'art. 25 del d.lgs. n. 150/2009, che si occupa di incarichi e responsabilità nell'ambito degli strumenti finalizzati al riconoscimento del merito) si condizionano intensamente le scelte della contrattazione collettiva. Dall'altro lato, in coerenza con il condizionamento forte, ai limiti della soppressione dell'autonomia negoziale, si impone il collegamento della quota prevalente del trattamento accessorio, comunque denominato, alla *performance* individuale. In terzo luogo emerge una forte centralizzazione delle regole contrattuali, con l'individuazione del livello nazionale di contrattazione come l'asse regolatore essenziale della retribuzione accessoria. Alla rigida imposizione legislativa si sottraggono Regioni ed Autonomie locali, alle quali tuttavia essa viene imposta per l'impiego e l'utilizzo di risorse aggiuntive, oltre l'effettivo 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 artt. 16 e 31 del d.lgs. n. 150. Per un primo verso, la centralizzazione contrattuale dei limiti riguarda le risorse aggiuntive; per un altro verso, si promuove l'applicazione del sistema di valutazione e di quello premiale, condizionando l'utilizzazione delle risorse aggiuntive. La soluzione legislativa sembra schizofrenica perché il problema, a stretto rigore, non si pone solo con le risorse aggiuntive e, paradossalmente, il condizionamento funzionale è spiegabile più per le risorse ordinarie che per quelle aggiuntive. Sarebbe stato preferibile lasciare inalterato l'equilibrio contrattuale endogeno, pur orientando il complessivo sistema contrattuale al rispetto delle rilevanti finalità e degli insormontabili limiti in materia di spesa pubblica per le Regioni e le autonomie locali, giustificati dal potere di coordinamento della finanza pubblica, spettante allo Stato *ex* art. 119, co. 1 e 2, Cost. ([22]), e dalle intese sulla qualità della spesa pubblica, raggiunti in sede

(22) V., anche per aspetti più generali, P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 267 ss.; T. MARTINES – A- RUGGERI – C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 207 ss.; S. GAMBINO, *Autonomie territoriali e riforme*, in *Federalismi.it*, n. 5/2009, p. 67 ss.

di Conferenza Stato-Regioni ([23]).

3.2. *L'impatto della valutazione sulla valorizzazione del merito e sull'erogazione dei premi*

A questo punto occorre analizzare l'impatto della valutazione sulle modalità di erogazione dei premi. Il titolo III del d.lgs., che si occupa di tali aspetti, si apre con le disposizioni generali nelle quali si tracciano i principi informatori: a) gli strumenti disciplinati nell'ambito del decreto, finalizzati alla valorizzazione del merito, ed i metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa, sono informati ai principi di "selettività" e "concorsualità" nelle progressioni di

(23) A tal riguardo è interessante il controllo effettuato dalla Corte dei conti, Sez. Riun. Contr., adunanza 30 luglio 2009, sull'ipotesi di accordo 20 luglio 2009 relativa al personale non dirigente del comparto del Servizio sanitario nazionale per il biennio economico 2008-2009: superando la precedente deliberazione, con la quale le Sezioni riunite in sede di controllo avevano positivamente certificato la compatibilità economico - finanziaria dell'ipotesi del 4 giugno, ad eccezione dell'art. 10, la Corte riconosce che il nuovo testo dell'art. 10 recepisce le osservazioni formulate dalla Corte nel rapporto di certificazione allegato alla delibera del 20 luglio 2009. "In particolare: la percentuale dello 0,8 per cento di risorse aggiuntive viene individuata come tetto massimo di spesa e non come obbligatoria indicazione dell'intervento regionale; la copertura della maggior spesa viene ancorata all'accertamento di economie sulla complessiva spesa sanitaria - e, in particolare, di quella relativa al personale - aggiuntive rispetto a quelle già individuate per il rispetto dei Patti per la salute; il testo contiene la precisazione che i progetti da finanziarie con le risorse aggiuntive debbano realizzare prestazioni ulteriori rispetto alla ordinaria attività delle aziende sanitarie; in uno specifico allegato all'ipotesi vengono individuate sia pur in via generale le modalità per le procedure di verifica del conseguimento dei risultati di ciascun progetto e i relativi indicatori da utilizzare (…) Nell'esprimere il proprio parere sul nuovo testo dell'art. 10 il Consiglio dei Ministri (…) ha esplicitamente richiesto che l'effettiva erogazione delle risorse sia subordinata all'esito positivo delle verifiche demandate al tavolo di monitoraggio sugli adempimenti regionali, sede prevista dall'articolo 12 dell'Intesa Stato regioni del 23 marzo 2005. La Corte nel condividere tale richiesta prende atto di una dichiarazione a verbale inserita dall'Aran nella nuova ipotesi, positivamente valutata dal Comitato di settore, in base alla quale le risorse aggiuntive regionali previste nel citato articolo 10 sono da considerare come ricomprese tra quelle oggetto di verifica nell'ambito del citato tavolo di monitoraggio della spesa sanitaria". La finalità di controllo della qualità della spesa pubblica regionale è stata perseguita, con efficacia, ancor prima della riforma del 2009 e sicuramente avrebbe potuto incidere non soltanto sull'utilizzazione delle risorse aggiuntive da parte delle Regioni.

carriera e nel riconoscimento degli incentivi (art. 15, co. 1); b) dall'applicazione del titolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e le amministrazioni utilizzano risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili "a legislazione vigente" (art. 15, co. 2); c) le amministrazioni pubbliche promuovono il miglioramento della *performance* organizzativa e individuale anche attraverso l'utilizzo di sistemi premianti selettivi, secondo logiche meritocratiche; è vietata la distribuzione di premi collegati alla *performance* in assenza delle verifiche e attestazioni sui sistemi di misurazione e valutazione adottati ai sensi del presente decreto (art. 17); d) le amministrazioni promuovono il merito e valorizzano i dipendenti che conseguono le migliori *performance* "attraverso l'attribuzione selettiva di incentivi sia economici sia di carriera", ma è vietato distribuire gli incentivi in maniera indifferenziata o sulla base di automatismi estranei al processo di valutazione della *performance* (art.18); e) in ogni amministrazione l'Organismo indipendente compila una graduatoria delle valutazioni del personale dirigenziale e non dirigenziale; f) in ogni graduatoria il personale è distribuito in differenti livelli di *performance* in modo che il 50% delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale sia attribuito al personale collocato nella fascia alta (massimo il 25% del personale); l'altro 50% delle risorse sia attribuito al personale collocato nella fascia di merito intermedia (massimo il 50% del personale); al 25% di personale collocato nella fascia di merito bassa non è corrisposto trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale. Qui la contrattazione collettiva integrativa può derogare alla percentuale del 25% del personale nella fascia di merito alta entro il limite del 5%, con variazione compensativa delle percentuali della altre fasce; la contrattazione può prevedere deroghe alla composizione delle altre due fasce e alla distribuzione tra le medesime fasce delle risorse destinate ai trattamenti accessori collegati alla *performance* individuale.

Quindi la contrattazione collettiva può attenuare, nell'ambito dei limiti legali, la rigida "distribuzione forzata" prevista dal

legislatore.

Nel capo II del titolo II del decreto sono indicati i premi. Gli strumenti per premiare il merito e le professionalità sono: a) il bonus annuale delle eccellenze; b) il premio annuale per l'innovazione; c) le progressioni economiche; d) le progressioni di carriera; e) l'attribuzione di incarichi e responsabilità; f) l'accesso a percorsi di alta formazione e di crescita professionale, in ambito nazionale e internazionale. Sull'assetto di questa variegata strumentazione vanno sottolineati i seguenti aspetti: a) tranne che per le progressioni di carriera e i percorsi di alta formazione, gli incentivi sono riconosciuti a valere sulle risorse della contrattazione integrativa: quindi c'è una forte erosione delle scelte della contrattazione collettiva sugli strumenti di incentivazione della produttività, anche se la contrattazione conosce da tempo progressioni economiche ed attribuzione di incarichi e responsabilità; b) il bonus annuale delle eccellenze è riservato al personale che si è collocato nella fascia di merito alta, ma non a più del 5% di tale personale; la contrattazione collettiva nazionale determina l'ammontare del bonus e il personale, a cui è assegnato il bonus, deve rinunciare al premio annuale per l'innovazione e quello relativo all'accesso alla formazione professionale; c) il premio annuale per l'innovazione è assegnato al miglior progetto realizzato nell'anno, in grado di produrre un significativo cambiamento dei servizi offerti o dei processi interni di lavoro, con elevato impatto sulla *performance* dell'organizzazione; assegna il premio l'Organismo indipendente di valutazione; il valore è pari all'ammontare del bonus annuale di eccellenza per ciascun dipendente premiato: sembra difficile preventivare l'importo; d) per le progressioni economiche orizzontali viene sottolineato l'aspetto di selettività e l'attribuzione ad una quota limitata di dipendenti, in relazione allo sviluppo delle competenze professionali e ai risultati individuali e collettivi rilevati dal sistema di valutazione; e) per le progressioni verticali, fissata la possibilità delle amministrazione pubbliche di coprire i posti disponibili nella dotazione organica con riserva non superiore al 50% a favore del personale in-

terno, nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di assunzioni, si specifica che l'attribuzione dei posti al personale interno è finalizzata a riconoscere e valorizzare le competenze professionali sviluppate dai dipendenti in relazione alle specifiche esigenze delle amministrazioni (tre anni consecutivi o cinque anni consecutivi collocati nella fascia alta di merito costituisce titolo prioritario ai fini della progressione di carriera); f) la professionalità sviluppata e attestata dal sistema di valutazione costituisce criterio per l'assegnazione di incarichi e responsabilità.

Le disposizioni del titolo III non possono essere derogate dalla contrattazione collettiva: quindi anche le competenze attribuite al contratto nazionale non potranno essere delegate al II livello di contrattazione.

Di fronte a questa ulteriore tessera legislativa, le valutazioni svolte nel paragrafo precedente devono confermarsi. Legificazione e centralizzazione contrattuale delle regole risultano prevalenti. Tra le norme legislative colpisce quella contenuta nell'art. 19, che presenta forti criticità: a) sembra che i risultati della valutazione delle prestazione non producano il conseguente effetto dell'erogazione della retribuzione accessoria ma condizione necessaria per l'erogazione del trattamento accessorio sia la compilazione della graduatoria e la distribuzione del personale nei differenti livelli di *performance*; b) il responsabile della compilazione della graduatoria è l'Organismo di valutazione sulla base delle risultanze del sistema di valutazione, al quale è rinviato il problema di ordire la trama complessiva della procedura di misurazione e valutazione del personale con attenzione nei riguardi di tutti gli aspetti implicati; c) la distribuzione forzata, con la possibile esclusione di lavoratori di parte del trattamento accessorio e con la disciplina legislativa che esclude il controllo sociale attraverso il contratto collettivo, rischia di provocare conflitti forti e contenzioso giudiziario, se si tiene conto anche del fatto che l'art. 45, co. 2, del d.lgs. n. 165 obbliga le pubbliche amministrazioni a garantire ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale; e quindi saranno consentite disparità di trattamento in presenza di differenze oggettive o giustificate; d) non è chiara la distribuzione del premio in caso

di valutazione positiva di *performance* collettiva: cioè, se rispettati i principi di meritocrazia e di selettività, la quota individuale spettante al lavoratore sia subordinata al giudizio dell'Organismo indipendente di valutazione e alla collocazione del lavoratore stesso nelle fasce di merito da premiare; se così fosse, inoltre, è nota, in ambito organizzativo, l'estrema difficoltà ed inutilità di distinguere il contributo che ciascuno apporta alla *performance* collettiva ([24]); e) "selettività" e "meritocrazia" sono qualità imposte anche ad eventuali meccanismi incentivanti e premianti elaborati, nel ristrettissimo spazio negoziale, dalla contrattazione collettiva.

3.3. *La funzione e le prerogative dei dirigenti nella valutazione del personale*

Con riferimento specifico alla valutazione del personale, i dirigenti rimangono responsabili dell'attribuzione dei trattamenti economici accessori (art. 45, co. 4, d.lgs. n. 165), mentre salta la norma sulla competenza del dirigente relativamente alla valutazione dell'apporto partecipativo di ciascun dipendente alla produttività (co. 3, lett. c, dell'art. 45 d.lgs. n. 165). Quest'ultima norma diviene superflua in quanto, nel processo di misurazione e valutazione della *performance* organizzativa e individuale, intervengono i dirigenti di ciascuna amministrazione (art. 12) ed espressamente l'art. 17, co. 1, lett. e-*bis*, d. lgs. n. 165, come aggiunto dall'art. 39 d.lgs. n. 150/2009, stabilisce che i dirigenti, nell'ambito di quanto stabilito dall'art. 4, co. 2 e ss., esercitano, fra gli altri, il seguente potere: "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

(24) Cfr. A. GRANDORI, *Organizzazione del lavoro e valutazione della performance*, Relazione al Convegno su "*Il nuovo regime del lavoro pubblico*", Modena, 27 novembre 2009; e già R. MERCURIO e V. ESPOSITO, *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso di organizzazione*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico, cit.*, p. 231 ss.

premi incentivanti" ([25]). Il dirigente è inserito nel Sistema di misurazione e valutazione della *performance* (art. 7 d.lgs. n. 150/2009), in quanto la misurazione e la valutazione sulla *performance* individuale del personale sono effettuate sulla base del sistema e "collegate: a) al raggiungimento di specifici obiettivi di gruppo o individuali; b) alla qualità del contributo assicurato alla *performance* dell'unità organizzativa di appartenenza, alle competenze dimostrate ed ai comportamenti professionali e organizzativi" (art. 9). Ciò significa che il dirigente deve misurare e valutare, anche se la funzione non è lasciata alla sua discrezionalità completa, in quanto l'Organismo indipendente di valutazione della perfomance, di cui ogni amministrazione, singolarmente o in forma associata, deve dotarsi, garantisce "la correttezza dei processi di misurazione e valutazione nonché dell'utilizzo dei premi di cui al Titolo III, secondo quanto previsto dal presente decreto, dai contratti collettivi nazionali, dai contratti collettivi integrativi, dai regolamenti interni all'amministrazione, nel rispetto del principio di valorizzazione del merito e della professionalità"; ed inoltre, presso l'Organismo indipendente di valutazione è costituita una struttura tecnica permanente per la misurazione della *performance*, dotata delle risorse necessarie all'esercizio delle relative funzioni (art. 14, co. 9, d.lgs. n. 150/2009). E' evidente che le misurazioni della *performance*, operate da tale organismo tecnico, dovranno essere utilizzate dal dirigente nella valutazione della *performance*. L'esame sistematico del sistema di valutazione, delle funzioni e dei poteri dei dirigenti pubblici e dei limiti di competenza della contrattazione collettiva delineati dall'art. 40, co. 1, del d.lgs. n. 165/2001 (come riscritto dall'art. 53 del d.lgs. n. 150 del 2009) fa emergere un problema: quello relativo all'individuazione degli obiettivi di gruppo o individuali, cui sono collegate la misurazione e la valutazione della *performance* del personale. Anche se non ha evidenza lapalissiana nel decreto, sembra che tale funzione spetti alla dirigenza, rientri nel-

(25) Sugli aspetti concernenti la valutazione della dirigenza si rinvia a P. MONDA, *La valutazione della dirigenza pubblica ed i suoi spazi applicativi a Regioni ed enti locali*, in questa rivista.

le prerogative dirigenziali. Se fosse vera tale deduzione, gli obiettivi cui collegare il trattamento retributivo accessorio non dovrebbero costituire oggetto di contrattazione. Ma tale conclusione potrebbe stridere con l'assetto privatistico del rapporto di lavoro del personale delle amministrazioni pubbliche, in quanto verrebbe meno una dimensione basilare dello scambio lavoro/retribuzione proprio relativamente all'aspetto retributivo retto da una rigorosa corrispettività ([26]). Per cui si può ritenere che, ferma restando l'iniziativa dirigenziale, l'individuazione degli obiettivi ai quali connettere la retribuzione accessoria debba essere oggetto di accordo (individuale e/o collettivo), ed il consenso potrebbe essere espresso anche attraverso comportamenti concludenti, con riguardo ad obiettivi indicati dal dirigente. In questo caso potrebbe ritornare utile l'applicazione della norma che consente alle amministrazioni pubbliche, in caso di mancato rinnovo del contratto collettivo (se la materia è disciplinata dall'autonomia collettiva), l'anticipazione di trattamenti che saranno definiti dal successivo accordo collettivo.

L'ultimo tassello legislativo mostra, per un verso, la rilevanza, prevedibile, della dirigenza, per l'altro verso, l'esautorazione della stessa, l'assoggettamento ad una forma di tutela, a vantaggio di definizioni e orientamenti legali, aprioristici e generalizzati, che non considerano l'esistenza e l'articolazione delle "dirigenze", da declinare al plurale non soltanto con riguardo a Regione e autonomie locali ([27]). E l'intervento legislativo è aggravato dal fatto di incorrere anche in difetti regolativi ovvero in regolamentazioni contraddittorie rispetto all'assetto normale di fondamentali elementi del contratto di lavoro.

---

(26) V. L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, Esi, 1991.

(27) Sulle criticità del decreto, specie con riguardo al problema della regolamentazione dei confini tra responsabilità dirigenziale e disciplinare del dirigente, cfr. S. MAINARDI, *Poteri e responsabilità nell'ottica della valutazione del merito. la lettura del giurista*, Relazione al convegno su "*Valutazione del merito e responsabilità nella pubblica amministrazione*", Padova 4 dicembre 2009 (in corso di pubblicazione in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010); P. MONDA, *La valutazione della dirigenza pubblica*, *op. cit.*

3.4. *Valutazione negativa del dipendente e responsabilità disciplinare: un connubio difficile*

La valutazione negativa della *performance* e del rendimento del dipendente si manifesta non solo nella parziale o mancata acquisizione dei premi, ma anche nell'attivazione di meccanismi sanzionatori gravissimi, suscettibili di determinare la cessazione del rapporto di lavoro.

È stata oramai ben focalizzata questa seconda faccia della riforma: fondarsi sulla politica del "bastone" per rimediare allo scarso impegno o risultato del dipendente pubblico e perseguire, in tal modo, la maggiore efficienza degli uffici pubblici. La novità riformatrice è stata così bene sintetizzata: si è intervenuti, da un lato, "sul codice disciplinare negoziato, ovvero imponendo *ex lege*, con carattere di inderogabilità, specifiche sanzioni in relazione a determinate infrazioni, dunque riducendo significativamente la discrezionalità delle parti negoziali e dell'amministrazione, dall'altro lato obbligando i dirigenti all'uso del potere disciplinare, e sanzionandoli in caso di omissione" ([28]). E lucidamente sono state rilevate, per un verso, l'improprietà di contrastare le pratiche di scarsa produttività con le tecniche sanzionatorie; per un altro verso, la contraddizione tra la conferma ed il rafforzamento della figura manageriale del dirigente e l'ingabbiamento di quest'ultimo "in una griglia di puntuali e rigide regole eteronome", che "allontana l'amministratore pubblico dalla (pur mitizzata) figura del manager privato che gestisce efficacemente premiando e punendo con piena discrezionalità" ([29]). Ma non si tratta soltanto di improprietà, bensì anche di difficoltà nell'utilizzare gli stru-

(28) F. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico, cit.*, p. 399 ss., spec. p. 400.

(29) F. BORGOGELLI, *op. ult. cit.*, p. 401; v. anche G. FERRARO, *Prove generali di riforma del lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, p. 239 ss., spec. § 8; R. SANTUCCI e P. MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa, op. cit.*, p. 275 ss.; P. MONDA, *La valutazione della dirigenza pubblica ed i suoi spazi applicativi a Regioni ed enti locali*, in questa rivista.

menti apprestati per sconfiggere il fannullone e scacciarlo dall'amministrazione. Senza entrare nel merito delle innovazioni apportate alla procedura e alle sanzioni disciplinari e della loro bontà ([30]), occorre concentrare l'attenzione su alcune specifiche fattispecie che connettono la valutazione del dipendente ai meccanismi sanzionatori, contemplate dagli artt. 55-*quater*, co. 2, e 55-*sexies*, co. 2, d.lgs. 165/01, come introdotti dall'art. 69 del d.lgs. 150/09.

La prima disposizione indicata prevede espressamente che, ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, la sanzione disciplinare del licenziamento trova comunque applicazione nel caso di prestazione lavorativa, riferibile ad un arco temporale non inferiore al biennio, per la quale l'amministrazione di appartenenza formula – sulla base delle disposizioni legislative e contrattuali relative alla valutazione – una valutazione di insufficiente rendimento, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa (con puntuale elencazione di tutte le fonti di tali obblighi: norme legislative o regolamentari, contratto collettivo o individuale; atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza, codici di comportamento di cui all'art. 54 del d.lgs, n. 165/2001). E' sicuramente apprezzabile che, nella versione finale del decreto legislativo, sia stato cancellato il collegamento con i criteri per la differenziazione delle valutazioni, che rendeva automatico il licenziamento consequenziale alla collocazione, per tre anni consecutivi, nella fascia di merito più bassa delle tre indicate dall'art. 19 del d.lgs. n. 150. Si trattava, infatti, di un meccanismo, che avrebbe generato non solo incertezze per le difficoltà insite – come già evidenziato – nella tecnica di selezione forzata, introdotta dall'art. 19, ma anche seri dubbi di armonizzazione con i principi che governano la materia del licenziamento individuale (il mancato conseguimento dei premi per la classificazione nell'ultima fascia di merito potrebbe non

(30) In senso giustamente critico v. F. BORGOGELLI, *op. ult. cit.*

sostanziare il notevole – o più che notevole – inadempimento degli obblighi contrattuali richiesto dall'art. 3 della l. 604 del 1966, come presupposto per irrogare il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa *ex* art. 2119 cod. civ.; essere classificato nell'ultima fascia di merito potrebbe comportare comunque l'acquisizione di un premio, qualora la contrattazione collettiva integrativa derogasse, legittimamente *ex* art. 19, co. 4, al sistema delineato dall'art. 19: il dipendente premiato sarebbe stato passibile di licenziamento per scarso rendimento!). Ciononostante non vanno nascosti dubbi e complessità della figura del licenziamento c.d. per scarso rendimento ([31]), così come delineata dalla disposizione in questione. In merito all'individuazione dei parametri di valutazione dello scarso rendimento come forma di inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore, la Cassazione ha confermato di ritenere legittimo tale licenziamento "qualora sia risultato provato, sulla scorta della valutazione complessiva dell'attività resa dal lavoratore stesso ed in base agli elementi dimostrati dal datore di lavoro, una evidente violazione della *diligente collaborazione* dovuta dal dipendente – ed a lui imputabile – in conseguenza *dell'enorme sproporzione* tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettiva-

(31) La dottrina sottolinea come si debba parlare di "inesatto adempimento", non essendoci alcuna disposizione legale che faccia riferimento allo scarso rendimento in aggiunta al dovere della prestazione: v. da ultimo L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi costituzionali"*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 593 ss., spec. p. 626 ss. A ben vedere anche la nuova disciplina, pur facendo derivare l'insufficiente rendimento dalla violazione reiterata degli obblighi contrattuali, non definisce l'insufficiente rendimento che, quindi, va ricondotto nell'ambito dell'inesatto adempimento. NOGLER – distaccandosi dall'orientamento maggioritario della giurisprudenza secondo cui il datore di lavoro dovrebbe provare non solo il mancato raggiungimento del risultato atteso e l'oggettiva sua esigibilità, ma anche, eventualmente in via di presunzioni, che la causa di esso derivi da colpevole e negligente inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore – ritiene che siccome "l'art. 5 della l. n. 604 del 1966 non contempla un'inversione dell'onere della prova, a ben vedere, è il lavoratore a dover provare che l'inadempimento è dipeso da un fatto a lui non imputabile ovvero che è dovuto all'organizzazione. Il datore di lavoro, oltre all'esigibilità del risultato (che, in genere, si prova in via presuntiva sulla base della media delle attività dei vari dipendenti), deve dimostrare, non la causa, ma il carattere notevole dell'inadempimento".

mente realizzato nel periodo di riferimento, *avuto riguardo* al confronto dei risultanti dati globali riferito ad una media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione" ([32]). È chiaro, dunque, che bisognerà prestare molta attenzione, nell'accertare la sussistenza di tali ipotesi, al peso di determinati elementi esterni alla prestazione; elementi spesso riconducibili ad inefficienze organizzative che, se osservate attraverso il filtro della diligenza, difficilmente sono imputabili al singolo lavoratore ([33]). L'inefficienza organizzativa di per sé dovrebbe attivare diverse forme di responsabilità imputabili a chi è investito del potere di condizionare le stesse e non a chi nella dimensione organizzativa è assorbito. Un contributo importante potrebbe desumersi dall'art. 21, co. 2, del d.lgs. n. 165/2001, modificato dall'art. 41 del d.lgs. n. 150, dove si prevede che "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, conformemente agli indirizzi deliberati dalla Commissione di cui all'articolo 13 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, 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" ([34]). Ma, a ben vedere, il sostegno normativo potrebbe generare più problemi di quanti ne possa risolvere. Gli standard qualitativi e quantitativi, fissati a livello centrale, potrebbero costituire un parametro di riferimento e te-

(32) V. Cass. 22 gennaio 2009 n. 1632; conf. Cass. 22 febbraio 2006 n. 3876.
(33) In tal senso Trib. Alessandria 20 ottobre 2005.
(34) Sulla problematicità della previsione in ordine a funzioni e poteri del dirigente pubblico si rinvia al contributo di P. MONDA, *La valutazione della dirigenza pubblica*, *cit.*, in questa rivista.

nere luogo degli "obiettivi produttivi" previsti dalla giurisprudenza; ma in ogni caso rispetto agli stessi – ammesso che sia possibile a livello generale fissare, una volta e per tutte le amministrazioni, standard qualitativi e quantitativi in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico, dell'efficienza e della trasparenza delle pubbliche amministrazioni – occorrerà valutare la diligente collaborazione del dipendente (in quanto, di certo, allo scostamento dagli standard non consegue automaticamente il giudizio di insufficiente rendimento), l'influenza degli elementi organizzativi, la comparazione con la diligenza media degli altri dipendenti (che di fatto potrebbe non coincidere con lo standard "nazionale"). Potrebbe darsi che l'elemento dell'art. 21 complichi ancora di più il meccanismo sanzionatorio, rendendolo di fatto inutilizzabile; in ogni caso, è evidente che, qualora lo si attivasse, l'unica previsione certa al riguardo potrebbe essere quella dell'incremento del contenzioso giudiziario, con la conseguenza che l'ultima parola spetterebbe al giudice.

Per la seconda disposizione (art. 55-*sexies*, co. 2), il lavoratore, qualora dalla valutazione della sua prestazione ("ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale") si *accertasse* – tramite procedimento disciplinare – un grave danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza per inefficienza o incompetenza professionale, è collocato in disponibilità. Si richiama la procedura degli artt. 33 co. 8, e 34, co. 1-4, con qualche integrazione. Pertanto, il dipendente sarà sospeso dal lavoro per una durata massima di 24 mesi – ricevendo l'80% dello stipendio e dell'indennità integrativa speciale, ma "senza percepire aumenti retributivi sopravvenuti" – e, previa iscrizione negli appositi elenchi, potrà essere ricollocato presso altre amministrazioni; trascorso inutilmente tale periodo, il rapporto di lavoro si intende definitivamente risolto. Il provvedimento che definisce il "giudizio disciplinare" stabilisce "le mansioni e la qualifica per le quali può avvenire l'eventuale ricollocamento" (art. 55-*sexies*, co. 2). Il lavoratore dunque potrebbe essere inquadrato e adibito a qualifiche e mansioni diverse, quindi anche inferiori

rispetto a quelle di assunzione o successivamente acquisite (equivalenti o superiori, così come dispone l'art. 52, co.1, del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 62 del d.lgs. n. 150 del 2009). Anche questa seconda ipotesi normativa suscita forti perplessità e sembra affetta da consistenti difficoltà applicative. Sotto un primo profilo, l'accertamento dell'inefficienza o dell'incompetenza del lavoratore sembra attenere a profili soggettivi, rientranti nella valutazione dell'inesattezza dell'adempimento: è lo stesso legislatore che induce una tale lettura, richiamando a tal proposito l'accertamento tramite procedimento disciplinare; ed è noto che le sanzioni disciplinari sono irrogate per la violazione dei doveri di diligenza ed obbedienza, nonché dell'obbligo di fedeltà (v. art. 2106 cod. civ.). Perciò, nonostante il collegamento dello scarso rendimento al grave danno inferto al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza, che fa ipotizzare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la fattispecie graviterebbe comunque nell'ambito del licenziamento per colpa e si pongono, dunque, i problemi già rilevati relativamente alla prima disposizione. Vi è da aggiungere, poi, che la giurisprudenza prevalente (e non solo) considera lo scarso rendimento strettamente connesso alla condotta negligente del lavoratore ([35]).

Sotto un secondo profilo, si potrebbe ipotizzare che inefficienza ed incompetenza rilevino in senso oggettivo, senza alcuna connessione con la negligenza del lavoratore ([36]), con riguardo al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza, determinando il presupposto sostanziale per irrogare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 3 l. n. 604/1966). In questa ipotesi - avendo comunque presente che la

(35) V., oltre alle citazioni contenute nelle note 31-33, Cass. 10 novembre 2000 n. 14605; Cass. 19 agosto 2000 n. 11001. Sull'argomento cfr. E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, in *Trattato di Diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, v. 40°, Padova, Cedam, 2006, pp. 105 ss.

(36) In tal senso v. l'isolata sentenza della Cassazione n. 14964 del 20 novembre 2000. La tesi, pur circondata da forti cautele, è sostenuta anche da E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*

giurisprudenza, anche in caso di sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore a svolgere le mansioni, ritenga sussistere l'onere del datore di lavoro di destinare il lavoratore ad altre mansioni ovvero provare l'impossibilità di tale destinazione ([37]) - si evidenzia come il motivo del recesso debba essere considerato alla stregua della buona fede e delle direttive di lealtà e di solidarietà. Ciò significa che quando ricorre la scarsa soddisfazione dell'impresa per la qualità della prestazione lavorativa e che tale scarsa qualità arrechi grave danno al normale funzionamento dell'ufficio (non si versa pertanto né in una fattispecie disciplinare, né in una inidoneità fisica o psichica del lavoratore allo svolgimento della prestazione lavorativa), è necessario per licenziare il lavoratore che questi sia stato messo, lealmente, senza successo, nelle condizioni "di comprendere la sua scarsa efficacia, con l'analitica indicazione dei suoi errori (… ed) inoltre, qualora ciò sia possibile, a seconda delle circostanze, (sia stato aiutato) nel migliorare la qualità della collaborazione, al limite con supporti formativi e con interventi di addestramento, oltre che con sussidi cognitivi e tecnologici e con correzioni puntuali, cooperative, non intimidatorie" ([38]). In altre parole, deve essere provato che il lavoratore si è trovato nelle condizioni di esprimere e di perfezionare il proprio bagaglio professionale, e il licenziamento è la legittima conseguenza di una forte divaricazione tra la qualità della prestazione e le attese oggettive del datore di lavoro.

In conclusione si può rilevare che le disposizioni esaminate si rivelano problematiche non solo sul piano dell'opportunità, ma anche su quello dell'effettiva praticabilità. L'utilizzazione dei flussi informativi, scaturenti dal processo di valutazione al

(37) V. Cass., sez. un., 7 agosto 1998 n. 7755; sulla questione della riconduzione di ipotesi di impossibilità sopravvenute della prestazione lavorativa nell'ambito del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, cfr. L. NOGLER, *op. cit.*, p. 630 ss.; M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 402 e 426 ss.; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, Utet, 2006, pp. 309 ss.; M. PAPALEONI, sub *art. 3 (g.m.o.)*, in M. GRANDI - G. PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, Cedam, 2001, p. 958 ss.

(38) E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, p. 107 ss.

fine di premiare, incentivare, motivare o, all'occorrenza, sanzionare, non era certo esclusa dal precedente quadro normativo. Si trattava di aspetti ricondotti nei poteri del dirigente, che ne avrebbe dovuto soppesare le modalità di utilizzo. Sicuramente l'ingerenza politica e i condizionamenti sindacali hanno contribuito ad impedire lo svolgimento fisiologico dell'attività dirigenziale e l'utilizzazione fisiologica di tali meccanismi (ma anche di quelli premianti). Tuttavia, la scelta del legislatore delegato di delineare, per un verso, figure disciplinari gravi, che evidenziano problematicità sistematiche e dubbi applicativi, e di imporre, per l'altro verso, l'esercizio dei poteri sopra richiamati al dirigente, configurandone responsabilità forti in caso di inerzia, rischia di fallire sotto il profilo tanto dell'effettività dei meccanismi stessi (impropri o tecnicamente complicati od inadeguati), quanto della responsabilità del dirigente, trattato non come un manager ma alla stregua di un mero esecutore di comandi legali.

4. *L'attuazione della riforma in Regioni e autonomie locali*

Anche se per qualche aspetto la problematica è stata accennata nei paragrafi precedenti e vi sono contributi, in questo numero della rivista, che trattano *ex professo* la tematica, è forse opportuno dedicare qualche osservazione al tema che, come noto, costituisce, da tempo (sia prima, sia dopo la riforma del titolo V della Costituzione), un nodo problematico dell'intervento riformatore sull'organizzazione e la disciplina del lavoro nelle amministrazioni pubbliche ([39]). Varie disposizioni si occupano

(39) V., da ultimo, i contributi di G. D'AURIA, La nuova riforma del lavoro pubblico e le autonomie regionali e locali, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2009, p. 484 ss.; M. CERBONE e F. ROTA in R. MERCURIO e A. ZOPPOLI, *Politica e amministrazione nelle autonomie locali, op. cit.*; A. TROJSI, *Le Regioni nella disciplina e nella gestione del lavoro pubblico* e M. CERBONE, *L'impatto della riforma sul lavoro pubblico locale*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico, cit.*, risp. p. 83 ss. e 165 ss.; A. TROJSI, *Lavoro pubblico regionale: storia e regole*, in questa rivista, n. 6 del 2007. Analogamente, va segnalata l'accurata elaborazione dottri-

del rispetto del d.lgs. n. 150 del 2009 da parte di Regioni, enti locali ed enti del SSN: gli articoli 16, 31 e 74. Anche qui si evidenzia un difetto di coordinamento, perché l'art. 74 sembra la disposizione generale sull'ambito di applicazione e riporta, anche se parzialmente, quanto già disciplinato nei precedenti articoli. Conviene partire da quest'ultima disposizione e analizzarne i contenuti alla luce dell'autonomia organizzativa, di cui Regioni ed enti locali sono dotati ([40]). Il primo comma dell'art. 74 dispone l'applicazione di alcuni articoli del d.lgs. n. 150 agli enti in questione, in quanto le norme in essi contenute sono espressione della potestà legislativa esclusiva esercitata dallo Stato, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lettere l) e m), vale a dire "giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa" e "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale". Fra questi articoli sono inclusi l'art. 54, che ha modificato l'art. 40 del d.lgs. n. 165, e l'art. 57, che ne ha modificato l'art. 45.

Non c'è dubbio che in tali disposizioni siano presenti aspetti

---

nale e giurisprudenziale sulla linea di demarcazione tra competenze esclusive dello Stato, competenze concorrenti tra Stato e Regioni (con l'inclusione della materia "tutela e sicurezza del lavoro"), competenze residuali (o generali) esclusive delle Regioni: v. per tutti, da ultimo, F. MARTELLONI, *Lavoro privato e Titolo V della Costituzione: il "mobile" diritto vivente*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2008, n. 3.

(40) Come noto, a seguito della modifica del Titolo V della Costituzione, operata dalla l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3, la competenza nel disciplinare gli aspetti concernenti l'organizzazione amministrativa non è più prerogativa esclusiva dell'ordinamento statale; ciò in conseguenza della natura oramai policentrica dell'ordinamento repubblicano. Le relazioni tra ordinamento statale, regionale e quello proprio di enti locali sono scandite da un criterio di equiordinazione e non più di subordinazione. Sulle competenze regionali e degli enti locali in tema di autonomia organizzativa, sulle difficoltà di tracciare confini certi e definitivi e sul dinamismo della materia, v., in dottrina, da ultimo, M. CERBONE, *op. cit.*; F. MERLONI, *Riflessioni sull'autonomia normativa degli enti locali* e G. PITRUZZELLA, *Quali poteri normativi per l'autonomia locale?*, in *Le Regioni*, 2008; Ales, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Milano, Utet, 2007, p. 45 ss; Sgroi, *Dalla contrattualizzazione dell'impiego pubblico all''organizzazione privatistica dei pubblici uffici*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 244 ss.; L. Zoppoli, *Applicabilità della riforma del lavoro pubblico alle Regioni e riforma costituzionale*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*. Commentario, Utet, Torino, 2004, p. 54 ss.

riconducibili alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, ma negli stessi sono presenti materie suscettibili di disciplina anche esclusiva da parte di Regioni ed enti locali. Come si è già detto, è lo stesso art. 40 che introduce una diversificazione regolativa tra Regioni, enti locali e sanità, da un lato, ed altre amministrazioni, dall'altro lato, con un intervento non del tutto coerente. Quindi il richiamo onnicomprensivo è quanto meno una forzatura formale rispetto alle stesse disposizioni del d. lgs. n. 150.

Invece, non sono considerati oggetto di materia esclusiva (ordinamento civile) i premi (artt. 21 e 22) e le progressioni economiche (art. 23) che, indubbiamente, sono istituti economici del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici e pertanto sembrano rimessi alla disciplina legislativa regionale o regolamentare degli enti locali. Forse si è confusamente sovrapposto il rispetto per la determinazione e la destinazione delle risorse da dedicare a merito e premi con quello relativo alla disciplina degli istituti del rapporto di lavoro nel quale si concretizza la retribuzione accessoria.

L'art. 74, co. 2, stabilisce inoltre che una buona parte di disposizioni - tra cui l'art. 23, co. 1 e 2, sulle progressioni economiche, l'art. 24, co. 1 e 2, sulle progressioni di carriera, l'art. 25 su incarichi e responsabilità, gli artt. 26 e 27 sull'accesso a percorsi di alta formazione e di crescita professionale e sul premio di efficienza – "recano norme di diretta attuazione dell'art. 97 Cost. e costituiscono principi generali dell'ordinamento ai quali si adeguano le regioni e gli enti locali, anche con riferimento agli enti del Servizio sanitario nazionale, negli ambiti di rispettiva competenza". Da rilevare che, per quanto concerne "merito" e "premi", non è richiamato l'art. 19 che stabilisce la tecnica di valutazione c.d. distribuzione forzata. Per le medesime disposizioni, gli artt. 16 e 31 contengono un'analoga imposizione. Non si parla però di norme di diretta attuazione dell'art. 97 Cost., ma si aggiunge che, nelle more dell'adeguamento (da attuarsi entro il 1° dicembre 2010), si applicano nelle regioni e negli enti locali le disposizioni vigenti; trascorso il termine, si applicano le disposizioni fissate nel

d.lgs. 150 fino all'emanazione della disciplina regionale e locale. L'art. 31 aggiunge ancora qualche ulteriore, consistente elemento. Regioni, servizio sanitario ed enti locali "prevedono che una quota prevalente delle risorse destinate al trattamento economico accessorio collegato alla *performance* individuale venga attribuita al personale dipendente e dirigente che si colloca nella fascia di merito alta e che le fasce di merito siano comunque non inferiori a tre" (co. 2): pertanto non si applica direttamente l'art. 19 del d. n. 150, né si chiede l'adeguamento ai principi, però si impone una parte rilevante della norma, che si può ritenere anche "di dettaglio" e non "di principio" (le fasce di merito devono essere non inferiori a tre). Se la tecnica di valutazione sintetizzata nell'art. 19 rientra tra le norme di organizzazione, l'imposizione alle regioni e alle autonomie locali è fuor di luogo; se invece si considera organica alla disciplina del rapporto di lavoro, allora l'art. 19 dovrebbe applicarsi nella sua integrità; e se anche si volesse ricorrere, pur in presenza di competenze regolative esclusive delle autonomie locali, ad un orientamento sui principi, la disposizione presenterebbe elementi di dettaglio da inficiare tale prospettiva.

La vicenda dell'art. 19 è emblematica di una difficoltà di fondo propria del d.lgs. n. 150/09. Non c'è dubbio che la disciplina relativa al sistema premiale rinvenga il suo fondamento concettuale nell'implementazione della logica meritocratica all'interno delle pubbliche amministrazioni ([41]). Al di là della possibilità di rinvenire nella valorizzazione dei "dipendenti che conseguono le migliori *performances*" una sorta di principio generale volto a guidare lo sviluppo organizzativo di ogni ente pubblico, il legislatore delegato non resiste alla tentazione di generalizzare il percorso funzionale all'attuazione del principio sancito dall'art. 18 d.lgs. n. 150/09. Per il conseguimento di quest'ultima finalità, estende le maglie del fitto reticolo di norme caratterizzanti il Titolo III con esiti decisamente poco chiari sul piano interpretativo e non sempre agevolmente armonizza-

(41) Per una recente ricostruzione del percorso evolutivo dell'ideologia meritocratica si rinvia a R. ABRAVANEL, *Meritocrazia. Quattro proposte concrete per valorizzare il talento e rendere il nostro paese più ricco e giusto*, Milano, Garzanti, 2008.

bili con il peculiare aspetto strutturale della repubblica. In tal senso l'art. 31 stabilisce che Regioni, servizio sanitario ed enti locali, "oltre a quanto autonomamente stabilito, nei limiti delle risorse disponibili per la contrattazione integrativa, utilizzano gli strumenti di cui all'art. 20, co. 1, lettere c), d), e) ed f), nonché, adattandoli alle specificità dei propri ordinamenti, quelli di cui alle lettere a) e b). Gli incentivi di cui alle predette lettere a), b), c) ed e) sono riconosciuti a valere sulle risorse disponibili per la contrattazione collettiva integrativa" (co. 3). Quest'ultimo comma richiama gli strumenti nei confronti dei quali il primo comma dell'art. 31 e l'art. 74 richiedono l'adeguamento, ma (valore aggiunto, sembra) impone ("utilizzano") anche l'utilizzazione del bonus annuale delle eccellenze e del premio annuale per l'innovazione, sia pure adattati. Quindi per un verso alcuni strumenti sono richiamati ma adeguandosi alle disposizioni che li prevedono, per l'altro verso invece gli stessi strumenti si utilizzano e quelli esclusi dall'adeguamento (i "bonus") rientrano in gioco, adeguati. Come minimo, c'è disordine nel decreto legislativo e l'opera di ricostruzione organica dell'interprete è al limite dell'impossibilità. Tra l'altro, il legislatore delegato sembra essersi complicato la vita al di là di quanto fosse necessario e senza tenere conto che, nella materia in questione, le soluzioni sono strutturalmente complesse, alla luce del nuovo quadro costituzionale. Sicuramente il problema non si risolve ricorrendo all'espediente dell'attuazione delle norme costituzionali e dei principi generali dell'ordinamento. A ben vedere tali argomenti sono spuntati, in quanto nelle materie in cui vi è una potestà legislativa e normativa piena delle autonomie territoriali rilevano direttamente i limiti costituzionali e i principi generali dell'ordinamento sono da ritenere costituzionalizzati ed assorbiti nel limite costituzionale ([42]); la qualificazione operata dal legislatore delegato può solo ritenersi ricognitiva dei principi generali e delle regole di diretta derivazione

(42) Cfr. P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *op.cit.*, pp. 58 ss.; T. MARTINES – A-RUGGERI – C. SALAZAR, *op. cit.*, pp. 14 ss. e spec. p. 169; S. GAMBINO, *op. cit.*, p. 23 ss.

costituzionale ([43]). In alcuni casi dunque l'adeguamento alle disposizioni del d.lgs. 150 deriva dal fatto che la disciplina riguarda una materia dell'ordinamento civile. Negli altri casi sembra difficile che i principi generali possano guidare lo sviluppo organizzativo di Regioni ed enti locali. Quest'ultima è operazione complessa che dovrebbe trovare un suo limite nel garantire l'unità e l'indivisibilità dell'ordinamento repubblicano (art. 5 Cost.). L'iter seguito dal legislatore delegato rende difficile poter trovare un equilibrio con tali esigenze, poiché si promuove un adeguamento su norme che definiscono nel dettaglio le tecniche di promozione del merito. Il rischio è di ovviare alla competenza regolativa delle autonomie territoriali, chiamate anche ad attuare normative di dettaglio piuttosto che di principio ([44]). Forse sarebbe stato utile formalizzare una terza via, che pure si sta di fatto perseguendo: i Protocolli di intesa con le autonomie territoriali che potrebbero, al di là di quanto è legislativamente imponibile con sicurezza, realizzare un adeguamento "dolce" ai principi della nuova riforma ed assicurare un'opportuna convergenza su dimensioni di fondo dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, con la necessaria salvaguardia delle peculiarità, che emergono meglio nell'ambito del dialogo e della leale collaborazione istituzionale ([45]).

---

(43) Sul punto v. F. MERLONI, *Riflessioni sull'autonomia normativa degli enti locali*, in *Le Regioni*, 2008, n. 1, p. 91 ss., spec. p. 101.

(44) Sui dubbi di conformità degli artt. 16, 31 e 74 alla copiosa giurisprudenza costituzionale sull'impiego della tecnica dei principi generali si rinvia a P. BARRERA, *Limiti della potestà legislativa dello Stato e riforma del lavoro pubblico*, in *www.astridonline.it*. Sulla rilevanza della distinzione norma di principio-norma di dettaglio ai fini della valutazione della legittimità costituzionale della legislazione statale v., da ultimo, Corte cost. 29 luglio 2009 n. 139.

(45) V. il Protocollo d'Intesa tra Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione e l'Anci per "La valorizzazione del merito e della produttività del lavoro pubblico locale: l'attuazione delle disposizioni del d.lgs. Brunetta nei comuni" del 9 ottobre 2009 nonché il Protocollo d'Intesa tra Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione e l'Upi per "Valorizzare la produttività del lavoro pubblico l'efficienza e la trasparenza delle province in attuazione del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150" 18 novembre 2009; per indicazioni in tal senso v. F. MERLONI, *op. cit.*, p. 91 ss.

5. *Una difficile sistemazione dell'intervento legislativo tra aporie, disordini regolativi e rischi di illegittimità costituzionale*

Il legislatore della riforma, nell'intento dichiarato di *accentuare la selettività nell'attribuzione degli incentivi economici e di carriera e valorizzare la produttività del personale* ([46]), valorizza fortemente il ruolo della legge, che diventa lo strumento attraverso cui perseguire risultati efficienti ed efficaci. Le regole organizzative non sono più auto-prodotte in funzione delle peculiarità dei servizi erogati, del contesto di riferimento esterno e delle molteplici variabili con cui ogni organizzazione si confronta, ma sono frutto dell'attuazione di un comando di legge operante in modo unitario per tutte le amministrazioni, con la temperata, ma incerta, eccezione di Regioni ed enti locali. Coerentemente con l'accentuazione della fonte normativa, traspare una forte sfiducia nei confronti tanto della dirigenza pubblica, quanto dell'autonomia collettiva circa la possibilità di utilizzare la contrattazione collettiva, soprattutto integrativa, come risorsa gestionale, funzionale alla migliore qualità dell'azione amministrativa, ottimizzando lo scambio tra retribuzione accessoria e meccanismi di incentivazione della qualità dell'organizzazione e del lavoro. Non è tutto. Ammesso che il sistema di *perfomance management*, il "ciclo della *performance*", risulti delineato in modo da realizzare le proprie finalità – e qualche dubbio nasce se si considerano tra l'altro la regolazione pignola del sistema, l'istituzione di una Commissione nazionale che dovrebbe emanare le linee guida sulla cui base tutte le pubbliche amministrazioni adottano i propri modelli di valutazione (!), l'oscuro rapporto tra la valutazione dei dipendenti ad opera del dirigente e quella dell'Organismo indipendente di valutazione – il legislatore indica tendenzialmente "chi" e "come" premiare, impone il principio della selettività aprioristica del meccanismo incentivante, lasciando al contratto collettivo spazi

(46) In tal senso v. Relazione illustrativa 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, p. 2.

marginali od inesistenti ([47]). Tale assetto sembra contraddire quanto affermato, sotto il profilo metodologico, dalla teoria organizzativa, che considera non automatico il collegamento tra *performance management* e retribuzione di risultato, rimettendo la scelta delle misure di valutazione e dei conseguenti meccanismi retributivi al contesto organizzativo e culturale aziendale. Il legislatore della riforma impone anche la "distribuzione forzata" del personale, come strumento di valutazione. Ciò non solo è controproducente perché varrà indiscriminatamente per tutte le amministrazioni, anche quelle efficienti, che dovranno, "per forza", individuare il 25% di personale "immeritevole", escludendolo dal premio collegato alla perfomance individuale, ma anche è rischioso sul piano organizzativo: può generare reazioni negative, senza migliorare le prestazioni, "mentre l'obiettivo dovrebbe essere proprio quello di migliorare le prestazioni future più che certificare e remunerare staticamente le prestazioni passate" ([48]); non a caso, "la procedura di valutazione e le tecniche impiegabili sono numerose e devono essere scelte in modo adeguato a seconda del contesto in cui saranno utilizzate" ([49]). Nel caso della "distribuzione forzata", inoltre, il legislatore ammette deroghe anche sensibili da parte del contratto collettivo integrativo: si tratta di deroghe inaspettate su una tematica dove, tutt'al più, si sarebbero dovuti utilizzare gli istituti di partecipazione sindacale, essendo il sistema di valutazione rimesso alla fonte unilaterale e alle prerogative dirigenziali ([50]).

La restrizione degli spazi dell'autonomia negoziale si rivela eccessiva e sproporzionata e sembra essere frutto di una condanna preventiva, là dove sarebbe stato necessario riequilibrare

(47) V. criticamente G. COSTA, *Cambiamento organizzativo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Risorse Umane*, 2009, p. 157; G. DELLA ROCCA e G. FORTUNATO, *Lavoro e organizzazione*, Bari, Editori Laterza, 2006, pp. 151 ss. su criticità e opportunità dell'HRM individualizzato e cooperativo, in ogni caso "responsabile".
(48) G. COSTA – M. GIANECCHINI, *Risorse umane. Persone, relazioni e valore*, Milano, McGraw-Hill, 2009, p. 408.
(49) G. COSTA – M. GIANECCHINI, *op. cit.*, p. 406.
(50) V. l'art. 7 che attribuisce alle amministrazioni pubbliche il potere di adottare il Sistema di misurazione e valutazione della performance; il Titolo III del d.lgs. n. 150/2009.

saggiamente funzioni e ruoli degli attori implicati, per evitare di ricadere nell'errore di una spesa retributiva di bassa o scarsa qualità e di una sottovalutazione del merito personale. Se le premesse dell'intervento riformatore sono ampiamente giustificate e si radicano anche sulla riserva contenuta nell'art. 97 Cost., la via – come al solito – è quella che passa per il bilanciamento dei valori e degli interessi in gioco. Lo squilibrio delle fonti di disciplina, la compressione eccessiva della contrattazione collettiva, in un ambito caratterizzato da una permanente impostazione privatistica, pur se speciale, e dalla garanzia del rispetto dell'autonomia negoziale, potrebbero condurre a valutazioni, oltre che di inopportunità, di illegittimità costituzionale per irragionevolezza dell'intervento e, in alcuni casi, per violazione delle competenze riservate alle autonomie territoriali.

Sezione IV
Le dirigenze pubbliche

La dirigenza pubblica: ruolo, prerogative e rapporto di lavoro nell'evoluzione legislativa

di Antonello Baldassarre

Sommario
1. *La perenne attenzione del legislatore alle vicende della dirigenza amministrativa.* – **2.** *La dirigenza pubblica «nuova» nella recente riforma in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico.* – **3.** *La posizione organizzativa del dirigente pubblico nell'assetto dei poteri di guida delle pubbliche Amministrazioni.* – **4.** *Nuovi poteri, nuove responsabilità dei dirigenti pubblici nel d. lgs. n. 150/2009: ma quanta «autonomia» in più?* – **5.** *La regolazione dell'accesso alla posizione organizzativa dirigenziale.* – **6.** *La complessità della multiforme figura dirigenziale ancora una volta fa i conti con lo spazio negato per la differenziazione «subnazionale».*

1. *La perenne attenzione del legislatore alle vicende della dirigenza amministrativa*

Nell'ultimo, organico ([1]), intervento di riforma della disciplina del lavoro alle dipendenze della pubblica Amministrazione – d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, 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» ([2]) – vengono «ri-delineati» alcuni tratti normativi della dirigenza pubblica, al fine di rafforzarne il ruolo e le prerogative. E' questo l'intento dichiarato del legislatore della riforma: che, nell'art. 6 della l. n. 15, pone criteri di

(1) Almeno *prima facie*: v., infatti, con riguardo ai riflessi del nuovo testo normativo sull'ordinamento del lavoro pubblico regionale e locale, i rilievi critici di 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, 2009, p. 174 ss.
(2) Da ora, per comodità espositiva, si indicano la legge-delega e il decreto delegato, rispettivamente, l. 15 e d. 150.

delega volti ad orientare le modifiche del regime giuridico della figura dirigenziale verso il «rafforzamento del principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti *al dirigente*» (co. 1), in particolare per affermarne «la piena autonomia e responsabilità, in qualità di soggetto che esercita i poteri del datore di lavoro pubblico, nella gestione delle risorse umane» (co. 2, *lett. a)*).

A partire dal suo formale ingresso nell'assetto ordinamentale degli enti pubblici ([3]), la dirigenza si trova al centro di continue attenzioni da parte del legislatore. Ciò in ragione della duplice consapevolezza: a) della delicatezza del ruolo, rivestito da coloro che sono preposti alla guida della macchina amministrativa e al solerte funzionamento dell'apparato umano e materiale con il quale, quotidianamente, si relazionano i cittadini-utenti, alla ricerca di servizi o di assistenza per meglio districarsi nella sempre più fitta «giungla normativa»; b) della centralità della posizione ricoperta dai dirigenti nel processo attuativo della c.d. «contrattualizzazione» del lavoro pubblico ([4]): movimento tellurico in atto ormai da quindici anni circa ([5]) e che, tuttavia, con il varo di una seconda, centralissima tappa del percorso dal «pubblico» al «privato» ([6]) e con l'accelerazione, ora, di un al-

(3) Avvenuto, con il d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748, in un'epoca in cui, come scrive U. ROMAGNOLI, *Dirigenti pubblici: lo scenario politico-istituzionale per la valutazione*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2004, n. 3, p. 600, «la dirigenza pubblica stava muovendo i suoi incerti passi nei corridoi dei ministeri e la dirigenza locale era ancora il sogno proibito degli impiegati più anziani che stazionavano nelle zone apicali delle carriere direttive».

(4) Cfr. P. TOSI, *Dirigenze pubbliche e private*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2001, n. 1, p. 60; v. C. D'ORTA, C. MEOLI, *La riforma della dirigenza pubblica*, Padova, 1994.

(5) Avviato, come è noto, dalla l. delega 23 ottobre 1992, n. 421, che ha trovato attuazione nel d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29. V., per una cronologia dei primissimi passi della riforma, con particolare riguardo alla tematica dirigenziale, C. SPINELLI, *Rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici: profili individuali e collettivi*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1994, n. 4, p. 512 ss.

(6) Tappa realizzata dalla l. delega 15 marzo 1997, n. 59 e dai decreti di attuazione nn. 396 del 1997 e 80 del 1998, sui quali cfr. M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 1998, n. 1, p. 35 ss.; ID., *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la «seconda privatizzazione» del*

tro segmento di riforma settoriale, pare ancora non avviarsi verso una fase di meditato assestamento.

Che la dirigenza rappresentasse uno snodo fondamentale di qualsiasi progetto riformatore, diretto a metter mano all'organizzazione amministrativa e del lavoro delle strutture pubbliche, non sfuggiva neanche in epoca risalente, quando autorevole dottrina, con riguardo ai funzionari direttivi, invocava, a fronte del lento ma inesorabile avvicinamento dei lavoratori pubblici ai lavoratori privati, una «normativa del tutto particolare» ([7]). E norme particolari non sono mancate, negli anni, nei confronti di una figura di cui «legislatori e interpreti si sono occupati con un'insistenza che ha molto in comune con l'accanimento terapeutico» ([8]), spesso celato da correzioni parziali e integrative in grado, però, di «incidere in misura consistente sull'assetto e sugli equilibri complessivi della disciplina della dirigenza» ([9]) sino a quel momento raggiunti. Ecco, allora, che anche l'ultima occasione di revisione normativa, disposta dal d. 150, suscita non pochi interrogativi, circa quali delle soluzioni, finora adottate in tema di dirigenza, trovino conferma da parte della nuova disciplina e quali, invece, vengano messe in discussione.

2. *La dirigenza pubblica «nuova» nella recente riforma in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico*

---

pubblico impiego, in *Foro italiano*, 1999, I, col. 621 ss.

(7) Così M. S. GIANNINI conclude la storica voce «*Impiego pubblico*», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XX, Milano, 1970, p. 305.

(8) E' il corrosivo giudizio di U. ROMAGNOLI, *Dirigenti pubblici: lo scenario*, cit., secondo cui, «i trattamenti correttivi» a cui il dirigente pubblico «è stato sottoposto non hanno avuto la levità né la precisione degli interventi di micro-chirurgia *e anzi* legislatori e interpreti sono intervenuti con la delicatezza di uno sfascia-carrozze e, in preda ad astratti furori, hanno preteso di cambiargli tutto con l'immediatezza del caffè liofilizzato: lo statuto normativo, che da pubblicistico è stato bruscamente convertito in privatistico-contrattuale; l'*habitat* e i compiti; i modi di pensare e gli stili di comportamento sul lavoro».

(9) Così G. D'ALESSIO, *Nuove norme sulla dirigenza: il legislatore miope e le voci amiche*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2005, nn. 3-4, 2005, p. 445.

Ad una prima lettura, le nuove disposizioni del d. 150 – principalmente, ma non solo, quelle raccolte nel Titolo IV, Capo II (artt. 37-47) – sembrano puntare ad una serie di modifiche che, tuttavia, come è stato rilevato, riguardano il rapporto di lavoro dei dirigenti «oltre che per alcune non marginali lacune, soprattutto per le innovazioni del contesto in cui si collocano ed operano in generale le pubbliche amministrazioni e, ancor prima, *la dirigenza*» ([10]): «categoria soggettiva» ricompresa espressamente tra le materie su cui la riforma proclama la propria volontà di intervento (art. 1: *oggetto e finalità*) e assunta come uno dei perni del complesso sistema di valutazione (Titolo II) attraverso cui conseguire, grazie anche ad un rafforzamento dei poteri di vigilanza e sanzione ad essa spettanti (Titolo IV, Capo V), adeguati livelli di produttività del lavoro pubblico. Ma questa attenzione al contesto, si è aggiunto, non viene sviluppata sino in fondo o, almeno, sino al punto di riuscire a coniugare, sulla premessa dello stretto «intreccio di cause e di responsabilità – in cui assumono rilievo modelli organizzativi ed assetti istituzionali – […] una riorganizzazione complessiva della pubblica amministrazione con una riforma incisiva in materia di personale» ([11]). Ecco, allora, che se le aspettative ancora una volta riposte dal legislatore sul *soggetto dirigenziale* sono tante, vi è da assumere, per ora, un atteggiamento di attesa e vedere se, a questo punto di un rinnovato processo di razionalità amministrativa, gli elementi di rottura ed innovazione introdotti, là dove vi siano e non risultino, a conti fatti, più annunciati che realizzati, riescano a centrare l'obiettivo: che poi è sostanzialmente quello di creare un ambiente organizzativo favorevole all'esercizio efficiente – in termini di efficienza causale del miglioramento della qualità delle prestazioni erogate dal servizio pubblico – delle prerogative dirigenziali.

(10) V. A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., p. 129.

(11) Cfr. A. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2009, n. 1, p. 14., che rileva come, almeno sino ad oggi, i provvedimenti in materia organizzativa sono risultati oltremodo circostanziati a fronte di incisivi interventi sulla disciplina del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti.

Ed è proprio sulla effettiva carica innovativa delle regole sulla dirigenza, che parte della dottrina ha già espresso i suoi dubbi, sia pur relativamente all'insieme dei principi e dei criteri direttivi contenuti nella delega: la quale, quand'anche «non priva di spunti positivi», è stata ritenuta «ampiamente inadeguata rispetto alla definizione di un progetto compiuto e coerente di riordino della disciplina legislativa della dirigenza pubblica, sul versante strutturale e su quello funzionale» ([12]).

In premessa a questo tentativo di analisi di alcune delle linee di fondo del nuovo quadro normativo, due avvertenze si ritiene opportuno fare, al fine di meglio chiarire, sul piano interno, e, al contempo, circoscrivere, sul versante esterno, la riflessione che qui si intende svolgere.

Sebbene il discorso verrà condotto in termini unitari, ciò non vuole affatto significare disconoscere il valore di quella prospettiva di metodo che, particolarmente sensibile alle esigenze di un razionale governo delle diversità – molto spesso disattese da opzioni legislative proponenti modelli universalistici ed uniformanti – suggerisce un approccio allo studio della dirigenza «il più possibile articolato», che parta dalle profonde differenze di contesto istituzionale ed organizzativo delle pubbliche amministrazioni, per risalire non ad un'improponibile unitarietà della figura dirigenziale, ma alla profonda eterogeneità della *categoria*: a questo punto, forse, meglio declinabile al plurale, come *categorie* da definirsi procedendo attraverso la individuazione e la valutazione dell'attività lavorativa in concreto svolta «settore per settore, amministrazione per amministrazione, e avendo ben presenti le peculiarità dell'organizzazione in cui esse si inseriscono» ([13]).

---

(12) Sono le considerazioni di G. D'ALESSIO, *Il disegno della dirigenza*, in M. GENTILE (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato? La legge Brunetta su produttività e contrattazione*, Roma, 2009, p. 53.

(13) Cfr. M. RUSCIANO, *Il rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni: tra stato giuridico e contratto*, relazione al Convegno «Alla ricerca di un diritto comune per il lavoro pubblico e privato», Gallipoli, 28/29 febbraio 1992, p. 19, come citato da L. GIUGLIANO, *Funzione pubblica e contratto di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1998, n. 1, p. 124. Sempre M. RUSCIANO, *La dirigenza nell'amministrazione centrale dello Stato*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Ammi-*

Al primo rilievo, svolto sul piano metodologico, strettamente inerisce il secondo, diretto a limitare l'indagine al c.d. «rapporto di servizio» dei *manager* pubblici. Costoro, nella nuova terminologia di marca aziendalistica, trovano gli *slogans* in grado di rappresentare, plasticamente – pur trattandosi di un plastico incompiuto e in cui le ombre spesso prevalgono sulle luci – due momenti: da un lato, il passaggio, dall'orbita della legge a quella del contratto, delle principali vicende fondative e regolative della relazione giuridica in forza della quale, al pari degli altri lavoratori pubblici «contrattualizzati», anche i dirigenti sono chiamati, verso un corrispettivo, alla spendita di energie psico-fisiche nell'interesse dell'amministrazione; dall'altro, la improvvisa vocazione dei dirigenti pubblici alla metamorfosi (che, in vero, ha le movenze di una metamorfosi forzata), da grigi e distanti burocrati ad abili *play-maker*, sempre capaci di fornire le motivazioni giuste al proprio personale e trasformarlo, così, in squadra scattante e sensibile al modello del *goal setting* ([14]). Allora, guardare al «rapporto di servizio» o, più semplicemente, al rapporto di lavoro del dirigente pubblico, vuol qui significare, in termini meno analitici, ricostruire, alla luce del nuovo dato normativo, la posizione organizzativa del dirigente nel contesto istituzionale in cui è chiamato ad operare: consapevoli del fatto – ed ecco il collegamento tra i due rilievi, di metodo e di contenuto, poc'anzi evidenziati – che solo un'attenta ricostruzione dell'identità di una determinata struttu-

nistrazioni, 2001, n. 3-4, p. 499 ss., dopo aver lamentato tendenze legislative volte in direzione opposta, secondo una «impostazione che parte da una sorta di modello ideale di dirigente pubblico, plasmato sul funzionario statale», aggiunge che «solo una visione articolata della dirigenza pubblica consente di tener nel giusto conto, *da un lato*, la fondamentale relazione – di distinzione/compenetrazione – tra interesse generale e interesse organizzativo nel funzionamento di ogni amministrazione pubblica *e, da un altro*, le ripercussioni di tale relazione sul rapporto di lavoro del dirigente». Sul punto, in termini solo apparentemente differenti, P. TOSI, *Dirigenze pubbliche e private*, cit., p. 72 ss., che considera la eterogeneità della categoria dirigenziale e, in particolare, quella definita «orizzontale» ossia interna ad una determinata amministrazione, «dato legislativamente consacrato» quand'anche, aggiunge, «non si può dubitare dell'unitarietà della disciplina».

(14) Vedine una descrizione in G. SANGIORGI (a cura di), *Management e governance nella pubblica amministrazione*, Milano, 2008, p. 118 ss.

ra amministrativa aiuta a comprendere più in profondità i compiti che, concretamente, un dirigente è tenuto a svolgere nell'organizzazione di appartenenza.

Ciò premesso, l'analisi di alcune problematiche, sollevate dalle nuove disposizioni del d. 150, avverrà tentando di sottoporre la relazione di lavoro del dirigente pubblico/dipendente dell'amministrazione ad un processo di semplificazione, al fine di enucleare, dai modelli normativi di «rapporto di servizio» delle dirigenze pubbliche, due aspetti: a) l'uno, relativo alla prestazione di lavoro del dirigente, sia pur circoscritta a quella parte «assimilabile all'attività svolta da coloro che, nelle organizzazioni private, rivestono funzioni direttive e/o di rappresentanza dell'ente; e non anche quale fattispecie idonea ad incidere in qualche misura sull'attuazione della funzione pubblica» ([15]); b) l'altro, inerente alla vicenda attraverso cui si dipana l'accesso alla posizione organizzativa associata all'attività su detta.

3. *La posizione organizzativa del dirigente pubblico nell'assetto dei poteri di guida delle pubbliche Amministrazioni*

Se cercassimo, in termini astratti, di ipotizzare, e delinearne al contempo i contorni, la «obbligazione di lavoro» per il cui adempimento si è pensato di introdurre, anche nell'organigramma delle pubbliche amministrazioni, la posizione lavorativa dirigenziale e di rafforzarne, nel tempo, prerogative e funzioni, una precisazione appare indispensabile. Come ormai da tempo è acquisito, grazie alla dottrina che si è occupata del tema e, soprattutto alla luce del diritto vivente ([16]), ha impegnato i suoi sforzi a descrivere la logica di fondo della disciplina della

(15) V. L. GIUGLIANO, *Funzione pubblica e contratto di lavoro*, cit., p. 128.

(16) Ricchissima è l'elaborazione giurisprudenziale, che, sul tema, ha assunto, in funzione definitoria, un ruolo vicario della legge. V., per le pronunce più recenti, Cass. 22 dicembre 2006 n. 27464, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2007, n. 2, p. 641 ss., con nota di A. ZOPPOLI, *Il lavoro dirigenziale tra regole giuridiche e distinzioni sociologiche*; Cass. 8 novembre 2005 n. 21673, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2006, p. 270 ss., con nota di G. MANNACIO, *Tutela dei dirigenti e sanzioni disciplinari*.

dirigenza, sia nel settore privato sia nel settore pubblico ([17]), indiscussa è la ricostruzione del *soggetto dirigenziale* come parte integrante dell'*organizzazione*: al punto da esser difficile negare che nel dirigente e, in particolare, «nell'alto dirigente, lo spirito dell'esercizio del potere prevalga su quello della prestazione d'opera, fino ad assorbirlo» ([18]). Se, in linea generale, individuiamo, pertanto, nella dirigenza, il momento dell'autonomo esercizio di poteri tali da «incidere sulle sorti di una struttura organizzativa» ([19]), sia questa impresa o pubblica amministrazione, focalizzando, in particolare, l'attenzione sul dirigente pubblico, è possibile osservare che anche in questa figura si realizza quel peculiare *mix* per cui il soggetto che abbiamo di fronte è, al contempo, «datore di lavoro degli altri lavoratori e prestatore di lavoro»: nelle vesti del primo, chiamato a valersi, a seguito delle riforme degli anni '90, di poteri privatistici di organizzazione degli uffici e di gestione delle risorse umane a lui assegnate; nei panni del secondo, preposto all'esercizio di poteri pubblici per lo svolgimento dell'attività amministrativa ([20]).

(17) V., per alcune più risalenti riflessioni, svolte sulla dirigenza privata, G. GIUGNI, *Il dirigente d'azienda nel diritto*, in *Il dirigente d'azienda nell'evoluzione della società*, Atti del convegno Cida, Roma, 1973; G. PERA, *Dirigente d'impresa o d'azienda*, in *Novissimo Digesto Italiano*, *Appendice*, II, Torino, 1981; M. DELL'OLIO, *I collaboratori dell'imprenditore*, in *Trattato Rescigno*, XV, I, Torino, 1986. Per analisi attente ad entrambe le esperienze, cfr. A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli, 2000; P. TOSI, *Dirigenze pubbliche e private*, cit. Sulla dirigenza pubblica, v. M. D'ALBERTI (a cura di), *La dirigenza pubblica*, Bologna, 1990; A. ZOPPOLI (a cura di), *La dirigenza pubblica rivisitata: politiche, regole, modelli*, Napoli, 2004.

(18) Così, con riguardo al settore pubblico, M. RUSCIANO, *Contro la privatizzazione dell'alta dirigenza pubblica*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2005, n. 3, p. 624, secondo cui «l'alto dirigente spesso va visto come controparte degli altri dipendenti pubblici dei vari livelli professionali; in una parola, *come colui che* impersona quel "datore di lavoro in carne ed ossa", che nel settore pubblico è sempre tanto difficile, quanto necessario, individuare».

(19) V. A. ZOPPOLI, voce *Dirigenza statale*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Commerciale*, Torino, 2009, p. 267, nota 13.

(20) Cfr. A. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità*, cit., p. 15, che, così, pone in rilievo «tutte le "apparenti contraddizioni" di un sistema in cui la natura pubblica delle amministrazioni e la natura pubblica dei poteri attribuiti per l'esercizio della funzione volta al soddisfacimento dell'interesse pubblico convivono con la natura privata del rapporto di lavoro dei dirigenti e degli altri dipendenti».

Acquisito questo dato, a cui è sotteso il presupposto di una profonda contiguità strutturale tra i vertici dell'organizzazione, il nucleo normativo da assumere come elemento giuridico-formale di riferimento è costituito da quell'insieme di regole che compiono una vera e propria operazione *finium regundorum* tra i poteri che, nel funzionamento di una organizzazione pubblica, spettano agli organi di governo, titolari di una struttura amministrativa sulla base di una legittimazione politica, e le funzioni che, per converso, competono ai dirigenti. Questo principale *corpus* regolativo, secondo la sistemazione prospettata dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 ([21]) – recante «norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche» ([22]) – tratteggia uno schema che disarticola il momento decisionale, sotteso al governo di una struttura pubblica, in due segmenti ([23]): a) il vertice politico «esercita le funzioni di indirizzo, definendo gli obiettivi e i programmi da attuare, e verificando la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti»; b) «ai dirigenti spetta, *accanto* all'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo». Essi, aggiunge altresì il dato normativo interrogato, «sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati». Il lavoro del *dirigente-dipendente*, «depurato», per un momento, della sua componente pubblicistica – corrispondente all'esercizio di funzioni amministrative – e colto in quella «prospettiva manageriale» particolarmente valorizzata a seguito della contrattualizzazione del lavoro pubblico, riproduce, allora, lo svolgimento dei compiti tipici di un privato datore di lavoro o, là dove è data, come nei grandi complessi

(21) Da ora, d. 165.
(22) Norme in più punti profondamente modificate dalla recente riforma introdotta dal d. 150.
(23) Si riportano, testualmente, parti delle disposizioni di cui all'art. 4, commi 1 e 2, d. 165, rimaste invariate a seguito del d. 150.

produttivi, la scissione tra proprietà e direzione, dei suoi più stretti collaboratori: impegnati, giorno per giorno, nell'organizzazione «operativo-gestionale» dell'insieme di risorse umane e materiali per la realizzazione di beni o servizi. E' evidente come questo modello, nel riprodurre la realtà di impresa e proporre un parallelismo stretto tra dirigenza pubblica e privata, si addice meglio ad un'«amministrazione di servizi» o «di erogazione» piuttosto che ad un'«amministrazione di funzioni», in cui, presumibilmente, sarà proprio la componente pubblicistica, ossia l'adozione di atti e provvedimenti amministrativi, a prevalere nell'attività di lavoro dei suoi dirigenti. Ad ogni modo, la cifra professionale del dirigente pubblico, attraverso i progressivi passaggi della c.d. «privatizzazione» del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, e ancor più dopo la «contrattualizzazione» dello stato giuridico di tutte le figure dirigenziali pubbliche – dalla «dirigenza di base» sino alla «dirigenza apicale» – si è andata sempre più identificando nell'attività che «accede a quel progetto operativo secondo cui, utilizzando le risorse umane, finanziarie, strumentali ed organizzative ad essi assegnate, e sulla scorta delle direttive generali ricevute, i dirigenti curano l'attuazione degli obiettivi e dei programmi stabiliti dagli organi di indirizzo politico-amministrativo» ([24]).

4. *Nuovi poteri, nuove responsabilità dei dirigenti pubblici nel d.lgs. n. 150/2009: ma quanta «autonomia» in più?*

A questo essenziale contenuto della posizione organizzativa del dirigente pubblico, che racchiude la vastissima e delicata problematica del rapporto di distinzione politica/amministrazione ([25]), il legislatore della riforma, pur lasciando inalte-

(24) V. A. ORSI BATTAGLINI, A. CORPACI, *Sub art. 4, I*, in A. CORPACI-M. RUSCIANO-L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, n. 5-6, p. 1096.

(25) Sul quadro teorico della relazione tra politica e amministrazione, v. P. FORTE, *Il*

rato l'equilibrio di fondo – in particolare, la premessa di una diversificazione di regime giuridico all'interno dell'attività organizzativa delle pubbliche amministrazioni, riconducibile al più generale assetto delle fonti degli atti di «macro» e «micro» organizzazione degli uffici (art. 2, co. 1, d. 165) – ha inteso apportare una serie di modifiche, volte a rafforzare e rendere effettivo l'esercizio delle prerogative datoriali della dirigenza, sia nei confronti degli organi politici, sia rispetto agli spazi rimessi alle rivendicazioni sindacali. Da qui, è seguita, sul piano delle «norme-simbolo», la riscrittura dell'art. 5, co. 2, d. 165, ad opera dell'art. 34, d. 150, secondo cui: «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista» dalla contrattazione collettiva nazionale. Se la nuova formulazione dell'art. 5, eccetto quanto prefigura sul versante dello svolgimento delle relazioni collettive a livello decentrato ([26]), non aggiunge elementi particolarmente significativi al precedente dettato normativo, è, tuttavia, meritevole di attenzione là dove ribadisce la riconducibilità in capo alla dirigenza di un segmento della potestà organizzativa, che, sottratta *in toto* alla legge – operante esclusivamente nell'ambito di «un nucleo minimo riconducibile alla dimensione costituzionalizzata del rapporto di lavoro pubblico» ([27]) – continua ad articolarsi

principio di distinzione tra politica e amministrazione, Torino, 2005; F. BASSANINI, *I principi costituzionali e il quadro istituzionale: distinzione fra politica e amministrazione, autonomia e responsabilità della dirigenza*, in G. D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione*, Bologna, 2008. Per un recente studio di questo delicato rapporto, svolto, in riferimento alle autonomie locali, con particolare riguardo alla sua «complessità interrelazionale o, più in generale, comunicativa», R. MERCURIO, A. ZOPPOLI (a cura di), *Politica e amministrazione nelle autonomie locali. La comunicazione nel ciclo direzionale integrato*, Napoli, 2009.

(26) Per un'analisi di questo aspetto, v. G. NATULLO-P. SARACINI, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., p. 61 ss.

(27) Cfr. A. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità*, cit., p. 24; simile la posizione di E. ALES, *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, p. 115: l'Autore, infatti, parla di titolarità del pote-

nell'adozione di atti di «macro» e di «micro» organizzazione: i primi rientranti nel novero delle funzioni del vertice politico, i secondi spettanti al vertice amministrativo-dirigenziale, in particolare ai dirigenti generali che, ai sensi dell'art. 16, co. 1, *lett. c)*, d. 165, «adottano gli atti relativi all'organizzazione degli uffici di livello dirigenziale non generale». Al tempo stesso, però, la nuova veste dell'art. 5, d. 165, non si è sottratta al riscontro, da parte dei primi commentatori, di due profili problematici: a) la disposizione, infatti, non fornisce alcuna indicazione, come del resto nella sua versione precedente, di criteri che aiutino a tracciare i confini tra «ciò che è riferibile alla macro-organizzazione e il punto sino al quale si possa spingere l'esercizio dei poteri privatistici di organizzazione (c.d. micro-organizzazione)» ([28]); b) l'aggiunta, al suo co. 2, di un ulteriore periodo, volto a precisare come rientrino, «in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali, le misure inerenti la gestione delle risorse umane […], nonché la direzione *e* l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici», «sembrerebbe testimoniare dell'affermarsi di una visione del potere organizzativo dirigenziale più attenta alla dimensione funzionale (gestione delle risorse umane) che a quella strutturale (organizzazione degli uffici)» ([29]). E non può sfuggire, a questo punto, l'assonanza che viene ad instaurarsi tra le prerogative della dirigenza nelle amministrazioni statali e le funzioni e responsabilità dei dirigenti negli enti locali, a cui l'art. 107, d.lgs. n. 267/2000 ([30]), riconosce espressamente la direzione degli uffici, la gestione amministrativa e l'organizzazione delle risorse umane, tacendo però di una organizzazione riferibile anche alle strutture, rimessa, dal successivo art. 108, rubricato «Direttore generale», ai regolamenti di organizzazione degli uffici e dei servizi.

re organizzativo che «spetta sostanzialmente alle pubbliche amministrazioni e non al legislatore, il quale, teoricamente parlando, dovrebbe limitarsi a fissare principi generali e criteri sulla base dei quali le amministrazioni stesse, mediante atti organizzativi e secondo i rispettivi ordinamenti, dovrebbero, poi, procedere ad autorganizzarsi».

(28) A. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità*, cit., p. 25.

(29) E. ALES, *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 117.

(30) Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

Spostandoci, poi, dal piano delle «regole-portanti» al versante delle norme che descrivono, in termini più analitici, la relazione dialettica tra politica e amministrazione, ulteriori tracce di un arricchimento dei contenuti della competenza organizzativo-gestionale del dirigente pubblico si rinvengono, in ordine sparso: a) sia nel testo ampliato delle disposizioni del d. 165 (artt. 16 e 17), che disciplinano le funzioni delle dirigenze, generali e di base; b) sia nel nuovo articolato del d. 150: che, disciplinando, al Titolo II, le fasi, i soggetti e le responsabilità di quello che viene definito «ciclo di gestione della *performance*» organizzativa e individuale nelle pubbliche amministrazioni, attribuisce al dirigente un ruolo di rilievo nel sistema di valutazione dei risultati delle strutture e del personale pubblico.

Nel primo punto rientrano le prerogative riconosciute dagli artt. 38 e 39, d. 150, secondo cui i dirigenti generali e quelli incaricati della direzione di uffici di livello dirigenziale, rispettivamente, «propongono» e «concorrono alla 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'art. 6, co. 4 ([31]), d. 165. E allo stesso insieme normativo va ascritta la modifica apportata all'art. 30, co. 1, d. 165, dall'art. 49, d. 150, che esige, nelle ipotesi di passaggio diretto di personale tra amministrazioni, mediante cessione del contratto di lavoro, il «previo parere favorevole dei dirigenti responsabili dei servizi e degli uffici cui il personale è o sarà assegnato»: parere, precisa la nuova regola, da svolgersi «sulla base della professionalità in possesso del dipendente in relazione al posto ricoperto o da ricoprire».

Con riguardo alla tematica della valutazione, diverse e inedite sono le disposizioni su cui si può riflettere, per farsi un'idea del ruolo che il legislatore della riforma ha pensato per i dirigenti nel richiamarli, all'art. 12, co. 1, *lett. d)*, d. 150, tra i sog-

(31) A cui oggi segue, ad opera dell'art. 35, d. 150, un comma 4-bis che espressamente pone l'accento sul ruolo propositivo dei competenti dirigenti in sede di elaborazione e aggiornamento del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale.

getti che intervengono nel processo di misurazione e valutazione della *performance* delle amministrazioni pubbliche. Un primo spazio di azione si delinea già in fase di *programmazione*, là dove, se la definizione degli obiettivi dell'organizzazione amministrativa, rispetto al cui conseguimento deve eseguirsi la valutazione, è rimessa agli organi di indirizzo politico, l'art. 5, d. 150, prevede, tuttavia, che questi sentono «i vertici dell'amministrazione *(dirigenza apicale)*, che a loro volta consultano i dirigenti o i responsabili delle unità organizzative». Previsione rafforzata dall'art. 10, d. 150, che indirettamente ([32]) dispone un coinvolgimento dei dirigenti nell'adozione del documento denominato «Piano della *performance*», in cui si individuano gli indirizzi e gli obiettivi strategici ed operativi, nonché gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale e gli indicatori da seguirsi nell'attività valutativa. Ancora, con il supporto dei dirigenti deve svolgersi, in forza dell'art. 6, d. 150, la fase di *monitoraggio*, in corso di esercizio, dell'andamento della «*performance*» e l'attivazione di eventuali interventi correttivi: entrambi momenti in cui, seppure l'organo politico ha rilievo centrale, non può fare a meno della dirigenza.

Infine, l'art. 39, nella modifica all'art. 17, co. 1, d. 165, dispone che i dirigenti «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». Sulle modalità e i criteri di detta valutazione, l'art. 9, d. 150 puntualizza che deve svolgersi tramite «una significativa differenziazione dei giudizi» e sulla base della considerazione di una serie di fattori come: a) il raggiungimento di specifici obiettivi di gruppo o individuali; b) la qualità del contributo assicurato alla *performance* dell'unità organizzativa di appartenenza; c) le specifiche competenze dimostrate e i comportamenti professionali e organizzativi.

L'impressione che suscitano le disposizioni richiamate, se ad

(32) Cfr. E. ALES, *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 117.

esse si aggiungono anche le norme contenute nel Titolo IV, Capo V, d. 150, sul «solerte e puntuale esercizio» del potere disciplinare da parte del dirigente ([33]), pena l'incorrere, a sua volta, in responsabilità disciplinare, è di trovarsi dinanzi ad un assetto regolativo che si presta ad una «considerazione ambivalente». Infatti, ad una prima lettura, si ha la convinzione di trovarsi di fronte a un avvenuto o, meglio, perseguito rafforzamento di alcuni aspetti che connotano la posizione organizzativa della dirigenza. Questa, pur non interessata da più radicali processi trasformativi dell'organizzazione amministrativa, vede meglio specificati taluni profili «interni alla *sua* competenza esclusiva» ([34]), ossia afferenti al potere gestionale-organizzativo. Tuttavia, l'accresciuto numero di prescrizioni, sempre più dettagliate e che, in alcuni casi ([35]), imbrigliano il dirigente sul modo in cui deve esercitare le sue prerogative datoriali ([36]), sembra provocare una ricollocazione dei termini, meno astratti di quanto si prospettasse all'inizio, dell'«obbligazione di lavoro» del dirigente pubblico. Questa, a differenza dell'*obbligazione lavorativa* facente capo al dirigente privato, vede sfumare la condivisione della *componente attiva* del rapporto di lavoro, derivante

(33) O, in caso di sanzioni più gravi rispetto alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni, sulla «solerte e puntuale trasmissione» degli atti, entro cinque giorni dalla notizia del fatto, all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari (v. l'art. 69, d. 150).

(34) V. A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, cit., p. 152.

(35) Come avviene con riguardo al contenuto delle disposizioni sul potere disciplinare, che, secondo A. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità*, cit., p. 49, se mirano alla «finalità di renderne effettivo l'esercizio, eliminando quelle "sacche" di inerzia che talvolta la prassi applicativa ha conosciuto, in concreto rischiano di ridurre al minimo, se non addirittura eliminare, lo spazio di autodeterminazione della dirigenza»: questa, spinta «ad attivare un procedimento disciplinare in presenza di ogni comportamento illecito dei dipendenti», viene pensata quasi come una «casta di censori» piuttosto che di autorevoli gestori delle risorse umane.

(36) Senza che il legislatore, inoltre, si prenda cura di evitare che le direttive impartite dagli organi di indirizzo politico siano tanto precise da svuotare, nella sostanza, le autonome determinazioni dirigenziali. V., anche, quanto osserva G. D'ALESSIO, *Il disegno della dirigenza*, cit., secondo cui, «complessivamente, il ruolo e l'autonomia dei dirigenti non sembrano essere messi in discussione, ma di certo non risultano adeguatamente accresciuti e corroborati *e ciò perché* la spinta verso la "rilegificazione" di molti istituti riguardanti la regolazione del lavoro pubblico certo non giova alla piena responsabilizzazione della dirigenza nella gestione del personale».

dalla *contiguità strutturale* con il creditore della prestazione di lavoro dirigenziale, a favore di un «riflusso» di elementi di *etero-direzione*: oggi riproposti, dalla legge, a tutela di quegli stessi interessi dell'amministrazione che il dirigente è chiamato ad incarnare e proteggere; sennonché, della «capacità di protezione» del dirigente pubblico, anche quando declinata come «capacità del privato datore di lavoro», il legislatore della riforma dimostra di fidarsi veramente poco.

5. *La regolazione dell'accesso alla posizione organizzativa dirigenziale*

La riflessione si è, finora, soffermata sulla posizione organizzativa dei dirigenti, assunta, negli aspetti manageriali che ad essa danno contenuto, e pur con tutte le cautele suggerite dalla prospettiva metodologica del polimorfismo amministrativo, come l'«oggetto ideal-tipico» del rapporto di servizio dirigenziale. Questa operazione, però, direttamente richiama la vicenda o, *rectius*, le vicende che introducono il dirigente pubblico allo scenario istituzionale-organizzativo nel quale egli viene investito della capacità e dei poteri del «privato datore di lavoro».

Snodi fondamentali, per il corretto funzionamento del raccordo tra politica e amministrazione, i momenti che scandiscono l'ingresso del dirigente nelle prerogative datoriali ruotano, essenzialmente, attorno ai due poli dell'accesso alla qualifica (reclutamento in ruolo) e del conferimento di incarico di funzione dirigenziale: il primo, volto all'instaurazione, a seguito di concorso pubblico, di un rapporto di lavoro dirigenziale a tempo indeterminato; il secondo, informato al principio della temporaneità, direttamente legato allo svolgimento di un'attività di direzione. Su questo meccanismo del «doppio canale», non necessariamente riprodotto in termini assoluti – basti pensare, infatti, alla problematica degli «incarichi esterni» – il legislatore della riforma è intervenuto a macchia di leopardo, apportando, da un lato, elementi di significativa innovazione e, dall'altro, una generale conferma della pregressa sistemazione normativa,

della quale continuano a permanere talune criticità evidenziate in passato ([37]). Ad ogni modo, si conferma un consolidamento di quello che è stato definito come uno dei maggiori «sforzi di originalità» del legislatore dei due decenni trascorsi. Originalità espressa dal meccanismo incentrato sulla stipulazione di un contratto di lavoro *a tempo indefinito*, su cui si innesta un incarico di direzione *a termine*, in vista dell'obiettivo di far coesistere, accanto ad «una certa libertà del datore-creditore della prestazione di lavoro dirigenziale, una tendenziale convergenza di interessi tra le parti del rapporto» ([38]).

Tra le novità che interessano, specificamente, il reclutamento in ruolo dei dirigenti, si segnala l'inserimento, nel d. 165, di una autonoma previsione – art. 28-bis, introdotto dall'art. 47, d. 150 – che regola l'accesso alla qualifica di dirigente della prima fascia. Così, al regime della mobilità tra fasce, contenuto nell'art. 23, co. 1 ([39]), d. 165, si affianca la disposizione secondo cui è il concorso pubblico per titoli ed esami, indetto dalle singole amministrazioni, la procedura selettiva eletta per ingaggiare dirigenti di prima fascia, nella percentuale del «cinquanta per cento dei posti, calcolati con riferimento a quelli che si rendono disponibili ogni anno per la cessazione dal servizio dei soggetti incaricati». Se il richiamo espresso della procedura concorsuale rende sicuramente apprezzabile la norma per la sin-

(37) E' il caso, ad esempio, del profilo della temporaneità degli incarichi, su cui, sebbene la dottrina avesse evidenziato la necessità di un intervento, diretto a rivedere il generalizzato regime della temporaneità a favore di incarichi a tempo indeterminato, nulla dice il d. 150, che lascia immodificato l'art. 19, co. 2, d. 165. V., sul punto, A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, Relazione al XVI Congresso nazionale di Diritto del lavoro Aidlass «In ricordo di Massimo D'Antona, dieci anni dopo. La figura del datore di lavoro – Articolazione e trasformazioni» (Catania, 21-23 maggio 2009), in *www.aidlass.org/attivita/convegni.htm*, 2009, p. 33.

(38) V. A. ZOPPOLI, *Dirigenza statale*, cit., p. 272, che, «proprio nella disciplina degli incarichi, come portato di questioni "storiche"», coglie «la "doppia" anima del dirigente: indispensabile interlocutore del soggetto politico ed elemento di compensazione della possibile "parzialità" dello stesso, quindi fattore di equilibrio istituzionale».

(39) Il cui terzo periodo è stato modificato, dall'art. 43, d. 150, con l'allungamento, da tre a cinque anni, dell'arco temporale preso a riferimento per decretare il transito nella *prima* di dirigenti della *seconda fascia* che abbiano ricoperto incarichi di direzione di uffici dirigenziali generali o equivalenti, senza essere incorsi, per tutto il periodo considerato, nelle misure previste in caso di responsabilità dirigenziale.

tonia, così realizzata, con il principio racchiuso nell'art. 97, co. 3, Cost., non pochi sono, tuttavia, i rilievi che è possibile muovere ad un enunciato normativo che: a) sovrappone, «enigmaticamente, accesso alla qualifica di dirigente – e quindi "copertura dei singoli posti" – e conferimento per "svolgimento dei relativi incarichi" nell'ipotesi in cui siano richieste "specifica esperienza e peculiare professionalità", prevedendo per tali ipotesi, la possibilità di stipulare "contratto di diritto privato a tempo determinato"» ([40]), sia pure sempre a seguito di concorso pubblico aperto ai soggetti in possesso dei requisiti professionali e delle attitudini manageriali corrispondenti al posto di funzione da ricoprire; b) non realizza, nel riportare le categorie soggettive ammesse alla selezione per concorso, nessuna significativa apertura verso «soggetti del tutto esterni alla pubblica amministrazione» ([41]). Anzi, predispone una regola che chiaramente orienta i bandi di concorso a tenere «in particolare conto del personale di ruolo che ha esercitato per almeno cinque anni funzioni di livello dirigenziale generale all'interno» della stessa amministrazione procedente ([42]).

In tema di conferimento degli incarichi, il testo previgente dell'art. 19, d. 165 – principale referente normativo in materia – ha subito diverse modifiche da parte dell'art. 40, d. 150, alcune delle quali si presentano di indubbio rilievo. Confermata la generale bipartizione in *incarichi di direzione*, predisposti su tre livelli ([43]), ed *altri incarichi* ([44]) e la non corrispondenza dei tre

(40) Così A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, cit., p. 155.

(41) V. A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, cit., p. 26, che sostiene la necessità di «favorire l'accesso ai ruoli dirigenziali di giovani laureati privi di qualunque esperienza professionale, ma appunto di per sé costituenti il migliore *green field* per l'attecchimento di una moderna cultura dirigenziale: proprio perché ancora non del tutto forgiati».

(42) Riferimento che suscita non poche perplessità, dal momento che l'ipotesi richiamata dalla norma dovrebbe rappresentare già di per sé, ai sensi dell'art. 23, co. 1, d. 165, come da ultimo modificato dall'art. 43, d. 150, condizione per il passaggio automatico dalla *seconda* alla *prima fascia* dirigenziale.

(43) Secondo l'art. 19, d. 165, vi corrispondono, rispettivamente: a) incarichi di Segretario generale di ministeri, incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente (co. 3); b) incarichi di funzione dirigenziale di livello generale (co. 4); c) incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale (co. 5).

livelli di funzione dirigenziale alle due fasce dei ruoli di cui all'art. 23, d. 165 – fatta eccezione, però, per gli incarichi indicati nell'art. 19, co. 3, che non possono essere conferiti se non a dirigenti della prima fascia – il legislatore della riforma si è, in primo luogo, premurato di intervenire, «rafforzandola» in più punti, sulla procedura di scelta del dirigente da investire nella direzione di un ufficio pubblico e, quindi, nelle funzioni organizzativo-gestionali che accedono all'attività direttiva della compagine umana e materiale in cui l'ufficio prende forma. E' stata così riscritta la regola racchiusa nell'art. 19, co. 1, e a questa se n'è aggiunta un'altra, contenuta nel nuovo comma 1-bis, al fine di realizzare uno schema normativo preordinato verso un duplice effetto: a) articolare il giudizio sotteso alla procedura selettiva, attraverso la indicazione particolareggiata di ulteriori parametri, come le «specifiche competenze organizzative possedute e le esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o altre amministrazioni pubbliche», alla cui stregua effettuare la valutazione comparativa tra i dirigenti che si rendono disponibili per l'incarico; b) rendere operativo il più generale principio di trasparenza ([45]), da attuare, in questo specifico ambito, anche mediante la pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale dell'amministrazione, che rende così conoscibili il numero e la tipologia dei posti di funzione da conferire ed i criteri di scelta. La tendenza che così emerge – dopo essere stata in qualche modo evocata nella legge-delega ([46]) – verso una «procedimentalizza-

(44) Aventi ad oggetto, ai sensi dell'art. 19, co. 10, d. 165, lo svolgimento di funzioni ispettive, di consulenza, studio e ricerca. Incarichi, questi, che secondo M. RUSCIANO, *La dirigenza nell'amministrazione centrale dello Stato*, cit., p. 506, in quanto «"non di direzione", costituiscono una dirigenza "minore", […] *rispetto alla quale* dubbia appare l'applicabilità di principi e regole proprie della dirigenza "che dirige"».

(45) Specificamente enunciata, dall'art. 11, co. 1, d. 150, come «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».

(46) V. l'art. 6, co. 2, *lett. h)*, l. 15, che indica, tra i principi direttivi, la ridefinizione

zione» della fase del conferimento degli incarichi, con una conseguente compressione della *componente fiduciaria* nelle valutazioni effettuate dall'organo di governo politico, risulta sicuramente apprezzabile là dove favorirà «l'attivazione di procedure selettive paraconcorsuali» ([47]), in grado di far cadere la scelta sul dirigente che, essendo dotato di una effettiva professionalità, risulti essere il più idoneo a garantire un esercizio in autonomia delle prerogative attribuitegli. Ciò, tuttavia, senza che sia possibile nascondere le «ricadute concrete, in termini di un incremento del contenzioso» ([48]) e del rischio di paralisi dell'azione amministrativa, considerati i tempi lunghi del giudizio, che potranno derivare da un più trasparente e ragionevolmente motivato esercizio del potere di conferimento.

Un'ultima questione va richiamata, che presenta stretta connessione con gli equilibri normativi costruiti a presidio del principio di distinzione tra politica ed amministrazione, ma qui esaminata dall'angolo visuale della strumentazione che l'ordinamento appronta per allargare le leve di reperimento, nella pubblica amministrazione, delle risorse umane più idonee a ricoprire, in autonomia, la delicata posizione organizzativa del dirigente pubblico. E' l'aspetto che riguarda l'utilizzo, da parte delle amministrazioni, di *professionalità esterne* al proprio personale, sulle cui specifiche qualità la struttura pubblica investirebbe – in termini di affidamento che non di rado assume una consistenza economica ([49]) – per immettere nei gangli di funzionamento degli apparati nuove esperienze di direzione e

dei «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». Una indubbia evocazione della suddetta tendenza è senz'altro rinvenibile nella Direttiva n. 10/2007 del Ministro della Funzione Pubblica, consultabile al sito *www.innovazione.gov.it*.

(47) V. A. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità*, cit., p. 34.

(48) *Ibidem*, p. 35.

(49) V., infatti, il penultimo periodo dell'art. 19, co. 6, d. 165, che prevede, in caso di incarichi dirigenziali esterni, la possibilità di integrare il trattamento economico spettante al soggetto incaricato con «una indennità commisurata alla specifica qualificazione professionale, tenendo conto della temporaneità del rapporto e delle condizioni di mercato relative alle specifiche competenze professionali».

logiche di organizzazione di impronta manageriale, spesso ricercate al di fuori dell'organizzazione amministrativa perché in larga misura provenienti da quella cultura aziendale ancora tanto lontana dalla realtà delle nostre amministrazioni pubbliche. Lontananza particolarmente evidente nelle strutture pubbliche regionali e locali, che, non di rado, devono addirittura fare i conti con l'assenza al proprio interno di professionalità indispensabili al loro ordinario funzionamento.

Se questa è l'esigenza che dà forma e sostanza alla ragione ispiratrice di una regola come quella racchiusa nell'art. 19, co. 6, d. 165, tuttavia la possibilità riconosciuta alle amministrazioni di conferire incarichi di direzione a soggetti esterni – al di là della specifica ipotesi, in cui l'estraneità è parziale, disciplinata dall'art. 5-bis, d. 165 – si è ben presto trasformata, a seguito dell'abuso che n'è stato fatto, da risorsa in una sorta di «assalto alla dirigenza», facilitando l'immissione ai vertici degli uffici pubblici, anche grazie all'evanescenza della formulazione normativa dei requisiti richiesti, di persone dalla dubbia professionalità ma dalla indiscussa fedeltà al politico di turno a cui, in quel momento, il potere di incarico fa capo.

Da questa presa d'atto, è scaturito, allora, uno dei criteri di delega contenuti nella l. 15 che, all'art. 6, co. 2, *lett. h)*, chiedeva al legislatore delegato di «ridefinire 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 *ammesso* il conferimento dei medesimi incarichi». Tutto ciò, però, che da un simile invito è disceso, non si è affatto orientato nella direzione indicata dalla l. 15, chè, anzi, il d. 150, oltre a non aver disposto alcuna riduzione delle percentuali, entro cui è possibile ricorrere ad incarichi esterni, pare abbia posto in essere una violazione della delega, con la previsione, già richiamata, di una ulteriore ipotesi, disciplinata dal nuovo art. 28-bis, co. 2, d. 165, in cui è possibile provvedere, per lo svolgimento di incarichi corrispondenti alla qualifica di dirigente di prima fascia, «con contratti di diritto privato a tem-

po determinato» ([50]). Le uniche modifiche in cui il criterio di delega è riuscito a tradursi sono consistite in una operazione di intervento «micro-sezionale», che ha tentato una rimodulazione, in vero del tutto marginale, dei requisiti soggettivi richiesti dall'art. 19, co. 6. Tuttavia, apprezzabile è ora, a tutela della trasparenza delle scelte, il richiamo che la norma fa «a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione». E' ad esse che, come dispone la modifica introdotta, gli incarichi «sono conferiti, fornendo esplicita motivazione».

6. *La complessità della multiforme figura dirigenziale ancora una volta fa i conti con lo spazio negato per la differenziazione «subnazionale»*

Si è detto, in apertura, della importanza di articolare un discorso sulla dirigenza, capace di cogliere tutta la complessità di una figura che non si esaurisce nella ricostruzione accreditata dalla «vulgata», secondo cui «tutti i burocrati, di livello più o meno elevato, sono accomunati dal "fatto" di esercitare un "potere amministrativo", indipendentemente dal "tipo" di amministrazione di appartenenza» ([51]). Tanto più ricca di valenze si presenta questa osservazione, quanto più l'indagine sul lavoro pubblico dirigenziale sposta il proprio campo di osservazione dall'organizzazione amministrativa dello Stato centrale e delle sue ramificazioni alle strutture pubbliche attraverso cui prende forma e sostanza la soggettività politica e istituzionale delle entità territoriali rappresentate da Regioni ed Enti locali. Discorrere di dirigenza regionale e locale – ossia impegnata, quest'ultima, a presiedere al corretto funzionamento della macchina amministrativa di Comuni e Province – non è un'operazione semplice. In primo luogo, perché esige uno sforzo di approfon-

(50) Rivolti, prosegue la disposizione, a «soggetti in possesso dei requisiti professionali e delle attitudini manageriali corrispondenti al posto di funzione da ricoprire».
(51) V. M. RUSCIANO, *La dirigenza pubblica locale: tra vecchie impostazioni e nuove tendenze*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2002, n. 6, p. 893.

dimento delle diverse realtà organizzative di gran lunga maggiore di quello richiesto dal semplice approccio metodologico articolato, che non può prescindere, in questo caso, dal prestare la dovuta attenzione, oltre che al diverso atteggiarsi dei contesti istituzionali e organizzativi, anche alle mutevoli interazioni che possono instaurarsi tra governi locali, amministrazioni in cui questi si esprimono e comunità amministrate. In secondo luogo, perché l'affastellarsi di materiale normativo, di rango e ispirazione eterogeneo e, il più delle volte, poco in linea con le tendenze di decentramento istituzionale degli ultimi anni, non aiuta il lavoro dell'interprete. Quel lavoro, in particolare, volto ad intraprendere un tentativo di tipizzazione dell'«identità» della dirigenza locale in senso lato, da condursi alla luce dello sviluppo delle importanti competenze normative riconosciute a Regioni ed Enti locali dalle recenti spinte di riforma, di taglio c.d. federalistico, del nostro ordinamento costituzionale ([52]): spinte che, sebbene costituiscano referenti giuridico-formali di rango primario, tuttavia si rivelano ancora scarsamente metabolizzate, se non ostacolate, da un legislatore nazionale particolarmente incline a procedere, su pulsioni centralistiche, per modelli universali.

E così, anche l'ennesimo processo di revisione della disciplina sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione non si è sottratto alla constatazione che configura, tanto nella legge-delega n. 15, quanto nel d. 150, gli estremi di «una riforma miope non pensata nella prospettiva del pluralismo istituzionale, avvertita dai più come un clamoroso passo indietro rispetto alla acquisita consapevolezza della varietà delle amministrazioni pubbliche, in ragione del loro intrinseco carattere multi-organizzativo» ([53]). E ancora, che si sarebbe trattato di un'occasione mancata per «operare almeno la distin-

(52) Il riferimento è alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, recante «Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione».

(53) Così M. CERBONE, *L'impatto della riforma sul lavoro pubblico locale*, cit., p. 173, che osserva, in nota 11, riprendendo M. CAMMELLI, S. RECCHIONE, *Il sistema degli Enti locali*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1993, n. 3-4, p. 559 ss., come si ripresenti, a distanza di sedici anni, il problema della «difficile traducibilità a livello locale» del decreto, allora n. 29, oggi n. 150.

zione, per così dire, di sistema: quella tra lo Stato, da una parte, e le autonomie speciali, le Regioni e gli Enti locali, dall'altra» ([54]). Non poche perplessità, inoltre, ha lasciato, tra i primi commentatori, l'ondivago atteggiamento del legislatore della delega, che all'art. 2 della l. 15 introduceva «un meccanismo di coinvolgimento delle Regioni nella predisposizione dei decreti delegati oscillante dalla "previa intesa" al "previo parere"» ([55]).

Venendo all'analisi del dato normativo, due sono i tipi di «richiamo applicativo» che il d. 150, all'art. 74, rivolge alle autonomie amministrative territoriali. Il primo inerisce a quell'insieme di disposizioni, elencate al co. 1, espressamente ascritte dal decreto alla «potestà legislativa esclusiva esercitata dallo Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, *lett. l)* e *m)*, Cost.». Il secondo richiamo, invece, definisce, al co. 2, gli articoli *ivi* enumerati come recanti «norme di diretta attuazione dell'art. 97 Cost.», che, pertanto, rappresentano «principi generali dell'ordinamento ai quali si adeguano le regioni e gli enti locali negli ambiti di rispettiva competenza». E' interessante notare come questo secondo schema di delimitazione dell'ambito di operatività del d. 150 o, *rectius*, di alcune sue parti, nei confronti delle autonomie regionali e locali, riproduca, sostanzialmente, quello dell'art. 27, d. 165, lasciato intatto dalla riforma e che, proprio con riguardo alla disciplina della dirigenza – per intenderci, quella contenuta nel Capo II, Titolo II, d. 165 – dispone «criteri di adeguamento per le amministrazioni non statali».

A questo punto, allora, viene spontaneo chiedersi se ad unire i due «richiami» sia, oltre ad un omologo *riferimento* ad esigenze di adeguamento ([56]), anche la comune sorte di risultare

(54) V. R. SALOMONE, *Il lavoro pubblico regionale e locale nella "riforma Brunetta"*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2009, n. 1, p. 11, che indaga sullo «spazio (negato) per la differenziazione subnazionale».

(55) Cfr. A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, cit., p. 15, che rinvia a F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l. d. n. 15/2009*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2009, n. 88, p. 15 ss.

(56) Sebbene, l'art. 27, d. 165, in quanto precede la riforma del Titolo V della Costituzione, dispone, al pari dell'art. 1, co. 3, d. 165, un adeguamento a «principi fonda-

sopravanzati dalle modifiche del Titolo V della Costituzione. Queste, dopo aver determinato, con il nuovo riparto delle competenze normative in materia di lavoro pubblico, l'«assoluta inattualità» ([57]) dell'art. 27, d. 165, potrebbero prospettare un esito non dissimile pure nei confronti dello schema di adeguamento disposto dall'art. 74, co. 2, d. 150, laddove il suo contenuto dovesse comportare, come avvenuto nell'art. 27, sovrapposizioni con alcuni aspetti del lavoro dirigenziale che, per il loro intrinseco carattere pubblicistico, rientrerebbero nella riconosciuta autonomia normativa ed organizzativa delle amministrazioni regionali e locali ([58]). E in effetti, l'assetto delineato dall'art. 74, co. 2, non si sottrae del tutto a questa constatazione di avvenuta sovrapposizione, dal momento che, pur non riguardando le norme o, meglio, le modifiche specificamente dedicate alla dirigenza, richiama, però, quelle che sopra abbiamo indicato come veicoli di «innovazioni di contesto» ([59]): dirette a disciplinare la misurazione e la valutazione della *performance* organizzativa e individuale (Titolo II, d. 150) e gli strumenti di valorizzazione del merito e di incentivazione della produttività del lavoro pubblico, compresi i criteri che presiedono alle progressioni economiche e di carriera e alle attribuzioni di incari-

mentali», mentre, come già sopra riportato, l'art. 74, co. 2, d. 150, parla, alla luce del nuovo riparto di competenze normative di cui all'art. 117 Cost., di «principi generali dell'ordinamento».

(57) V. A. TROJSI, *Lavoro pubblico e riparto di potestà normativa*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2005, n. 3-4, p. 516, che, all'esito di un'attenta ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia, mette bene in luce come, dopo la riforma del Titolo V, Cost., il lavoro pubblico locale e, in particolare, quello dirigenziale regionale, assunto come un intreccio di diversi profili, vada ascritto, per gli aspetti che attengono alla privatizzazione del rapporto, alla materia «ordinamento civile», rientrante nella competenza legislativa esclusiva dello Stato; per i profili organizzativo-ordinamentali, c.d. «pubblicistici», diviene, invece, in forza del criterio di residualità di cui all'art. 117, co. 4, Cost., materia di competenza normativa esclusiva delle Regioni, perché da ricondurre alla voce «ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione», su cui, prima della l. cost. n. 3/2001, insisteva una potestà legislativa concorrente Stato-Regione.

(58) Come è possibile desumere dalla giurisprudenza costituzionale in materia. Per un recente aggiornamento, v. A. TROJSI, *Il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia di impiego pubblico regionale*, in Le Regioni, 2009, n. 6, in corso di pubblicazione.

(59) Cfr. A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, cit., p. 151.

chi e responsabilità (Titolo III). Tutti aspetti, questi, che, almeno ad una prima valutazione, sembrano proprio intrecciarsi con quei profili del lavoro pubblico dirigenziale che rientrerebbero nelle più ampie problematiche dell'«ordinamento e dell'organizzazione amministrativa» – si pensi, ad esempio, ai rapporti tra dirigenza e altri organi, a cui è riconosciuto un ruolo nella gestione del c.d. «ciclo della *performance*» (artt. 7 e 9, d. 150), o ai criteri per l'attribuzione di incarichi e responsabilità, in cui sono ricompresi, data la formula aperta della norma, gli incarichi dirigenziali (art. 25, d. 150) – e che, come tali, sono oggi affidati alla cura esclusiva delle Regioni e degli Enti locali, nell'autonomo esercizio, rispettivamente, della loro potestà legislativa e regolamentare.

Con ciò, non vuole certo disconoscersi il ruolo, riservato allo Stato, di garante dell'«uniformità, nel territorio nazionale, delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti di lavoro pubblico, essendo tale riserva di competenza statale riconducibile al perseguimento dell'obiettivo più generale di un esercizio unitario della funzione pubblica» ([60]). Ma sicuramente non potrebbe sottrarsi a censura un impianto normativo come quello predisposto dal d. 150: che, sebbene attraversato da intenti (e furori) palingenetici, sembra proporre diverse continuità. Tra queste, la vicenda di una dirigenza locale che non cessa di essere «strangolata dal cordone ombelicale che la lega alla dirigenza nazionale», così subendo una alterazione della sua «identità che, come altrove si è autorevolmente sostenuto, dovrebbe basarsi "sullo stretto raccordo con la comunità che contribuisce a governare"» ([61]).

Così, da un lato, si ripresenta all'interprete un quadro normativo che, seguitando a trascurare le profonde differenze di contesto, sembra lasciarsi ancora una volta sfuggire i tratti di-

(60) V., ancora, A. TROJSI, *Lavoro pubblico e riparto di potestà normativa*, cit., p. 522.

(61) Così U. ROMAGNOLI, *Dirigenti pubblici: lo scenario politico-istituzionale per la valutazione*, cit., p. 600 ss., che richiama M. RUSCIANO, *La dirigenza pubblica locale*, cit., e la ricostruzione, *ivi* delineata, di un rapporto di lavoro del dirigente locale che sia incentrato «su una sorta di "immedesimazione sociale", volta a definire l'intensità di una relazione stretta tra dirigente locale e comunità di riferimento».

stintivi di una dirigenza amministrativa che, proprio perché chiamata ad operare in ambiti localmente ristretti, si colloca entro un sistema in cui la «fiducia» è elemento cardine, parte integrante, più di quanto avviene a livello centrale, di quelle vicende che danno vita e svolgimento al rapporto di lavoro dirigenziale ([62]). Da un altro lato, proprio perché manca la giusta percezione del «diverso», non vi è da stupirsi per l'assenza, anche in quest'ultima riforma, di *input* normativi volti ad orientare ed assistere le realtà territoriali nella ricerca di soluzioni che, dal reclutamento alla formazione ([63]) – per soffermarci solo su alcune delle problematiche che, sebbene centrali nella costruzione di un autorevole corpo burocratico, non di rado vengono trascurate – siano in grado di dotare le amministrazioni locali di una dirigenza professionalmente all'altezza dei nuovi compiti istituzionali ad essa affidati.

(62) Nella misura in cui, come rileva L. A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale tra «rapporto di fiducia» e «principio di separazione» delle funzioni politico-amministrativa e gestionale*, in *Le Regioni*, 2002, n. 1, p. 33 ss., gran parte del meccanismo, che presiede alla nomina del direttore generale e dei dirigenti e dei collaboratori esterni o ai diversi provvedimenti che quei rapporti variamente interessino, è chiamato ad assicurare, sempre che l'elemento fiduciario non si sostanzi in fattori di scelta imponderabile, il corretto funzionamento di un sistema incentrato sull'elezione diretta degli organi di governo locale.

(63) Su cui v. già M. RUSCIANO, *Formazione e professionalità della dirigenza amministrativa*, in Il Mulino, Bologna, 1997, p. 727 ss.; con particolare riguardo alla formazione della dirigenza locale, v. M. ESPOSITO, *Alcune note sulla formazione dei dirigenti locali*, in R. SANTUCCI, A. VISCOMI (a cura di), *La dirigenza nelle autonomie locali dopo la riforma: problemi e prospettive*, Soveria-Mannelli, 1998.

Le dirigenze pubbliche nei recenti interventi normativi: funzioni e rapporto con la politica

di Alessandro Di Casola

Sommario
1. *Premessa.* – **2.** *Le fonti del rapporto di lavoro dirigenziale regionale e locale.* – **3.** *L'impatto delle nuove regole sul complesso delle funzioni dirigenziali.* – **4.** *La difficile compatibilità del cd.* spoils system *con i principi costituzionali in materia di pubblico impiego.* – **5.** *La dicotomia staff/line come declinazione del principio di separazione funzionale tra politica ed amministrazione.* – **6.** *La dirigenza negli Enti locali: profili di specialità.*

1. *Premessa*

È opinione comune che, nell'attuale quadro normativo, la semplice espressione "dirigenza pubblica" sia ben poco significante. Essa, infatti, non è in grado di cogliere quel carattere *multiforme* che è opportuno considerare "immanente" alla categoria, a causa delle notevoli differenze strutturali che – in via trasversale – la connotano. Va, quindi, senz'altro abbandonata l'impostazione secondo cui tutti i burocrati, di livello più o meno elevato, sono accomunati dal "fatto" di esercitare un "potere amministrativo", indipendentemente dal "tipo" di amministrazione di appartenenza ([1]); parallelamente, all'interno della *summa divisio* tra Amministrazione centrale, Regioni ed Enti locali, è necessario compiere ulteriori distinzioni: tan-

(1) M. RUSCIANO, *La dirigenza pubblica locale: tra vecchie impostazioni e nuove tendenze*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2002, p. 893, che riconduce questa considerazione al ruolo primario che le leggi nazionali (tanto di riforma della Costituzione, quanto dell'organizzazione amministrativa) e le normative comunitarie assegnano alle Regioni e agli Enti locali, rispetto allo Stato centrale; senza trascurare, poi, la riduzione degli spazi reali di decisione e di intervento dello Stato stesso, dovuta all'integrazione europea ed alla globalizzazione.

to in senso "verticale", cioè tra amministrazioni dei vari comparti, quanto in senso "orizzontale", ovvero tra le diverse posizioni dirigenziali ricoperte ([2]). Dunque, risulta abbastanza chiara l'utilità di declinare al plurale la (eccessivamente) vasta categoria, parlando – piuttosto – di "dirigenze pubbliche" ([3]). Tale considerazione, pur introducendo un ulteriore elemento di complessità nell'analisi che ci si appresta a svolgere, permette subito di chiarire come, per comprendere correttamente l'atteggiarsi della riforma sulla dirigenza regionale e locale, sia imprescindibile un accurato esame delle fonti in materia: finalizzato, cioè, a scindere gli aspetti ricadenti – in virtù della nuova formulazione del Titolo V della Costituzione – nella competenza legislativa statale, regionale, o in quella ripartita.

Altrettanto centrale sarà soffermarsi sul delicato rapporto tra "politica" e "amministrazione", alla luce delle recenti pronunce della Corte Costituzionale: vale a dire, indagando sulla misura in cui le nuove regole possano effettivamente dirsi rispettose degli orientamenti giurisprudenziali in merito.

2. *Le fonti del rapporto di lavoro dirigenziale regionale e locale*

Il quadro delle fonti del lavoro dirigenziale si presenta tutt'altro che di facile ricostruzione, oltre che di interpretazione: sul tema, infatti, insistono con forza le note di complessità della categoria dirigenziale, cui si accennava poc'anzi. In particolare, i problemi principali scaturiscono dall'intervento, *in medias res,* della riforma del Titolo V della Costituzione ([4]), finalizzata, com'è noto, a rafforzare il decentramento: sia in campo legislativo, mediante una diversa ripartizione della po-

(2) *Idem,* p. 900.
(3) M. RUSCIANO, *Contro la privatizzazione dell'alta dirigenza pubblica,* in *Diritti Lavori Mercati,* 2005, n. 3, p. 621. V. anche F. CARINCI, *Il lento tramonto del modello unico ministeriale: dalla "dirigenza" alle "dirigenze",* in CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni,* Milano, Giuffrè, 2005.
(4) Operata con la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

testà legislativa tra Stato e Regioni, riconoscendo a queste ultime uno spazio nettamente maggiore rispetto al passato ([5]); sia in campo amministrativo, secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza ([6]). Logico corollario di tale contesto sono: il riconoscimento, a talune condizioni, della potestà regolamentare a Regioni, Comuni, Province e Città metropolitane ([7]) nonchè, ovviamente, della relativa autonomia statutaria ([8]). L'impatto di una simile rivoluzione, tanto sul d.lgs. n. 165/2001, quanto sul d.lgs. n. 267/2000, è stato notevole ed in molti casi ha finito per travolgere le discipline di adeguamento previste, qua e là, in entrambe le norme ([9]).

Tuttavia, in questa sede è sufficiente focalizzare l'attenzione sui principali punti di frizione riguardanti il rapporto di lavoro dirigenziale ([10]). Per quest'ultimo, i margini della competenza regionale risultano più ampi rispetto alla generale categoria del lavoro pubblico, in cui tale potestà ricorre in via esclusiva soltanto per gli aspetti del rapporto di lavoro esclusi, dal legislatore statale, dalla c.d. privatizzazione e, di conseguenza, rientranti nell'area dell'organizzazione amministrati-

(5) Si veda la nuova formulazione dell'art. 117 Cost.
(6) V. la nuova formulazione dell'art. 118 Cost.
(7) V. art. 117 Cost., 6° comma.
(8) V. art. 114 Cost., 2° comma.
(9) Si pensi, per il solo tema della dirigenza, all'art. 27 del d.lgs. n. 165/2001 e all'art. 111 del d.lgs. n. 267/2000.
(10) Per un'analisi approfondita relativa alla ripartizione di competenze legislative tra Stato e regioni si rinvia, oltre che ai relativi contributi pubblicati nel presente volume, a A. TROJSI, *Le Regioni nella disciplina e nella gestione del lavoro pubblico,* in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 83 e ss.; ID., *Il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia di impiego pubblico regionale,* in *Le Regioni,* 2009, n. 6, in corso di pubblicazione; ID., *Lavoro pubblico regionale: storia e regole,* in q. riv., 2007, n. 6, p. 777 ss.; ID., *Lavoro pubblico e riparto di potestà normativa,* in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni,* 2005, n. 3-4, p. 491 ss.; nonchè, in riferimento agli Enti locali, M. CERBONE, *L'impatto della riforma sul lavoro pubblico locale,* in L. ZOPPOLI (a cura di) *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico,* cit., p. 168 ss.; F. MERLONI, V. SPAGNUOLO, *Principi generali comuni alla dirigenza dello Stato e delle Amministrazioni regionali e locali,* in D'ALESSIO (a cura di), *L'Amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini,* Bologna, Il Mulino, 2008, p. 209 e ss.

va della Regione ([11]). Infatti, riconducendo gli aspetti del rapporto di lavoro "privatizzati" alla categoria dell'"ordinamento civile" ([12]), ed interpretando fedelmente al testo il 2° comma, lett. *g*), dell'art. 117 Cost. ([13]), appare palese come gli stessi aspetti ordinamentali ed organizzativi delle Regioni rientrino a pieno titolo nella competenza esclusiva residuale di queste ultime, come stabilito dal 4° comma della stessa disposizione.

In realtà, la questione è discussa, ruotando tutta intorno alla "porzione" di regole che si intende ricollegare, da un lato, all'"ordinamento civile" ([14]) e, dall'altro, all'area dell'"ordinamento ed organizzazione amministrativa" ([15]). In proposito, va menzionata la posizione di chi ritiene che la "privatizzazione" e la "contrattualizzazione" riconducano tutto il lavoro pubblico nel primo, comprensivo del lavoro in generale ([16]) e, in via speculare, quella di chi fa rientrare nel secondo sia i rapporti che la legislazione statale non riconduce nell'"ordinamento civile", sia altri profili, assunti – per l'appunto – come strettamente intrecciati con l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa ([17]). Tra questi verrebbero ricompresi: la disciplina delle fonti di regolazione della macro e della microrganizzazione; i rapporti tra politica e amministrazione; gli organici e le modalità di assunzione (anche dei dirigenti); i rapporti tra livelli dirigenziali e l'esistenza del c.d.

(11) A. TROJSI, *Il riparto di competenza legislativa,* cit.
(12) Affidata, a norma dell'art. 117 Cost., 2° co., lett. *l*), alla potestà legislativa esclusiva dello Stato.
(13) Riferendo – quindi – la competenza esclusiva statale all'"ordinamento e organizzazione amministrativa" *soltanto* "dello Stato e degli enti pubblici nazionali", v. A. TROJSI, *Il riparto di competenza legislativa,* cit.
(14) E quindi, a norma dell'art. 117 Cost., 2° co., lett. *l*), alla potestà legislativa esclusiva dello Stato.
(15) Vale a dire, in virtù del criterio di residualità contenuto nel 4° co. dell'art. 117 Cost., alla competenza legislativa regionale.
(16) V. F. CARINCI, *Osservazioni sulla riforma del titolo V della Costituzione,* in F. CARINCI, MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal «Libro Bianco» al disegno di legge delega 2002,* Ipsoa, Milano, 2002, p. 11.
(17) L. ZOPPOLI, *La riforma del titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i «pezzi» di un difficile puzzle?,* in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni,* 2002, suppl. al n. 1, p. 158 ss.

"ruolo unico"; i criteri per il conferimento degli incarichi dirigenziali; la verifica dell'attività dirigenziale; il regime delle incompatibilità. Nell'ambito di tale disputa si inserisce anche chi, partendo da una condivisione della seconda delle posizioni sopra riportate ([18]), riconduce l'eventuale competenza legislativa esclusiva dello Stato per la disciplina dei rapporti di lavoro in generale non tanto all'"ordinamento civile", bensì alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" ([19]), desumendo la competenza regionale in materia dalla collocazione della dirigenza al di fuori del "lavoro pubblico subordinato" ([20]) e, quindi, in una posizione ulteriore rispetto alla menzionata norma costituzionale.

In ogni caso, anche alla luce delle pronunce della giurisprudenza costituzionale ([21]), appare fuor di dubbio l'applicabilità alla dirigenza regionale solo della parte della disciplina statale relativa agli aspetti "privatizzati" del rapporto, dovendosi, per i rimanenti, ritenersi inapplicabile la disciplina del d.lgs. n. 165/2001 ([22]).

Per quel che concerne, invece, gli Enti locali, le difficoltà principali dell'interazione tra le normative preesistenti e la riforma del Titolo V scaturiscono dal sopravvenuto riconosci-

---

(18) V. M. RUSCIANO, *La dirigenza pubblica locale*, cit., p. 907 ss., che argomenta tale opinione sulla base delle diversità che connotano il rapporto di lavoro dirigenziale, rispetto a tutti gli altri rapporti di lavoro pubblico, a causa della strettissima connessione con l'ordinamento e l'organizzazione delle amministrazioni.

(19) Si tratta della lett. *m*) del 2° co. dell'art. 117 Cost.

(20) Tale conclusione, nell'opinione dell'A., deriva "dalle caratteristiche del rapporto di lavoro dei dirigenti in generale, […] ben testimoniate dall'evoluzione dell'ordinamento lavoristico. Questo, non a caso, ha tenuto i dirigenti quasi sempre fuori dall'applicazione delle leggi sul lavoro dipendente, nell'idea che il grande problema delle tutele fondamentali dei lavoratori assumesse, per i dirigenti, contorni diversi rispetto alla vasta e variegata area della subordinazione"; v. M. RUSCIANO, *La dirigenza pubblica locale*, cit., p. 908.

(21) Si veda Corte cost. n. 233/2006 e n. 104/2007.

(22) A. TROJSI, *Il riparto di competenza legislativa*, cit. Per un'attenta disamina degli aspetti del rapporto di pubblico impiego "privatizzati", di quelli "contrattualizzati" e di quelli "pubblicistici", v. ID., *Le Regioni nella disciplina e nella gestione del lavoro pubblico*, cit., p. 90 e ss.

mento di potestà statutaria e regolamentare in capo agli stessi ([23]), all'interno di un assetto istituzionale "equiordinato" ([24]): il ragionamento svolto poc'anzi, in riferimento al riparto di competenza tra Stato e Regione, non può valere anche in relazione agli Enti locali, pena il contrasto con i citati principi posti a salvaguardia dell'autonomia di questi ultimi, a cominciare da quello contenuto – tra i Principi fondamentali della Carta costituzionale – nell'art. 5 ([25]). Quindi, in linea generale, la normativa statale posta dal d.lgs. n. 267 del 2000, dettando una disciplina organizzativa uniforme per gli Enti locali, non può che ritenersi travolta dalla riforma costituzionale del 2001, dovendo cedere di fronte alle nuove prerogative, costituzionalmente riconosciute, in capo agli enti medesimi ([26]). Passando a trattare più direttamente del lavoro dirigenziale, appare di facile intuizione la circostanza per cui – al pari di quanto detto a proposito della competenza regionale – i margini di competenza dell'ente locale sono sicuramente da considerarsi più ampi, rispetto a quelli concernenti la disciplina dei rapporti di lavoro in generale ([27]), specialmente per quanto riguarda gli incarichi e la valutazione.

Tuttavia, nonostante le considerazioni di metodo fin qui svolte, il quadro delle fonti del rapporto di lavoro dirigenziale risulta ancora oggi di difficile interpretazione, dovendosi necessariamente procedere anche all'armonizzazione delle di-

(23) A norma, rispettivamente, dell'art. 114 Cost., 2° co. e 117 Cost., 6° co.

(24) V. M. CERBONE, *L'impatto della riforma sul lavoro pubblico locale,* cit., p. 170.

(25) Che, per comodità, si riporta: "La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento".

(26) V. M. CERBONE, *L'impatto della riforma sul lavoro pubblico locale,* cit., p. 171, ma anche F. MERLONI, V. SPAGNUOLO, *Principi generali comuni alla dirigenza dello Stato e delle Amministrazioni regionali e locali,* cit., p. 212-213.

(27) Si segnala, in proposito, l'interessante discorso fatto da M. CERBONE, *L'impatto della riforma sul lavoro pubblico locale,* cit., pp. 171-172, in particolare nota 9, con riferimento alle c.d. posizioni organizzative, alquanto diffuse nei piccoli comuni, dove la figura del dirigente spesso non esiste: tali posizioni, che trovano origine prevalentemente nei contratti collettivi, per l'A. rappresentano un "inedito esempio di autonomia normativa dell'ente locale, per via contrattuale collettiva".

sposizioni con i principi espressi, in materia, dalla giurisprudenza costituzionale: che, come si vedrà tra breve, ha posto non pochi paletti all'autonomia regionale (e, di conseguenza, a quella locale), in virtù di principi quali quelli contenuti negli artt. 97 e 98 della Costituzione.

Né si può dire che, al riguardo, venga in aiuto la recente "riforma": il d.lgs. n. 150/2009 è da ritenersi alquanto carente in materia. Infatti, piuttosto che procedere all'auspicata opera di ricognizione sistematica e organica dei profili privatizzati e di quelli non privatizzati ([28]), il legislatore, per il tramite dell'art. 74, si limita ad elencare – da un lato – le norme emanate nell'ambito della potestà legislativa dello Stato in materia di "ordinamento civile" e "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" ([29]); e – da un altro lato – quelle "di diretta attuazione dell'articolo 97 della Costituzione". Di conseguenza, l'interprete è pieno di dubbi, dal momento che, in svariati punti, costui si trova di fronte a discipline indirizzate, del tutto genericamente, alle "Amministrazioni pubbliche".

In proposito, va detto che tali norme, quando non richiamate dall'art. 74, si vanno ad innestare nel d.lgs. n. 165/2001: vale a dire, nel sistema di adeguamento contenuto al suo interno, in special modo per ciò che concerne la dirigenza ([30]). Detto meccanismo, però, è stato fortemente messo in crisi dalla riforma del Titolo V della Costituzione; senza dire che, per il sistema degli Enti locali, ci si deve anche confrontare con le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 267/2000 ([31]). Tantomeno si può tacere l'interessante posizione di chi bolla come "im-

(28) V. A. TROJSI, *Le Regioni nella disciplina e nella gestione del lavoro pubblico,* cit., p. 101.
(29) Art. 117 Cost., 2° co. lett. *l*) ed *m*). Al riguardo, v. M. RUSCIANO, *La dirigenza pubblica locale,* cit., p. 908.
(30) Si veda l'art. 27 del d.lgs. n. 165/2001.
(31) V. M. CERBONE, *L'impatto della riforma sul lavoro pubblico locale,* cit., p. 175 e ss., in particolare p. 178. Dello stesso avviso, F. MERLONI, V. SPAGNUOLO, *Principi generali comuni alla dirigenza dello Stato e delle Amministrazioni regionali e locali,* cit., p. 212-213.

proprio" l'utilizzo, fatto dal legislatore nell'art. 74, della categoria dei "principi generali dell'ordinamento", al fine di affermare l'obbligo di adeguamento da parte di Regioni ed Enti locali: la critica investe l'eccessivo dettaglio delle norme cui il riferimento è correlato, evidenziando come non sia possibile riscontrare corrispondenze tra queste ultime e la definizione di "principio generale dell'ordinamento dello Stato", fornita dalla giurisprudenza costituzionale ([32]).

Per il settore della dirigenza, la nozione di "principi generali dell'ordinamento" risulta assolutamente centrale, perché in grado di porsi come "contrappeso" rispetto alla marcata autonomia gestionale ed organizzativa che le Regioni e gli Enti locali vantano a seguito della riforma costituzionale del 2001 ([33]): si pensi, solo per un attimo, al delicatissimo tema dei rapporti tra politica ed amministrazione ed alla sua – ormai pacifica – collocabilità nell'alveo di tali principi.

3. *L'impatto delle nuove regole sul complesso delle funzioni dirigenziali*

Poste queste importanti premesse, è ora il caso di interrogarsi sul se – ed eventualmente, sul quanto – le norme contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 incidano sui profili funzionali della figura del dirigente, avendo riguardo a quell'idea originaria che, più di quindici anni fa, ha ispirato il legislatore della riforma del pubblico impiego ([34]): ovviamente, non si intende qui ripercorrere le varie tappe che, nel corso degli anni, hanno apportato modifiche, più o meno

(32) V. A. TROJSI, *Le Regioni nella disciplina e nella gestione del lavoro pubblico,* cit., pp. 103-104, che, molto opportunamente, riporta un passo della prima pronuncia della Corte costituzionale in materia: v. Corte cost. 26 giugno 1956, n. 6.

(33) Per un'accurata disamina dell'autonomia degli Enti locali, rispetto ai vari profili del rapporto di lavoro dirigenziale, si rinvia a M. CERBONE, *L'impatto della riforma sul lavoro pubblico locale,* cit., p. 187 e ss.

(34) Il riferimento è, chiaramente, ai principi della legge delega 23 ottobre 1992, n. 421 ed al d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29.

importanti, al d.lgs. n. 29/1993 ([35]); bensì valutare in che misura – alla luce della nuova "riforma" – la categoria dirigenziale conservi ancora quei tratti caratteristici, che la filosofia riformatrice degli anni Novanta le aveva impresso. In altre parole, si cercherà di valutare se l'organicità del recente intervento legislativo, affermata – quasi con orgoglio – nell'art. 1 del d.lgs. n. 150, anche in riferimento alla dirigenza pubblica, in effetti tocchi davvero quest'ultima, naturalmente nei suoi tratti distintivi.

A) Procedendo, per comodità espositiva, secondo l'ordine sistematico del d.lgs. n. 165/2001 – e riservandosi, quindi, alla fine di tracciare un bilancio comprendente anche la parte del d.lgs. n. 150 che non viene incorporata nel decreto 165 – va senz'altro sottolineato come, tra i principi generali ([36]), non risulti modificato l'art. 4, concernente la ripartizione fondamentale di funzioni tra organi di indirizzo ed organi di gestione. La norma, nella sostanza, conserva la formulazione dell'art. 3 del d.lgs. n. 29/1993, con le modifiche apportate nella seconda fase della privatizzazione ([37]). Come si vedrà anche in riferimento allo *spoils system*, in tale disposizione è racchiuso l'*architrave* della ripartizione di poteri e competenze tra vertice politico e vertice burocratico; aspetto irrinunciabile, se si vuol garantire quel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento che, a norma dell'art. 97 della Costituzione, deve informare l'attività amministrativa.

Non a caso, in proposito si è parlato di "principio dei principi della cosiddetta privatizzazione" ([38]): nel nuovo assetto, infatti, la politica continua – certamente – a governare le amministrazioni, ma non più direttamente, bensì mediante il

(35) Tra questi si inseriscono: i primi decreti correttivi, come il d.lgs. n. 470/1993 e n. 546/1993; l'importante delega contenuta nella legge 15 marzo 1997, n. 59 ed i relativi decreti delegati, il n. 396/1997 e il n. 80/199; l'emanazione del d.lgs. n. 165/2001, che sostituisce l'originario d.lgs. 29/93; la l. n. 145/2002, contenente soprattutto norme riguardanti la dirigenza pubblica.
(36) Cui è dedicato il Titolo I del d.lgs. n. 165/01.
(37) Cioè, quella operata con i vari decreti delegati, a norma della l. n. 59/1997.
(38) F. CARINCI, *Il lento tramonto del modello unico ministeriale: dalla "dirigenza" alle "dirigenze"*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2004, p. 848.

"governo degli uomini". Di conseguenza, alla politica resta solo il potere di scegliere gli alti burocrati, insieme al compito di indirizzare e controllare i risultati dell'attività amministrativa: la quale, invece, spetta in via esclusiva ai dirigenti, dotati di una piena autonomia gestionale, a cui corrisponde una specifica responsabilità per il mancato raggiungimento degli obiettivi ([39]).

Dunque, il rapporto tra politica e amministrazione si è trasformato, passando da uno schema basato sulla *gerarchia* – e pertanto sull'indistinzione delle competenze, tutte imputabili all'organo politico – ad uno fondato sulla *direzione*: cioè sulla distinzione funzionale delle stesse tra le due figure ([40]). Per comprendere correttamente la *ratio* e la portata di questo principio, pare opportuno soffermarsi su un importante aspetto, *prima facie* meramente terminologico: infatti, piuttosto che di *separazione* tra competenze proprie degli organi di governo e competenze riservate alla dirigenza amministrativa, sarebbe più corretto parlare di *distinzione* tra le due sfere ([41]). Detto termine, invero, meglio esprime la necessaria collaborazione istituzionale – nelle pubbliche amministrazioni "ordinarie" ([42]) – tra organi politici e dirigenza amministrativa. Quest'ultima risulta fortemente rafforzata e resa autonoma

(39) Così, A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico,* Relazione al XXVI Congresso nazionale di Diritto del lavoro AIDLaSS, *In ricordo di Massimo D'Antona, dieci anni dopo. La figura del datore di lavoro – Articolazione e trasformazioni,* Catania, 21-23 maggio 2009, in *www.aidlass.org,* p. 7 del dattiloscritto.

(40) V. S. BATTINI, *Dirigenza pubblica* (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico,* Milano, Giuffrè, 2006, p. 1862, mio il corsivo.

(41) Secondo F. MERLONI, *Art. 3,* in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle pubbliche amministrazioni. Commentario,* in *Nuove Leggi Civili Commentate,* 1999, p. 1085, il termine "separazione" sarebbe più adatto a descrivere realtà in cui analogo risultato si ottenga attraverso la creazione di distinte amministrazioni che, per la speciale natura dei compiti loro affidati, debbono essere più o meno completamente sottratte all'indirizzo politico: ad esempio, il caso delle autorità amministrative indipendenti e delle agenzie con elevato contenuto tecnico; v. anche M. G. GAROFALO , in ZOPPOLI A., *La dirigenza pubblica rivisitata. Politiche regole modelli,* Napoli, Jovene, 2004, p. 41 e ss.

(42) Vale a dire, in quelle rette dal principio democratico, per cui gli organi di governo sono espressione di rappresentanza politica.

grazie alla riserva esclusiva di competenze, relativa tanto all'adozione di atti amministrativi, quanto alla gestione: amministrativa, tecnica e finanziaria ([43]). Senza dilungarsi oltre su questo punto, basti qui sottolineare – nella linea di politica del diritto sottesa all'ultima riforma – l'importanza della decisione di non mutare gli assetti dell'art. 4 del d.lgs. n. 165/01: vale a dire, di non toccare la dirigenza nella sua collocazione, e nelle principali prerogative, di carattere funzionale.

B) Per quanto riguarda il potere di organizzazione, nel 2° comma dell'art. 5 compare la specificazione che, nell'esercizio dei poteri dirigenziali, rientrano anche "le misure inerenti la gestione delle risorse umane", nonché "la direzione [e] l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici" ([44]): in tale disposizione (tanto più se posta in connessione con il nuovo comma 4-*bis* dell'art. 6) si legge abbastanza chiaro l'intento del legislatore di "valorizzare" fortemente il ruolo gestorio-organizzativo del dirigente, al punto da sembrare quasi un ammonimento all'assolvimento solerte ed accurato di tali prerogative. Ad opinione di chi scrive, infatti, l'aggiunta operata con la recente riforma altro non è che lo svolgimento del primo periodo della norma, secondo cui "le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con i poteri del privato datore di lavoro". Considerando questo elemento insieme al preciso ruolo che viene affidato ai dirigenti nella predisposizione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale ([45]), si intuisce chiaramente la forte "responsabilizzazione" della categoria, in funzione dell'obiettivo di assicurare "una migliore organizzazione del lavoro", così come indicato tra le finalità della norma ([46]). Tali funzioni, secondo

(43) Così F. MERLONI, *Art. 3*, cit., p. 1085.
(44) V. l'art. 34 del d.lgs. n. 150/2009.
(45) I quali, tra l'altro, a norma del citato comma 4-*bis* dell'art. 6 sono tenuti ad "individuare i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti istituzionali delle strutture cui sono preposti".
(46) V. l'art. 1 del d.lgs. n. 150/2009.

quanto stabilito dagli artt. 16 e 17 ([47]), si ripartiscono – secondo il tipico schema della *line* – tra dirigenti generali e non: a questi ultimi dovrebbe competere l'individuazione in concreto dei profili professionali necessari al funzionamento dell'ufficio e al direttore generale toccherebbe il vaglio e la *reductio ad unum* delle varie richieste della propria direzione, in vista dell'elaborazione del documento.

C) Coerentemente con la conferma integrale dell'art. 4, anche l'art. 14, relativo all'indirizzo politico-istituzionale esercitato dal Ministro ed alle prerogative a questi spettanti, è rimasto immutato e, fatta eccezione per l'inserimento di un alquanto generico richiamo, tra i compiti dei direttori generali, al concorso nella "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", lo stesso si può dire degli artt. 16 e 17. In proposito, vale la pena di sottolineare come – a parte la sicura condivisibilità, in linea di principio, della scelta di prestare un'attenzione particolare al problema della corruzione nell'Amministrazione – una norma di tal genere susciti un certo stupore nell'interprete: sia per la sua collocazione, vale a dire all'interno di un contesto così generale; sia per la sua, almeno apparente, superfluità. Pare legittimo chiedersi, a questo punto, se un comportamento del genere, per giunta da parte di un dirigente generale, non fosse già inquadrabile, del tutto pacificamente, nel combinato disposto degli artt. 97 e 98 della Costituzione; così come, al di là di un sicuro effetto "di facciata", ci si chiede quale possa essere la sanzione adeguata per un dirigente che non operi nel senso descritto dalla norma: in tal caso, il rilievo penale di simili condotte renderebbe del tutto "inoffensiva" la sua presenza all'interno del d.lgs. n. 165 ([48]).

(47) Per l'art. 16, si veda la lettera a-*bis*) del 1° comma, mentre per l'art. 17 si veda la lettera d-*bis*) del 1° comma, aggiunte, rispettivamente, dagli artt. 38 e 39 del d.lgs. n. 150/2009.

(48) Si pensi, ad esempio, al rapporto di causalità, nei termini in cui è espresso nell'art. 40 c.p. e, in particolare, al 2° comma della norma, che dispone: "Non im-

D) Con riferimento al tema degli incarichi ([49]), vi è una piena riconferma del sistema precedente: sia per quanto riguarda la tipologia dell'incarico, sia in relazione ai c.d. "livelli" della dirigenza, sia con riferimento al bilanciamento tra regime pubblicistico e privatistico nella procedura di assegnazione degli uffici. Di conseguenza, riguardo al primo punto, rimane ferma la tradizionale distinzione tra incarichi di "funzione di direzione" ed incarichi di "funzioni ispettive, di consulenza, studio e ricerca" ([50]); così come, accanto ai tradizionali livelli – "dirigenziale" ([51]) e "dirigenziale generale" ([52])– si pone il c.d. "livello superiore" ([53]), nel quale rientrano "gli incarichi di Segretario generale di ministeri, gli incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente" ([54]). Parallelamente, il regime del conferimento degli incarichi continua ad essere: per il livello dirigenziale, il provvedimento unilaterale dell'Amministrazione, adottato dal dirigente generale; per la dirigenza generale, il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente; per il livello superiore, il decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente. Lo schema generale, dunque, rimane quello del contratto di lavoro a tempo indeterminato ([55]), su cui – eventualmente – si innesta il provvedimento amministrativo di conferimento dell'incarico ed a cui – all'atto del conferimento dell'incarico – accede un contratto individuale, contenente solo la disciplina relativa al trattamento economico.

---

pedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

(49) Si veda l'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001, così come modificato dall'art. 40 del d.lgs. n. 150/2009.

(50) V. art. 19, co. 10°, d.lgs. n. 165/2001.

(51) V. art. 19, 5° co., d.lgs. n. 165/2001.

(52) V. art. 19, commi 4 e 4-*bis*, del d.lgs. n. 165/2001.

(53) Per questi, come per gli altri rilevanti aspetti riguardanti l'art. 19, v. A. ZOPPOLI, *Art. 19*, in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle Amministrazioni pubbliche*, cit., p. 1161 e ss.

(54) V. art. 19, 3° co., d.lgs. n. 165/2001.

(55) Ovviamente, per i soli dirigenti che fanno parte dei ruoli di cui all'art. 23.

E) Come è facilmente intuibile, almeno dal punto di vista delle modifiche apportate al d.lgs. n. 165/2001, i profili funzionali della dirigenza pubblica non risultano sensibilmente modificati, potendosi dire confermate tutte le principali caratteristiche della categoria. Discorso a parte, invece, va fatto per quanto concerne le modifiche apportate in via "collaterale" allo stesso decreto, vale a dire per l'insieme di norme del d.lgs. n. 150/2009 che, pur non apportando sostanziali modifiche all'impianto normativo preesistente, finiscono comunque per condizionare aspetti – non secondari – delle funzioni dirigenziali, alterando – soprattutto per i dirigenti non generali – i termini dell'autonomia nella gestione del personale e dell'ufficio.

Com'è noto, infatti, il nucleo centrale dell'intervento riformatore del 2009 ruota tutto attorno alla "Misurazione, valutazione e trasparenza della *performance*" ([56]), alla creazione di un preciso meccanismo di premialità, correlato al merito individuale ([57]) ed al forte inasprimento nell'impiego dei poteri di controllo ([58]) e disciplinare ([59]). In sostanza, la scommessa del legislatore della riforma si basa: da un lato, sulla creazione di un "efficiente" – ed obbligatorio – circuito di valutazione delle *performance*, finalizzato all'attribuzione – in via (più o meno) proporzionale ai meriti ed ai demeriti ([60]) – di premi, variamente articolati ([61]); dall'altro, su una forte "valorizzazione" del ruolo dirigenziale, la cui funzione costituisce,

(56) V. il Titolo II del d.lgs. n. 150/2009.
(57) V. il Titolo III del d.lgs. n. 150/2009.
(58) V. la nuova ipotesi di responsabilità dirigenziale contemplata dal comma 1-*bis* dell'art. 21, inserito dall'art. 41 del d.lgs. n. 150/2009.
(59) V. la nuova formulazione dell'art. 55 e gli artt. da 55-*bis* a 55-*septies* del d.lgs. n. 165/01, così come modificato dagli artt. 68 e 69 del d.lgs. n. 150/2009.
(60) Il riferimento è al previo "contingentamento" delle varie fasce di merito, così come previsto dall'art. 19 del d.lgs. n. 150/2009.
(61) Consistenti, a norma dell'art. 20, d.lgs. n. 150/2009 in: *bonus* annuale delle eccellenze; premio annuale per l'innovazione; progressioni economiche; progressioni di carriera; attribuzione di incarichi e responsabilità;accesso a percorsi di alta formazione professionale, in ambito nazionale ed internazionale. Cfr. artt. da 21 a 28 del d. lgs n. 150/2009.

senza dubbio, il perno dell'intero sistema. Al di là, infatti, dell'individuazione dei "dirigenti di ciascuna amministrazione" ([62]) tra i soggetti del processo di misurazione e valutazione della *performance* ([63]), il ruolo del dirigente viene, per così dire, "stressato" notevolmente, da parte di disposizioni tendenti ad imporgli, nell'ambito della sua veste di "privato datore di lavoro", svariate condotte. Dunque, oltre ad una dura sanzione, sul piano economico, per 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" ([64]), viene anche sottratta al dirigente una notevole fetta di discrezionalità sulle modalità di esercizio del potere disciplinare: a ciò, infatti, si sostituiscono comportamenti imposti *ex lege*, in grado di incidere – anche pesantemente – sul piano del rapporto di lavoro dello stesso dirigente. È il caso di tutte quelle norme che, da un lato, impongono l'avvio del procedimento disciplinare ([65]), sanzionando duramente un'eventuale inerzia sul punto, e, dall'altro, mettono al riparo il dirigente da considerazioni "avventate" circa l'opportunità del ricorso a tale strumento, o le relative modalità operative ([66]).

Un simile insieme di norme, pur non andando ad incidere sugli snodi funzionali ed organizzativi, interni alle pubbliche amministrazioni, di certo finisce per imprimere non pochi mu-

(62) V. art. 12, 1° co., lett. *d*) del d.lgs. n. 150/2009.

(63) Rispetto al quale, fa da *pendant* l'inserimento, ad opera dell'art. 39 del d.lgs. n. 150/2009, della lettera e-*bis*) all'interno del 1° comma dell'art. 17 del d.lgs. n. 165/2001, che recita: «[i dirigenti] 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».

(64) V. art. 21, co. 1-*bis*, del d.lgs. 165/2001 che, in tali casi, riconosciute le garanzie del contraddittorio previste dalla legge e dai contratti collettivi nazionale, permette di decurtare fino ad una quota dell'ottanta per cento la retribuzione di risultato riconosciuta al dirigente.

(65) Che, a norma dell'art. 55-*bis*, 2° comma, del d.lgs. n. 165/2001, deve essere avviato «senza indugio o comunque non oltre venti giorni» dalla notizia di comportamenti punibili con taluna delle sanzioni disciplinari indicate dal 1° comma della norma.

(66) V. i commi 3 e 4 dell'art. 55-*sexies* del d.lgs. n. 165/01.

tamenti: *in primis*, sul piano dell'autonomia dei dirigenti. In particolare, l'imposizione per via legislativa di determinate condotte, normalmente legate a quella sfera di "discrezionalità" del tutto implicita in attività di direzione e gestione, fa riflettere abbastanza circa l'esistenza di un parziale svuotamento delle funzioni stesse, nel senso di una sostanziale perdita di autonomia da parte degli organi deputati alla gestione del personale e dell'attività amministrativa.

4. *La difficile compatibilità del c.d.* spoils system *con i principi costituzionali in materia di pubblico impiego*

Effettuando una giustapposizione di quanto detto nel paragrafo sulle fonti – circa l'importanza del concetto di "principi generali dell'ordinamento", al fine di *by-passare* la giungla della ripartizione di competenze (legislative o regolamentari) tra Stato, Regioni ed Enti locali – e di quanto affermato con riferimento al carattere dominante, nel disegno riformatore degli anni Novanta, del principio di distinzione funzionale tra "politica" ed "amministrazione", si comprende agevolmente la centralità e la delicatezza del tema riguardante il c.d. *spoils system*: meccanismo che, consentendo l'automatica cessazione di alcuni incarichi al cambio del vertice politico, si pone come anello di congiunzione – e, all'occorrenza, di disgiunzione – tra le due "anime" dell'amministrazione.

In particolare, rileva il contrasto – accertato, dopo le importanti pronunce della Consulta in merito ([67]) – di un simile meccanismo con il sistema costituzionale, definito "di marca weberiana" ([68]), in materia di pubblica amministrazione: il riferimento, ovviamente, è ai principi contenuti negli artt. 28, 97 e 98 Cost. ([69]), cui, secondo dottrina e giurisprudenza, si

(67) Si tratta di Corte Cost. n. 103/2007; 104/2007, ma anche 351/2008.
(68) V. M. RUSCIANO, *Contro la privatizzazione dell'alta dirigenza pubblica*, cit., p. 629.
(69) Tra cui: il legame tra "buon andamento" e "imparzialità" dell'ammini-

lega inscindibilmente anche l'interesse alla continuità dell'azione amministrativa ([70]). Correlando la questione a tali norme, appare subito chiaro il dato dell'assoluta irrilevanza, in merito, del riparto di competenze normative tra Stato centrale ed autonomie locali, dal momento che è incontrovertibile che ci si trovi di fronte a "principi generali dell'ordinamento", anzi: si è – addirittura – in presenza di un contrasto diretto di determinate norme con disposizioni, altrettanto determinate, della Costituzione. In tal senso, l'indifferenziato richiamo, contenuto nell'art. 74 del d.lgs. n. 150/2009, tanto alla diretta attuazione dell'art. 97 Cost., quanto ai principi generali dell'ordinamento, quasi a voler far scaturire i secondi dal primo, non può che destare perplessità, dovendosi certamente condividere l'opinione, accennata in precedenza, di chi ha definito "improprio" il riferimento, operato dal legislatore in quella sede, a tali principi ([71]).

Tornando allo *spoils system*, va sottolineato come parte della dottrina, criticando duramente tale meccanismo, non abbia mancato di porlo in collegamento con la questione della privatizzazione dell'alta dirigenza pubblica ([72]), evidenziandone l'incoerenza sul sottostante piano della politica del diritto: tendente, da un lato, alla creazione di una relazione oriz-

---

strazione; la predeterminazione di sfere di competenza, attribuzioni e responsabilità, proprie dei funzionari; l'accesso agli impieghi per concorso; il servizio esclusivo della Nazione da parte dei pubblici impiegati etc.

(70) Concetto che M. RUSCIANO, *Contro la privatizzazione dell'alta dirigenza pubblica*, cit., p. 629, sviluppa, spiegandolo come la "necessità di garantire, in molte circostanze, l'interesse generale, attraverso la "continuità istituzionale": per cui gli impegni assunti da un governo devono comunque essere mantenuti dal governo successivo (anche se di segno politico differente)".

(71) Come riportato precedentemente, tale dottrina qualifica come "improprio" il riferimento fatto dal legislatore, all'interno dell'art. 74, ai "principi generali dell'ordinamento", argomentando tale tesi con l'eccessivo dettaglio delle norme cui il riferimento è correlato. Secondo l'A., infatti, non sussisterebbero corrispondenze tra queste ultime e la definizione, fornita dalla giurisprudenza costituzionale, di "principio generale dell'ordinamento dello Stato": si veda, al riguardo, Corte cost. 26 giugno 1956, n. 6. Così A. TROJSI, *Le Regioni nella disciplina e nella gestione del lavoro pubblico*, cit., pp. 103-104.

(72) Che, com'è noto, rientra nella c.d. "seconda privatizzazione", portata a termine negli anni 1997-98 mediante la legge delega n. 59/97 e i vari decreti attuativi.

zontale tra "politica" ed "amministrazione" e, dall'altro, all'introduzione dello strumento contrattuale ([73]). In proposito, si è fatto notare che, ai fini del mantenimento della distinzione tra le due sfere, è indispensabile una legittimazione *ex lege* dell'alto dirigente, vale a dire una relazione verticale, grazie alla quale lo *status* deriva direttamente dalla legge, senza alcuna mediazione politica personalizzata ([74]). Altro fattore da tenere in considerazione, dal punto di vista politico-istituzionale, è quello derivante dalla riforma dei sistemi elettorali: "nel momento in cui questi si propongono di *personalizzare* il potere politico e di assicurare la c.d. *maggioranza* di governo, appare effetto naturale che la dirigenza finisca con l'acquistare, per un elementare (ed ineluttabile) gioco di contrappesi, un più marcato ruolo di (ri)equilibrio istituzionale, su cui è necessario riflettere" ([75]).

Già prima dello *spoils system*, la Corte costituzionale aveva avuto più volte occasione di pronunciarsi in merito al principio di distinzione tra politica e amministrazione ([76]): in particolare, anche dopo la c.d. "seconda privatizzazione" e la conseguente attribuzione degli incarichi non più *sine die*, bensì a tempo determinato. In tale frangente, la Corte rileva la compatibilità tra la disciplina degli incarichi a termine e i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, in quanto "la disciplina del rapporto di lavoro dirigenziale nei suoi aspetti qualificanti […] è connotata da specifiche garanzie ([77]), mirate a presidiare il rapporto di im-

(73) V. M. RUSCIANO, *Contro la privatizzazione dell'alta dirigenza pubblica*, cit., p. 630.
(74) *Idem.*
(75) Così M. RUSCIANO, *Dirigenze pubbliche e* spoils system. *Nota a Corte costituzionale 23 marzo 2007, n. 103 e 104*, in *www.astrid-online.it.*
(76) Per un'accurata analisi di tale giurisprudenza, v. G. GARDINI, *Lo* spoils system *al primo vaglio di costituzionalità: le nomine fiduciarie delle Regioni sono legittime, ma la* querelle *resta aperta*,in *LPA*, 2006, n. 3-4, p. 679 e ss.
(77) In una successiva pronuncia, la n. 193 del 16 maggio 2002, la Corte ha provveduto a specificare tali garanzie, individuandole nella previsione di peculiari "responsabilità dirigenziali, (nel)la tipicizzazione delle misure sanzionatorie adottabili, nonché (nel)la previsione di adeguate garanzie procedimentali nella valutazione dei risultati e delle direttive ministeriali" oltre che nella "definizione dei modi e dei

piego dei dirigenti generali, la cui stabilità non implica necessariamente anche stabilità dell'incarico, che, proprio al fine di assicurare il buon andamento e l'efficienza dell'amministrazione pubblica, può essere soggetto alla verifica dell'azione svolta e dei risultati perseguiti" ([78]). Nella sostanza, tale legittimità trova il suo fondamento nella delicata articolazione tra qualifica ed incarico dirigenziale: difatti, detto meccanismo permette di non porre in discussione il rapporto lavorativo del dirigente, bensì unicamente l'incarico, ossia la posizione concretamente riconosciuta all'interno dell'organizzazione pubblica ([79]).

Con la sentenza n. 233 del 2006, la Corte, ponendo l'accento sulla necessità di "rafforzare la coesione tra l'organo politico regionale […] e gli organi di vertice dell'apparato burocratico […], per consentire il buon andamento dell'attività di direzione dell'ente (art. 97 Cost.)", apre alla legittimità costituzionale dello *spoils system*, ovviamente limitato agli incarichi c.d. "apicali", vale a dire a quelli per cui la necessità di coesione con l'organo politico si presenta con maggiore intensità, tale da consentire un'individuazione *intuitu personae* dei soggetti ([80]). Diversamente, a tale schema rimangono "estranei gli incarichi dirigenziali di livello "non generale", non conferiti direttamente dal vertice politico e quindi non legati ad esso dallo stesso grado di contiguità che connota gli incarichi apicali": la Corte, quindi, finisce per tracciare una linea di demarcazione – quella tra incarichi "apicali" e non – i cui confini, però, appaiono fortemente incerti ([81]). Tanto sulla legittimità del meccanismo di decadenza automatica dagli incarichi conferiti dal vertice politico – e, di conseguenza, sul rilievo determinante riconosciuto all'elemento dell'*intuitus per-*

---

tempi in base ai quali si possa pervenire alla revoca delle funzioni ovvero alla risoluzione definitiva del rapporto di impiego"; v. G. GARDINI, *Lo* spoils system *al primo vaglio di costituzionalità,* cit., pp. 684-685.

(78) Corte cost., ord. 30 gennaio 2002, n. 11.

(79) Così G. GARDINI, *Lo* spoils system *al primo vaglio di costituzionalità,* cit., p. 685.

(80) Così Corte cost. sent. 233/2006, punto 4.1 del Considerato in diritto.

(81) V. M. RUSCIANO, *Dirigenze pubbliche e* spoils system, cit.

sonae – quanto sulla forte incertezza derivante dal *discrimen* tra incarichi di vertice e non, si fondano le principali critiche avanzate, con toni anche accesi, dalla dottrina ([82]).

Di segno parzialmente diverso sono le pronunce n. 103 e 104 del 2007, in ordine, rispettivamente: al meccanismo di automatica cessazione degli incarichi di livello generale ([83]) previsto dall'art. 3, comma 7, della legge. n. 145/2002 (c.d. "legge Frattini") ed alla decadenza – prevista da una legge regionale del Lazio e riferita a direttori generali delle AA.SS.LL. – correlata all'insediamento del Consiglio regionale. Nel primo caso, la Consulta, molto attentamente, ripercorre le varie "tappe" della c.d. riforma del pubblico impiego ([84]), rilevando come la c.d. contrattualizzazione dell'alta dirigenza abbia "determinato il definitivo passaggio da una concezione della dirigenza intesa come *status*, quale momento di sviluppo della carriera dei funzionari pubblici, ad una concezione della stessa di tipo funzionale" ([85]), nonché *quanto* il principio di distinzione tra il potere di indirizzo politico-amministrativo e l'attività gestionale, abbia costituito il perno utilizzato dal legislatore nell'intero arco della riforma ([86]). In tal senso, ri-

(82) Tra cui si segnala, senza pretesa di completezza: S. BATTINI, *In morte del principio di distinzione tra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo* spoils system, in *Giornale di Diritto Amministartivo*, 2006, p. 911 e ss.; E. GRAGNOLI, *Lo* spoils system *e l'imparzialità del dipendente degli Enti locali*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2007, n. 1, p. 38 e ss. arriva a sostenere che «la sentenza oblitera i vincoli derivanti dagli artt. 97 e 98 Cost. e non si pone in alcun modo a tutela dell'imparzialità soggettiva dei dirigenti "apicali". Essi non sarebbero al servizio della Nazione, ma degli organi politici»; tendenzialmente neutrale, seppur evidenziando alcuni limiti della pronuncia, si mostra G. GARDINI, *Lo* spoils system *al primo vaglio di costituzionalità*, cit., p. 686 e ss. Per un'accurata analisi della pronuncia, v. M. CERBONE, *Limiti costituzionali dello* spoils system *della dirigenza regionale*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2006, n. 3, p. 728 e ss.

(83) E quelli di direttore generale di enti pubblici vigilati dallo Stato, v. art. 7, co. 3°, l. n. 145/2002.

(84) A cominciare, quindi, dalla legge delega n. 421/1992, che ha dato luogo al d.lgs. n. 29/1993 (con il quale si è effettuata la c.d. "prima privatizzazione"); passando per la c.d. "seconda privatizzazione", e quindi per la legge delega n. 59/1997 ed i relativi decreti delegati, il n. 80/1998 ed il n. 387/1998, fino ad arrivare al provvedimento oggetto della pronuncia, vale a dire la l. n. 145/2002.

(85) Corte cost. n. 103/2007, punto 8 del Considerato in diritto.

(86) In questo senso, la sentenza fa il raffronto con il modello precedente, «incen-

prendendo quanto detto in precedenza ([87]), si afferma che la contrattualizzazione della dirigenza non implica che la pubblica amministrazione abbia la possibilità di recedere liberamente dal rapporto: "se così fosse […], si verrebbe ad instaurare uno stretto legame fiduciario tra le parti, che non consentirebbe ai dirigenti generali di svolgere in modo autonomo e imparziale la propria attività gestoria". Tanto basta per argomentare che una "cessazione automatica, *ex lege* e generalizzata degli incarichi dirigenziali di livello generale […] si pone in contrasto con gli artt. 97 e 98 della Costituzione": una disposizione di tal tipo, determinando un'interruzione automatica del rapporto d'ufficio, "viola, in carenza di garanzie procedimentali, gli indicati principi costituzionali e, in particolare, il principio di continuità dell'azione amministrativa che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa" ([88]). Va precisato che la norma oggetto del giudizio prevedeva una forma particolare di *spoils system*, c.d. *una tantum,* che si innescava – del tutto automaticamente – allo spirare del sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge. Ad ogni buon conto, le argomentazioni utilizzate dalla Corte si prestano senza dubbio ad una riflessione, di più ampio respiro, riguardante l'intera questione dello *spoils system.* Altra notazione da fare, sulla quale si tornerà in seguito, è quella relativa all'esplicita esclusione, da parte della Consulta, della dirigenza "apicale", vale a dire di figure quali i segretari generali di ministeri, i dirigenti di strutture articolate al loro interno in direzioni generali e quelli di livello equivalente.

Su analoga base argomentativa poggia la sentenza n. 104 del 2007, che, dopo aver rilevato la "distanza" che intercorre nei rapporti tra vertice politico e direttori di ASL, grazie all'esistenza di una molteplicità di livelli intermedi, sottolinea come la decadenza automatica non soddisfi l'esigenza di preservare un rapporto diretto tra organo politico e direttore ge-

---

trato esclusivamente sulla responsabilità ministeriale, che negava, di regola, attribuzioni autonome ed esterne agli organi burocratici».

(87) Si veda, a tal proposito, la sentenza n. 313/1996.

(88) Corte cost. n. 103/2007, punto 9.2 del Considerato in diritto.

nerale. Infatti, questa opera, del tutto "ciecamente", "anche nel caso in cui la compagine di governo regionale venga confermata dal risultato elettorale che ha portato all'elezione del nuovo Consiglio" ([89]). Quindi, sviluppando un ragionamento che tocca i medesimi punti della sentenza precedente, la Corte conclude affermando che "l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione esigono che la posizione del direttore generale sia circondata da garanzie; in particolare, che la decisione dell'organo politico relativa alla cessazione anticipata dall'incarico […] rispetti il principio del giusto procedimento. La dipendenza funzionale del dirigente non può diventare dipendenza politica. Il dirigente è sottoposto alle direttive del vertice politico e al suo giudizio, ed in seguito a questo può essere allontanato. Ma non può essere messo in condizioni di precarietà che consentano la decadenza senza la garanzia del giusto procedimento" ([90]).

Al di là delle apparenze, le citate pronunce della Consulta mostrano una precisa coerenza tra loro, consistente: da un lato, nel riconoscimento della fondamentale importanza del rispetto del principio di distinzione tra indirizzo politico-amministrativo ed attività di gestione, al fine di garantire il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa; dall'altro, nel convenire che, in riferimento ad incarichi "di vertice" – nei quali, l'*intuitus personae* si pone in termini di coessenzialità, in vista della coerente attuazione dell'indirizzo politico – sussistano esigenze differenti, che ben possono trovare espressione in un forte legame fiduciario ([91]). È questo, infatti, il senso dell'esplicita

(89) Corte cost. n. 104/2007, punto 2.7 del Considerato in diritto.
(90) Corte cost. n. 104/2007, punto 2.10 del Considerato in diritto.
(91) V., in proposito, M. RUSCIANO, *Dirigenze pubbliche e* spoils system, cit., punto 5; A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 127 e ss., in particolare p. 147, dove si evidenzia come la Corte costituzionale abbia dato rilievo costituzionale "ad un assetto di interessi contraddistinto dalla *separazione funzionale* e dalla *contiguità strutturale*"; ID., *Licenziamento del dirigente pubblico e organizzazione dopo la sentenza della Consulta n. 351 del 2008*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2009, n. 1, p. 111 e ss., in particolare pp. 135-140; v. anche G. NICOSIA, *Le opinioni della Corte Costituzionale su* spoils system, *fiducia e imparzialità negli incarichi di*

esclusione, da parte della pronuncia n. 103, della dirigenza "di vertice" dal percorso argomentativo e, nella n. 104, dell'accurata indagine tendente a comprendere la reale portata del rapporto intercorrente tra l'organo politico e il direttore generale della ASL.

A completamento di tale quadro, interviene la pronuncia n. 351 del 2008, con cui si dichiara incostituzionale un'altra norma della Regione Lazio, strettamente collegata con quella oggetto della sentenza n. 104/2007: in quest'occasione il legislatore regionale aveva tentato di "sfuggire" alla reintegrazione obbligatoria del dirigente, il quale, colpito da una forma di *spoils system*, successivamente dichiarata incostituzionale, avesse preteso nuovamente l'incarico sottrattogli. A tal riguardo, la Consulta sottolinea come "nel settore pubblico il potere dell'Amministrazione di esonerare un dirigente dall'incarico e di risolvere il relativo rapporto di lavoro, è circondato da garanzie e limiti che sono posti *non solo e non tanto* nell'interesse del soggetto da rimuovere, *ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi*" ([92]); ed è sulla base di tali interessi che la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale delle norme che prevedevano l'automatica decadenza dei dirigenti in questione. Se, quindi, l'interesse collettivo è quello all'imparzialità ed al buon andamento dell'Amministrazione – e la rimozione automatica e senza garanzie di quel dirigente contrasta con tali principi – si capisce come l'unico modo per ripristinare le condizioni per il rispetto dei principi dell'art. 97 Cost. sia la "restituzione" al dirigente dell'incarico indebitamente sottrattogli. Infatti, rileva la Corte, il riconoscimento al dirigente rimosso automaticamente e senza contraddittorio di un ristoro economico "non attenua in alcun modo il pregiudizio da quella rimozione arrecato all'interesse collettivo all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione": anzi, si può tranquillamente dire che – in detta ipotesi – tale pregiudizio venga

funzione dirigenziale:il "caso Speciale"è davvero speciale?, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni,* 2007, n. 2, p. 497 e ss.

(92) Corte cost. n. 351/2008, punto 2 del Considerato in diritto, mio il corsivo.

aggravato. La collettività, infatti, si troverebbe a dover subire anche un costo finanziario aggiuntivo, costituito dall'indennità da riconoscersi ai dirigenti illegittimamente rimossi, cui si aggiungono le retribuzioni ([93]).

Se le sentenze nn. 103 e 104 erano state generalmente accolte con favore dalla dottrina, lo stesso non può dirsi per la n. 351 e per la c.d. "costituzionalizzazione" della reintegra: in particolare, ci si è chiesti se tale strumento non strida con il rilievo centrale, riconosciuto nelle pronunce precedenti, all'elemento dell'*intuitus personae* ([94]), funzionale – anch'esso – al principio del buon andamento ([95]). In realtà, salvo quanto si dirà nel paragrafo successivo, non pare che la Corte abbia dato, nelle diverse pronunce, un differente "peso" all'elemento dell'*intuitus personae*, potendosi ragionevolmente spiegare la c.d. costituzionalizzazione della reintegra con l'esclusione, posta alla base dell'argomentazione contenuta nella sentenza n. 104/2007, dei direttori di ASL dal novero dei dirigenti "apicali": "nell'assetto organizzativo regionale – constata la Corte – vi è una molteplicità di livelli intermedi lungo la linea di collegamento che unisce l'organo politico ai direttori generali delle ASL" ([96]). In questo senso, i giudici non riconoscono tali soggetti come appartenenti all'insieme di figure per le quali è necessario preservare, al punto da riconoscere valore determinante all'*intuitus personae,* la "coesione tra l'organo politico regionale […] e gli organi di vertice del potere buro-

(93) *Idem.*
(94) V. A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici,* cit. pp. 149-151.
(95) Ed in questo senso, A. ZOPPOLI, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici,* cit., p. 151, avanza anche l'ipotesi che, contestualizzando la sentenza 351/08 in seno alla più complessiva, recente, giurisprudenza della Corte, "possa risultare ragionevole una tutela di carattere anche soltanto economico: un "costo" del licenziamento illegittimo del dirigente apicale, a carico della collettività (contro cui la Corte, comprensibilmente, punta il dito) giustificato dal marcato riconoscimento dell'*intuitus,* pur sempre funzionale al "buon andamento"". L'A. precisa poi che ciò non comporterebbe che il politico, di questo "costo" non debba rispondere, anzi: "secondo la logica propria di una vera democrazia, dovrà renderne conto agli amministrati con la massima trasparenza possibile".
(96) Corte cost. n. 104/2007, punto 2.7 del Considerato in diritto.

cratico" ([97]): in altre parole, considerata la mediazione tra l'organo politico e le figure in questione, operata da "strutture dipendenti dalla Giunta", non risulta tutelabile, nei confronti di tali nomine, la rilevanza *in via esclusiva* dell'*intuitus personae*, dovendo ricorrere – per potersi legittimamente procedere alla revoca degli incarichi – anche altri presupposti, quali quelli inerenti alla responsabilità dirigenziale.

In definitiva, la Corte mostra di accogliere, nel quadro dei principi costituzionali in materia di azione amministrativa, un concetto di *spoils system* strettamente legato ai limiti imposti dall'indispensabilità – oltre che dalla perdurante vigenza – del principio di distinzione tra attività di indirizzo politico ed attività di gestione: in questo senso, detto principio funge tanto da criterio di legittimazione dello s*poils system*, quanto da suo intrinseco limite, dovendosi restringere l'ambito di ammissibilità dell'istituto ai soli incarichi nei quali l'*intuitus personae* si ponga in termini di irrinunciabilità per la corretta attuazione dell'indirizzo politico. La soglia, cioè, dell'ingerenza del potere politico nei ranghi dell'amministrazione è rinvenibile in quelle figure necessariamente strumentali al primo, al fine di non incorrere in responsabilità politica, secondo le regole democratiche, o – per le amministrazioni centrali – in quella c.d. ministeriale, ai sensi dell'art. 95 Cost.

5. *La dicotomia* staff/line *come declinazione del principio di separazione funzionale tra politica ed amministrazione*

La verifica del grado di corrispondenza delle norme del d.lgs. n. 150 ai principi della delega richiede preliminarmente una distinzione tra la funzione di un organismo di legittimità – quale, appunto, la Corte costituzionale – e la funzione del legislatore, qualora si trovasse a dover intervenire in una materia oggetto, ripetutamente, di sindacati di legittimità costitu-

(97) V. Corte cost. n. 233/2006, espressamente richiamata da Corte cost. n. 104/2007.

zionale. Se il primo non può che contenere le proprie pronunce nei limiti di quanto portato all'attenzione del giudicante, ovviamente motivando in maniera adeguata, il secondo, nel porre mano a riforme legislative, non può che seguire una precisa e coerente linea di politica del diritto, pena il rischio di approvare norme confusionarie e con punti di forzatura: tanto logica, quanto sistematica.

In realtà, già dai principi della delega – ribaditi, tra l'altro, nell'art. 37 del d.lgs. n. 150/2009 – si evince una scarsa chiarezza nelle finalità dell'intervento ([98]), che, infatti, tenderebbe sì a "rafforzare il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza, nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia", ma, allo stesso tempo, "*regolando* il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la *piena e coerente* attuazione dell'indirizzo politico in ambito amministrativo" ([99]): non che le due cose siano astrattamente in contrasto tra loro, ma si può senz'altro dire che, sin dalle norme di apertura, il legislatore pare voler dare, come si suol dire, "un colpo al cerchio ed uno alla botte", a discapito dell'univocità delle norme che ci si appresta ad emanare.

Tale ambiguità può dirsi confermata dal nuovo testo dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/01 che, pur apportando alcune modifiche, di cui si tratterà, lascia sostanzialmente inalterato il meccanismo di decadenza automatica dei "vertici" amministrativi ([100]), senza preoccuparsi di creare una linea di demarcazione più netta tra le c.d. "nomine fiduciarie" e la c.d. "diri-

(98) Genericità presente anche nella delega, dove al legislatore delegato viene imposto di adeguarsi ai principi "desumibili anche dalla giurisprudenza costituzionale": i principi della delega, in questo caso, risultano fissati *per relationem*, lasciando comunque al Governo ampia discrezionalità nel selezionarli; così A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, cit., p. 21 del dattiloscritto.

(99) V. art. 6, 1° co., l. 4 marzo 2009, n. 15, riprodotto all'art. 37 del d.lgs. n. 150/2009, mio il corsivo.

(100) Vale a dire, i soggetti di cui al 3° comma della norma, e cioè: "i Segretari generali di ministeri, gli incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli equivalenti".

genza professionale". In particolare, l'adeguamento ai principi desumibili dalla giurisprudenza costituzionale – caldeggiato dalla delega – è sicuramente riscontrabile nell'inserimento del comma 1 *ter* all'interno dell'art. 19, che dispone, da un lato, che "gli incarichi dirigenziali possono essere revocati esclusivamente nei casi e con le modalità di cui all'articolo 21" e, dall'altro, che "l'amministrazione che, in dipendenza dei processi di riorganizzazione, ovvero alla scadenza, in assenza di una valutazione negativa, non intende(a) confermare l'incarico conferito al dirigente, è tenuta a darne idonea e motivata comunicazione al dirigente stesso con un preavviso congruo, prospettando i posti disponibili per un nuovo incarico": in tale norma appare chiaro l'intento del legislatore di correlare l'ipotesi di mancata riconferma dell'incarico a quelle "specifiche garanzie" più volte invocate dalla Consulta.

Tuttavia, sviluppando le considerazioni fatte dalla Corte costituzionale in merito al principio di distinzione tra politica ed amministrazione ed all'importanza del suo riverberarsi sulle procedure di scelta e di conferimento degli incarichi agli organi di gestione, desta perplessità la scelta di non voler incidere sulla linea di ripartizione tra incarichi "apicali" e non, lasciando del tutto incerti – o, comunque legati alla verifica "caso per caso" – i confini di tale area "di vertice". Infatti, se in relazione a questi l'*intuitus personae* si rivela determinante, appare di primaria importanza stabilire, una volta per tutte, *quali* sono gli incarichi per cui lo *spoils system* è costituzionalmente ammissibile, basando il *discrimen* sul tipo di funzioni esercitate.

Va posto in evidenza che il comma 8° dell'art. 19 consente tuttora la cessazione automatica degli incarichi dirigenziali di "livello superiore" ([101]), "decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo". Tale disposizione, pur se costituzionalmente legittima, in quanto riferita esclusivamente alle figure

(101) Ovvero quelli elencati al comma 3° della medesima disposizione, e precisamente: "Gli incarichi di Segretario generale di ministeri, gli incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente".

di vertice dell'Amministrazione, comunque finisce per "forzare" la filosofia posta alla base del principio di autonomia ed indipendenza dell'attività di gestione, rispetto a quella di indirizzo politico. Infatti, tali soggetti, anche se al vertice della struttura amministrativa – ovvero della c.d. *line* – fanno pur sempre parte di questa: di conseguenza, una disposizione che si inserisca prepotentemente all'interno del gioco delle nomine di dette figure, inevitabilmente va a stridere tanto con il principio di distinzione tra politica ed amministrazione, consacrato anche in sede di giudizio di legittimità costituzionale, quanto con quello di continuità dell'azione amministrativa, inscindibilmente legato al concetto di buon andamento, contemplato dall'art. 97 Cost. ([102]).

In questo senso, la distinzione funzionale da operarsi tra *staff* e *line* appare di fondamentale importanza: il primo, infatti, sta ad indicare i c.d. "uffici di diretta collaborazione" dell'organo politico, la cui funzione è sicuramente ravvisabile nel porsi come strumento sia di definizione e di attuazione dell'indirizzo politico-amministrativo, deciso dal vertice politico, sia – nel perseguire tale puntuale attuazione – di raccordo con la struttura amministrativa propriamente intesa ed indicata con la c.d. *line.* Nel solco di tale distinzione, i soggetti inquadrabili nel c.d. "livello superiore" della dirigenza ([103]) – in ossequio alla vigente normativa, liberamente sottoponibili allo *spoils system* – sicuramente afferiscono alla *line*, ovvero, in termini funzionali, al versante "amministrativo" della struttura. Ed è in riferimento a tale considerazione che lo strumento dell'automatica cessazione degli incarichi, decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo, appare senza dubbio eccessivo: si tratta sì di "vertici", ma sempre appartenenti all'ambito della *line*, vale a dire dell'organizzazione – secondo un principio di gerarchia – degli uffici preposti all'attività di gestione delle pubbliche amministrazioni.

Tale distinzione funzionale tra uffici, d'altronde, è consa-

(102) V. a tal riguardo, la sentenza della Corte costituzionale n. 103 del 2007, al punto 9.2 del Considerato in diritto.
(103) Vale a dire, quelli indicati al comma 3° dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001.

crata – in maniera alquanto significativa – anche a livello normativo: già nella versione precedente al d.lgs. n. 165/2001, la formulazione dell'art. 14 del d.lgs. n. 29/1993 ([104]), così come modificato ed integrato dai successivi interventi normativi, disponeva che, per l'esercizio delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo "il Ministro si avvale di uffici di diretta collaborazione, aventi esclusive competenze di supporto e di raccordo con l'amministrazione" e, a tal fine, disciplinava peculiari modalità di assegnazione del personale a detti uffici, considerata la forte necessità di tutelare l'elemento dell'*intuitus personae* ([105]). Come sottolineato a suo tempo, la previsione riguardante la costituzione di uffici di diretta collaborazione dell'organo politico costituisce un'importante innovazione, in quanto si tratta di "un ulteriore elemento per l'attuazione del principio di distinzione" ([106]); in questo senso, si è fatto anche notare come la costituzione di uffici di diretta collaborazione avrebbe dovuto assurgere a livello di principio generale, valido per tutte le pubbliche amministrazioni nelle quali rileva il principio di distinzione. Di conseguenza, migliore collocazione – per tale norma – sarebbe stata nell'ambito del Titolo I: precisamente, nell'articolo 3 del decreto 29, rubricato "Indirizzo politico-amministrativo. Funzioni e responsabilità" ([107]).

Assolutamente coerente rispetto alle funzioni di tali organi è l'aggiunta, nell'ambito del 2° comma dell'art. 14 del decreto 165 ([108]), di un analogo meccanismo di decadenza automatica dagli incarichi, secondo cui: "All'atto del giuramento del Ministro, tutte le assegnazioni di personale, ivi compresi gli incarichi anche di livello dirigenziale e le consulenze e i contratti,

(104) Il cui contenuto è confluito, poi, nell'art. 14 del d.lgs. n. 165/2001.
(105) V. art. 14, 2° co. del d.lgs. n. 29/1993 e successive modificazione ed integrazioni.
(106) V. F. MERLONI, *Art. 14*, in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle pubbliche amministrazioni*, cit. p. 1138.
(107) *Idem*, p. 1139.
(108) V. l'art. 1, comma 24-*bis* del d.l. 18 maggio 2006, n. 181, convertito, con modificazioni, in legge 17 luglio 2006, n. 233.

anche a termine, conferiti nell'ambito degli uffici di cui al presente comma, decadono automaticamente ove non confermati entro trenta giorni dal giuramento del nuovo Ministro". E' chiaro come, rispetto a tali funzioni, lo *spoils system* si giustifichi perchè regola specificamente gli incarichi del c.d. *entourage* dell'organo politico, funzionale – appunto – all'*esclusivo supporto e raccordo con l'amministrazione* dell'organo stesso.

A questo punto, spontanea sorge la domanda sul perché l'organo politico debba decidere, oltre che – com'è naturale – le nomine relative agli uffici di diretta collaborazione, anche quelle delle figure di vertice della *line*, ovvero della struttura amministrativa dell'ente. Tale interrogativo si fa ancora più pressante se si considera il meccanismo "piramidale" di assegnazione degli incarichi nell'ambito degli uffici deputati alla gestione: com'è stato opportunamente evidenziato, infatti, l'affidamento degli incarichi ai dirigenti di livello inferiore riproduce il circuito tra vertici politici e dirigenti apicali, ovvero sono questi ultimi che conferiscono gli incarichi alla dirigenza c.d. di base; in tal modo, "grazie alla catena tra i meccanismi di preposizione alle funzioni dirigenziali, gli organi politici mantengono un forte potere di influenza sulla nomina di tutti i dirigenti" ([109]). In questo senso, spostando l'attenzione sul sistema elettorale, si intuisce chiaramente l'inaccettabilità di una trasposizione, nella struttura amministrativa, del c.d. "bipolarismo": con il risultato che diventerebbe naturale l'allineamento di *tutta* la dirigenza pubblica alla maggioranza di Governo, abbandonando la logica – giova ripeterlo – "costituzionale" della distinzione tra attività di indirizzo politico e attività di gestione.

Altra considerazione è quella secondo cui bisogna tenere ben presente che, disconoscendo lo *spoils system* in relazione ad incarichi di vertice dell'amministrazione, non si intende in alcun modo negare il diritto dell'organo politico ad avere una

(109) Così A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico,* cit., p. 9 del dattiloscritto.

dirigenza "collaborativa": nulla vieta, infatti, che la revoca dell'incarico avvenga all'esito di un procedimento, così come stabilito dall'art. 21, ovvero che sia accompagnata, molto più semplicemente, almeno da una motivazione riguardante le ragioni poste alla base della rimozione. In altre parole, la rilevanza della fiducia tra le due figure è assolutamente fuori discussione: non è affatto detto, però, che tale elemento venga mortificato dalla predisposizione di un meccanismo non automatico, ferma restando l'"agevole rimovibilità" del dirigente scarsamente collaborativo.

Si può, dunque, condividere l'ulteriore distinzione funzionale – all'interno della dirigenza – tra "dirigenza fiduciaria" e "dirigenza professionale", suscettibili di tutele differenti, a seconda delle funzioni ([110]). Solo una differenziazione in tal senso, infatti, appare in grado di sanare la grave contraddizione insita, da un lato, nell'affermazione del principio di distinzione tra "politica" e "amministrazione" e, dall'altro, nella previsione di gravi forme di ingerenza dell'una sfera nei ranghi dell'altra.

È chiaro, che uno schema del genere andrebbe applicato tanto alle amministrazioni centrali dello Stato, quanto a quelle regionali o degli Enti locali: qui non sono in discussione specifiche modalità operative, bensì canoni generali cui ispirare e declinare la coerente realizzazione del principio di distinzione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e attività di gestione. L'avvenuto, reiterato, riconoscimento di quest'ultimo quale strumento di diretta attuazione delle norme costituzionali sulla pubblica amministrazione rende lampante l'assoluta rilevanza ed urgenza di una sua coerente interpretazione da par-

(110) V. M. RUSCIANO, *Dirigenze pubbliche e* spoils system, cit., *infra* §6, secondo cui: "lo *spoils system* può essere considerato costituzionalmente legittimo, per determinati incarichi, non perché questi siano "apicali", ma perché sono "fiduciari": caratterizzati, cioè, da un tale *intuitus personae*, da negare in radice il senso della distanza dalla politica e, se si vuole, dell'imparzialità". Aderiscono a tale posizione, auspicando una differenziazione a livello legale tra dirigenza "fiduciaria" e dirigenza "professionale" anche F. MERLONI, *Gli incarichi fiduciari*, in D'ALESSIO (a cura di), *L'Amministrazione come professione*, cit., p. 117 e ss. e A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, cit., p. 43 del dattiloscritto.

te del legislatore ordinario.

6. *La dirigenza negli Enti locali: profili di specialità*

Sulla base di quanto detto, risulta agevole cogliere i tratti caratteristici che connotano il sistema degli Enti locali, in rapporto alla disciplina della dirigenza. Qui, infatti, rileva: da un lato, la dimensione, spesso molto ridotta, dell'ente ([111]) e, dall'altro, il rapporto diretto – a seguito della riforma del sistema elettorale – che si viene ad instaurare tra il vertice politico dell'ente e l'elettorato, determinando un forte controllo dell'opinione pubblica sull'effettiva realizzazione del programma. Da ciò scaturisce la tendenza a porre, all'interno del rapporto tra "politica" ed "amministrazione", l'accento sul primo termine della relazione, prestando una forte attenzione alla "fiduciarietà" degli incarichi: fino a determinare, non di rado, una effettiva preminenza del vertice politico rispetto all'apparato dirigenziale e – di conseguenza – un sostanziale aggiramento del principio di distinzione tra le due sfere ([112]). Specialmente negli Enti locali, infatti, il problema ruota tutto intorno alla *giusta quota di dirigenza fiduciaria*: tema che, come evidenziato, "si sviluppa concettualmente tra "valore precettivo" ed "intrinseca capacità di adattamento" dello schema normativo costituzionale disegnato dall'art. 97 Cost." ([113]).

Innanzitutto, vanno prese in considerazione le norme poste, già prima della riforma del Titolo V della Costituzione ([114]), dal d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che disciplinano: la compe-

(111) Già si è citato M. CERBONE, *L'impatto della riforma sul lavoro pubblico locale*, cit., pp. 171-172, in particolare nota 9, che sottolinea come, specialmente nei piccoli comuni, non esista neppure la figura del dirigente, essendo questa sostituita dalle c.d. "posizioni organizzative".

(112) Così A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, cit., pp.15-16 del dattiloscritto.

(113) M. CERBONE, *La gestione*, in R. MERCURIO, A. ZOPPOLI (a cura di), *Politica e amministrazione nelle autonomie locali. La comunicazione nel ciclo direzionale integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p. 57.

(114) V. quanto detto in proposito nel paragrafo sulle fonti.

tenza di sindaci e presidenti di provincia a nominare i responsabili di uffici e servizi, nonchè ad attribuire e definire gli incarichi dirigenziali e di collaborazione esterna ([115]); la possibilità di prevedere, per via regolamentare, la costituzione di "uffici posti alle dirette dipendenze del Sindaco, del Presidente della Provincia, della Giunta o degli assessori" ([116]); la facoltà, per i sindaci di comuni superiori a 15.000 abitanti e per i presidenti della provincia, di "nominare un direttore generale, al di fuori della dotazione organica e con contratto a tempo determinato" ([117]); la possibilità di copertura dei posti di responsabile dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, mediante contratti a tempo determinato, di durata non superiore al mandato elettivo del vertice politico ([118]).

Da questo insieme di norme è facile intuire che, nell'economia degli Enti locali, la quota della dirigenza fiduciaria finisce per avere un peso decisivo nell'apparato amministrativo, al punto da divenire un'*occupazione* dei posti cruciali di quest'ultimo ([119]). Di conseguenza, la durata dell'incarico può essere legata in via diretta alla durata del mandato politico e risulta fortemente acutizzato il fenomeno dell'"impermeabilità" tra l'area "fiduciaria" e quella "professionale" della dirigenza. Inoltre, con riferimento al binomio programmazione/gestione, siffatta spaccatura comporta l'esclusione della dirigenza professionale da qualsiasi momento partecipativo, oltre che dalla programmazione politica: il rischio, quindi, è di precludere, in sede di programmazione, la fissazione di obiettivi di lungo periodo, per non parlare della c.d. programmazione permanente ([120]). In sostanza, facendo prevalere la "dirigenza fiduciaria", si rischia di disperdere completamente quella funzione di "continuità" che solo la dirigenza professionale

(115) V. art. 50, 10° comma, d.lgs. n. 267/2000.
(116) V. art. 90, 1° comma, d.lgs. n. 267/2000.
(117) V. art. 108, 1° comma, d.lgs. n. 267/2000.
(118) V. art. 110, commi 1 e 3, d.lgs. n. 267/2000.
(119) V. M. CERBONE, *La gestione,* cit., pp. 58-59.
(120) *Idem,* p. 59.

è in grado di assicurare nell'attività di gestione dell'ente locale ([121]): infatti, questa è l'unica che, a garanzia della propria imparzialità, viene – per via legislativa – posta al riparo dalle vicende politiche contingenti, che possono interessare il vertice dell'ente.

Come si è detto, una simile situazione va ricondotta al forte contatto che negli Enti locali si realizza tra vertice politico e base elettorale, per cui, nella realizzazione del programma su cui si è ottenuto il consenso, spicca la responsabilità politica del primo ([122]); in questo senso, la *ratio* del peso preponderante conferito alla dirigenza di nomina politica andrebbe ravvisata "nell'intendimento di far sì che alla scelta nel senso dell'elezione diretta di Sindaco e Presidente della Provincia, consegua che la base ed il consenso popolare di cui essi godono trovino la propria ragione di essere nella concreta possibilità di potere attuare il programma" ([123]).

In sostanza, se già nelle Amministrazioni centrali o regionali la linea di demarcazione tra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo e quelle di gestione appare tutt'altro che netta, figurarsi negli Enti locali, dove, complici le ridotte dimensioni dell'ente ed il meccanismo di elezione diretta, l'area di ingerenza della politica risulta sensibilmente ampliata: in questo senso, si è arrivati a parlare, relativamente alla ripartizione funzionale all'interno di tali amministrazioni, di "funzione di amministrazione-politica (anziché politico-amministrativa) e di funzione di amministrazione-gestionale

(121) A tal riguardo merita di essere segnalata la posizione di chi suggerisce il coinvolgimento della dirigenza "professionale" anche nella definizione degli obiettivi, parlando addirittura di "negoziabilità" degli stessi tra politica e dirigenza: si afferma, infatti che "può ritenersi "consigliabile" che, per l'assegnazione degli obiettivi, vengano utilizzati atti consensuali o, comunque, atti strutturalmente aperti, che prevedano, cioè, nel proprio *iter* formativo, significativi momenti di confronto tra chi pone l'indirizzo politico e chi ha la responsabilità gestionale dell'attuazione degli obiettivi"; v. M. CERBONE, *La gestione,* cit., p. 55.

(122) Così A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico,* cit., p. 15 del dattiloscritto.

(123) L. A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale tra «rapporto di fiducia» e «principio di separazione» delle funzioni politico-amministrativa e gestionale,* in *Le Regioni*, 2002, n. 1, p. 20 e ss, qui p. 37.

(anziché di gestione *tout court*)" ([124]); espressioni che pongono nel giusto rilievo l'inscindibile posizione di contiguità dell'organo politico con quello burocratico.

Si è già detto dell'importanza di tracciare una linea di distinzione netta tra quell'area della dirigenza, funzionale alla collaborazione ed al raccordo dell'organo politico con l'apparato burocratico, e l'altra, deputata esclusivamente all'attività di gestione: in relazione agli Enti locali, quindi, si può solo evidenziare come la necessità di una disciplina comune a tutte le amministrazioni pubbliche, che tenesse nel debito conto le peculiari caratteristiche di questi ultimi, fosse sentita ancor di più che con riferimento alle Amministrazioni centrali. Dunque, alla luce dell'intervento del 2009, gli auspici espressi in merito dalla dottrina sono da considerarsi profondamente delusi ([125]): senza dubbio, l'occasione di rafforzare il principio di distinzione tra politica ed amministrazione è stata sprecata; per non parlare, poi, del problema delle varie conseguenze organizzative ([126]), rispetto alle quali il d.lgs. n. 150/2009 "prudentemente" tace.

(124) *Idem*, p. 39.
(125) V. A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, cit., p. 15 del dattiloscritto.
(126) F. MERLONI, *Distinzione tra politica e amministrazione e* spoils system, in F. MERLONI, A. PIOGGIA, R. SEGATORI (a cura di), *L'Amministrazione sta cambiando?*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 47 e ss.

Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica nel d.lgs. n. 150/2009: l'applicazione a Regioni ed Enti locali

di Pasquale Monda

Sommario
1. *Lo stato dell'arte in tema di valutazione della dirigenza.* – **2.** *L'approccio metodologico impiegato dal legislatore.* - **3.** *La definizione dei sistemi di valutazione ed i titolari della funzione valutativa.* – **4.** *Le novità connesse agli obiettivi organizzativi dei dirigenti.* – **5.** *Le innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 150/09 rispetto agli ambiti di valutazione dirigenziale.* – **6.** *Le interferenze normative nello svolgimento delle prerogative datoriali ed i riflessi sulla valutazione.* – **7.** *La difficile, ma necessaria, distinzione tra la responsabilità dirigenziale e quella disciplinare.* – **8.** *L'impatto delle novità in tema di valutazione su Regioni ed enti locali.*

1. *Lo stato dell'arte in tema di valutazione della dirigenza*

È opinione condivisa che uno dei principali punti deboli della riforma degli anni '90 vada rinvenuto nel mancato decollo della valutazione della dirigenza e del restante personale ([1]). Concentrando l'esame sugli aspetti legati al primo profilo, condizione indispensabile per la conseguente valutazione del personale, è opportuno considerare che si tratta di un aspetto essenziale ed ineliminabile nell'architettura sistematica della riforma; tuttavia, fino ad oggi, non c'è stato un reale e adeguato interesse nei suoi confronti e, di conseguenza, il modello di organizzazione e gestione degli enti pubblici, generatosi a partire dal d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, risulta gravemente monco. Lo strumento di cui si discorre è di primaria importanza

(1) L. ZOPPOLI, *A dieci anni dalla riforma Bassanini: dirigenza e personale*, in *Lav. Pub. Amm.*, p. 1 ss., 2008; L. BORDOGNA, *Per una maggiore autonomia dell'alta dirigenza pubblica: una proposta*, in *WP Massimo D'Antona*, n. 92/2009, in *www.lex.unict.it*

nel costruire una moderna figura di dirigenza pubblica diretta ad esprimere la "logica dell'organizzazione" ([2]); una risorsa preziosa di cui avvalersi per far in modo che l'organizzazione realizzi uno specifico programma politico, erogando risultati competitivi e di qualità. Solo attraverso la valutazione, istituti quali il conferimento dell'incarico, la disciplina premiale e la responsabilità dirigenziale esprimono una reale forma di "tensione verso l'organizzazione". In questo contesto, tra l'altro, le accuse di ravvisare nel modello privatistico eccessive aperture verso elementi di soggettività si ridimensionano, trattandosi di un momento necessario per conseguire una vera responsabilizzazione dei protagonisti dell'organizzazione ([3]).

Enfatizzare la valutazione delle *performance* del dirigente significa anche indurlo ad esercitare le capacità ed i poteri del privato datore di lavoro in vista del risultato da conseguire. Il dirigente è indotto responsabilmente a definire la propria strategia avvalendosi degli strumenti che la legge gli riconosce: potere direttivo, potere di controllo, potere sanzionatorio, valutazione del personale e analisi della *performance* in una prospettiva di miglioramento e apprendimento, gestione dei premi. E di tutto ciò si assumerà la necessaria responsabilità rispetto all'organizzazione di cui fa parte.

La valutazione della dirigenza riceve una prima regolamentazione già nel d.lgs. n. 29/93 ([4]), ma è sicuramente con il d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286 che si assiste alla configurazione di una disciplina organica ed integrata dei controlli interni. La fonte normativa da ultimo citata sicuramente presentava incer-

(2) M. RUSCIANO, *Contributo alla lettura della riforma dell'impiego pubblico,* in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1993.

(3) Più ampiamente sul punto v. A. ZOPPOLI, *Licenziamento del dirigente pubblico e organizzazione dopo la sentenza della Consulta n. 351 del 2008,* in *Dir. Lav. Mer.*, p. 111 ss., 2009.

(4) Si tratta di una disciplina che nel suo complesso poneva non poche difficoltà legate prevalentemente alla sua profonda rigidità ed al suo contenuto dirigista. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a V. AMIRANTE, Sub *art. 20*, in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, (a cura di) (1999), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (D.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29). Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, p. 1173 ss.

tezze e talune mancanze. Non si può non evidenziare come il d.lgs. n. 286/99 fosse contrassegnato da una scarsa chiarezza rispetto ai meccanismi di assegnazione degli obiettivi, o come talune delle soluzioni adottate abbiano concorso ad indebolire gli organi della valutazione. Ciò è avvenuto, ad esempio, per i nuclei di valutazione in ragione dell'assenza di chiari interventi volti a preservarne l'autonomia funzionale ed a definirne esattamente il ruolo.

Alle difficoltà strutturali si è poi aggiunto un clima di sostanziale inattuazione delle logiche socio-organizzative sottese al d.lgs. n. 286/99, per ragioni riconducibili tanto alla dirigenza tanto alla politica. È opinione condivisa, infatti, che la componente politica abbia di fatto rinunciato a governare attraverso la definizione di strategie realmente competitive ([5]). A ciò si aggiunge una posizione simmetrica in capo ai dirigenti, per i quali l'attivazione dei sistemi di valutazione significa vedere incrementata (o come sarebbe più corretto dire enfatizzata) la responsabilità connessa alla propria posizione ([6]). Quanto detto ha prodotto uno scambio inevitabile tra politici e dirigenti ([7]) sulla cui base i primi si "intrometterebbero, di fatto, nella gestione amministrativa", mentre i secondi riceverebbero "la 'monetizzazione' (aumenti retributivi non fondati sulla valutazione dei risultati della gestione) dell'assunzione in via esclusiva delle responsabilità attinenti all'esercizio delle funzioni". Tale degenerazione ha indubbiamente sacrificato l'attivazione di un circuito virtuoso incentrato sul buon andamento gestionale, con un consequenziale appiattimento di chi è chiamato ad assolvere il ruolo di privato datore di lavoro sulla politica. In definitiva la

(5) A. NATALINI, *Controlli interni: la terza riforma*, in M. GENTILE (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato? La legge Brunetta su produttività e contrattazione*, Roma, Ediesse, 2009.

(6) S. BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2009, p. 475 ss.; V. TALAMO, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2009, p. 468 ss.

(7) In tal senso si esprime F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna, il Mulino, 2006.

contrapposizione dialettica tra i due poli dell'organizzazione, insita tra l'altro nella stessa logica del principio di distinzione tra compiti politici e dirigenziali, andrebbe incontro all'inevitabile implosione.

In reazione a tale stato di cose molteplici sono state le denunce e le proposte formulate da autorevoli studiosi. Così come, al fine di rilanciare il ruolo della valutazione, numerosi sono i tentativi intrapresi: un significativo esempio può essere rinvenuto nel Memorandum d'intesa sul lavoro pubblico ([8]). Ad esso va riconosciuto il merito di aver dedicato un certo spazio al tema della produttività e della centralità del cittadino, valorizzando strumenti finalizzati a consentire la misurabilità, la verificabilità e l'incentivazione della qualità dei servizi e delle funzioni pubbliche.

Si comprende, pertanto, che l'opportunità di un intervento normativo sul quadro giuridico della valutazione non è di per sé esclusa; la modifica dovrebbe seguire, però, una coerente linea di sviluppo rispetto al passato e, soprattutto, consentire di abbandonare l'*impasse* che la riflessione su tale tema ha imboccato nel dibattito dottrinale: estremizzare la necessaria presenza di garanzie procedimentali per escludere l'incombenza della politica e, così facendo, rinunciare alla logica del risultato ([9]).

Prendendo spunto dalle considerazioni espresse è possibile anticipare un dato che sarà più chiaro in seguito. Il tema della valutazione segue, nella sistematica del d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, una linea di sviluppo non sempre pienamente lineare rispetto ai pilastri concettuali fatti propri dal precedente sistema regolamentativo. Alla precisa scelta di valorizzare il

(8) Per una più ampia disamina si rinvia alle riflessioni di F. CARINCI, *Di buone intenzioni è lastricata la via dell'inferno*, in *Lav. Pub. Amm.*, 2006, 1043 ss; M. RUSCIANO, *A margine del Memorandum "Per una nuova qualità dei servizi e delle funzioni pubbliche"*, in *Dir. Lav. Mer.*, 2007, p. 229 ss.; L. ZOPPOLI, *Qualità dei servizi e del lavoro nell'eterna riforma delle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. Pub. Amm.*, 2007, p. 575 ss.

(9) L. ZOPPOLI, *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 31, 2009, p. 149 ss.

ruolo del dirigente, come titolare esclusivo dei poteri di gestione delle risorse umane (art. 6, l. 4 marzo 2009 n. 15 e in tal senso v. art 37 d.lgs. n. 150/09), si contrappone un complesso quadro normativo da cui affiorano molteplici forme di condizionamento della propria attività gestionale. Ciò, come sarà dimostrato, consegue in primo luogo al metodo impiegato, basato sull'attribuzione di veste normativa a regole organizzative, e, soprattutto, al progressivo indebolimento di quei canali attraverso cui il dirigente avrebbe dovuto esprimere la logica dell'organizzazione.

2. *L'approccio metodologico impiegato dal legislatore*

La valutazione, come strumento dotato di una funzione di carattere socio-organizzativo, presuppone delle innovazioni profonde nella gestione delle risorse umane fondate su tecniche, oltre che su logiche, dirette ad enfatizzare il risultato ed in cui essa stessa è integrata (*performance management*) ([10]). In tal senso si è progressivamente affermato, come dimostrano chiaramente taluni contratti collettivi, un metodo di lavoro basato sull'operare attraverso programmi e obiettivi, giacché funzionale a responsabilizzare e, contestualmente, a valorizzare l'autonomia, oltre al patrimonio professionale, che il capitale umano delle amministrazioni è in grado di esprimere ([11]). Si è poi messa in risalto l'utilità di impiegare le risorse disponibili in base alle rilevazioni prodotte dai sistemi di valutazione, al fine di conseguire una duplice finalità: sviluppare una tecnica di incentivazione ad agire in modo virtuoso; razionalizzare l'impiego delle risorse di cui ciascun ente dispone.

Non c'è dubbio che la contrattazione collettiva assume un

(10) In tal senso v. ARAN, *Valutazione delle performance e contratti collettivi*.

(11) Per la letteratura giuridica v. G. D'AURIA, *La valutazione dei dirigenti*, in E. F. SCHLITZER (a cura di), *Il sistema dei controlli nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffré, 2002, p. 102 ss. Per quella economica, naturalmente più vasta, si rinvia a M. DEL VECCHIO, *Dirigere e governare le amministrazioni pubbliche: economicità, controllo e valutazione dei risultati*, Milano, Egea, 2001.

ruolo di spicco in codesto modello ([12]), collegando la valutazione della *performance*, sia organizzativa che individuale, ad istituti quali: il trattamento economico, le progressioni economiche professionali o orizzontali, sistemi di incentivazione economica. A ciò si aggiunge, sotto la spinta del d.lgs. n. 286/99, l'impiego di molteplici strumenti nati nella gestione dell'azienda privata, come il controllo di gestione, e, soprattutto, la promozione di logiche programmatorie a tutti i livelli. Tuttavia, un ruolo da protagonista nella costruzione di validi sistemi di *performance management* con la valutazione al centro, nel modello generatosi a partire dagli anni 90, lo assolve il singolo ente.

La riforma dell'impiego pubblico, infatti, si fonda sull'idea che il perseguimento di risultati concreti richieda apparati organizzativi operanti secondo logiche di razionalità intrinseca con il conseguente venir meno della rigida predeterminazione normativa di ogni comportamento datoriale. A tal fine si valorizza l'auto-produzione, per opera di ogni singolo apparato amministrativo, di regole organizzative funzionali ad offrire all'utenza un servizio di qualità. Tale tecnica di regolamentazione, presentandosi più ferrea e più dinamica rispetto a quella legale, intende dotare l'organizzazione della capacità di rispondere prontamente alle variegate esigenze sociali. Si tratta di un modello, non c'è dubbio, refrattario ad interventi di regolamentazione estrinseca; le dinamiche operative che esso postula difficilmente sono attivabili per il tramite di normazioni eteronomamente definite.

Il legislatore della riforma introduce un elemento di discontinuità rispetto al passato, poiché valorizza in modo particolarmente forte il ruolo assunto dalla legge nella regolamentazione delle dinamiche micro-organizzative. La norma diventa lo strumento attraverso cui perseguire risultati efficienti ed efficaci. Le regole di governo dell'apparato amministrativo non sono più auto-prodotte in funzione delle peculiarità dei

(12) Per un approfondimento sul punto si rinvia al saggio di SANTUCCI in questa rivista.

servizi erogati, della dimensione di riferimento esterna e delle molteplici variabili di contesto con cui ogni organizzazione deve confrontarsi, ma sono frutto dell'attuazione di un comando di legge operante in modo unitario per tutte le amministrazioni, salvo quanto si dirà su Regioni ed enti locali. L'esempio più espressivo va rinvenuto proprio nella costruzione normativa di un ciclo di gestione delle *performance*. Affidare la sua configurazione ad una disciplina organica e dettagliata, come quella del d.lgs. n. 150/09, rischia di irrigidirne il funzionamento senza tener conto delle differenze tra le varie amministrazioni ([13]). Del resto, che la necessità di far fronte in modo reale ai bisogni della collettività implichi oramai un profondo ridimensionamento, rispetto al passato, della relazione tra organizzazione e regolamentazione legislativa è ben messo in luce da ampia letteratura ([14])

Tutto ciò genera il rischio di configurare l'attività di gestione come procedimento esecutivo di un comando legale con un risvolto duplice: innescare inevitabili processi di deresponsabilizzazione rispetto alla collettività tanto dei soggetti che la logica organizzativa devono esprimere tanto delle medesime strutture; aprire le porte della gestione all'eventuale sindacato del giudice. Così facendo si rischierebbe di utilizzare le logiche giuridico-formali, proprie del sindacato giurisdizionale, per una materia che richiede dei parametri analitici profondamente diversificati ([15]).

---

(13) G. REBORA, *Chi gestirà il cambiamento*, in *Risorse Umane*, 2009, p. 137 ss.

(14) Per la letteratura giuspubblicistica da ultimo v. SPASIANO M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003; a cui si aggiungono i molteplici scritti di IANNOTTA tra cui *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Riv. Dir. Amm.*, 1999.

(15) L'approccio seguito rischierebbe di indurre a tornare a quanto già dieci anni orsono affermavano A. ORSI BATTAGLINI, A. CORPACI, Sub *art. 4*, I, in 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). Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, p. 1096 ss. L'ingerenza del giudice nelle dinamiche interne all'amministrazione rappresenta un rischio ben noto alla storia del pubblico impiego. Per tutti si rinvia a quanto rileva E. ALES, *op. cit.*, e S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2000.

3. *La definizione dei sistemi di valutazione ed i titolari della funzione valutativa*

Il sistema di valutazione delle *performance* opera, come afferma l'art. 7 d.lgs. n. 150/09, su base annuale. Si tratta di una previsione la cui carica innovativa va esaminata tenendo conto del quadro normativo e contrattuale precedente alla riforma. Rispetto a tale problematica sia il d.lgs. n. 286/99 sia la contrattazione collettiva consentivano di distinguere una valutazione annuale ed una realizzata al termine dell'incarico. La valutazione annuale rinveniva la propria fonte regolamentativa nel d.lgs. n. 286/1999, come evidenziato dall'ormai abrogato art. 5, che ad essa esplicitamente si riferiva.

Maggiormente rilevanti sono le novità introdotte rispetto alle competenze nel definire il sistema di valutazione. Sotto la vigenza del d.lgs. n. 286/99 tale competenza spettava integralmente al singolo ente. Era una scelta che indubbiamente aveva il merito di consentire l'autonoma definizione, in considerazione cioè delle variabili di contesto connesse alla propria funzione, di modelli di valutazione delle *performance*. Tuttavia, la prassi ha dimostrato come le amministrazioni abbiano proceduto in ordine sparso, utilizzando tale autonomia non sempre in vista del conseguimento dei risultati ([16]). Si è resa, inoltre, molto difficile la possibilità di procedere a forme di *benchmarking* con la conseguenza di rendere i sistemi organizzativi "prigionieri" di loro stessi senza nessuna innovazione. Senza poi contare le numerose difficoltà incontrate nella valorizzazione delle *best practice*, che nel modello del d.lgs. n. 286/99 avevano una rilevante funzione. Alla loro implementazione era destinato un apposito organismo costituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Sul punto il d.lgs. n. 150/09 se, per un verso, mantiene ferma l'autonomia organizzativa del singolo ente, per altro ver-

(16) V. documento Anci *"Qualità del lavoro e buona amministrazione nei comuni. La proposta Anci su valutazione e responsabilità del personale"*.

so, conferisce alla Commissione di cui all'art. 13 il compito di formulare indirizzi di cui tener conto nella predisposizione di sistemi di valutazione e conferisce all'*Organismo indipendente di valutazione della performance* (OIVP) la funzione di garantirne la corretta attuazione, di monitorare il funzionamento complessivo del sistema della valutazione, di comunicare tempestivamente le criticità riscontrate ai competenti organi interni di governo ed amministrazione nonché alla Corte dei conti, all'Ispettorato per la funzione pubblica e alla Commissione di cui all'articolo 13. La diffusione, ad opera della Commissione nazionale, di quel *know-how* di fatto mancato alle pubbliche amministrazioni non deve, però, tradursi nell'adozione di metodi di valutazione estesi a tutti gli enti pubblici ed a tutto il personale, indipendentemente dall'attività svolta e dal contesto di riferimento. È opportuno considerare che il sistema di valutazione è uno strumento attraverso cui gestire le risorse di cui l'ente dispone e che, pertanto, "non esistono "modelli" di valutazione validi in assoluto; ciascuna amministrazione deve adottare le soluzioni tecniche più adeguate alle proprie caratteristiche organizzative, ai contenuti professionali del personale in servizio e alle proprie funzioni ed obiettivi …" ([17]).

Particolarmente problematica si presenta, invece, l'individuazione del titolare della funzione valutativa. Rispetto a tale tema il d.lgs. n. 286/99 prospettava un modello piramidale in cui il singolo dirigente era investito del compito di valutare i suoi sottoposti e, allo stesso tempo, esposto alla valutazione dei suoi superiori. Si trattava di una scelta che partiva dalla qualificazione della valutazione come strumento di supporto all'attività direzionale che non poteva non essere attribuita al titolare del relativo potere. Un'opzione che aveva sicuramente il merito di contribuire alla responsabilizzazione del dirigente come protagonista della valutazione e, quindi, della vicenda organizzativa.

(17) G. DELLA ROCCA, *Introduzione*, in G. DELLA ROCCA, V. VENEZIANO, *La valutazione del lavoro nelle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 12.

In ordine a tale questione, il d.lgs. n. 150/09 non assume una posizione chiara. In primo luogo, conferisce all'OIVP il compito di valutare le strutture nel loro complesso e proporre la valutazione annuale dei dirigenti di vertice all'organo di indirizzo politico. È una scelta che, oltre a riflettere soluzioni già adottate nella prassi, può essere vista come una possibile garanzia tecnica nella dinamica valutativa, considerato che in sua assenza il politico avrebbe potuto effettuarla direttamente o al più con il mero supporto dell'OIVP ([18]).

Riguardo alla valutazione del personale, gli artt. 7, co. 2, lett. c) e 9, co. 2, d.lgs. n. 150/09 esplicitamente attribuiscono tale potere ai dirigenti, sebbene poi l'art. 39 conferisca tale compito solo ai dirigenti non generali. Gli articoli citati si ricollegano all'intento di valorizzare l'autonomo ed esclusivo esercizio dei poteri datoriali ([19]).

Il problema della titolarità della funzione valutativa presenta i suoi maggiori dubbi rispetto ai dirigenti. L'abrogazione dell'art. 5 d.lgs. n. 286/99 determina il venir meno sia del modello piramidale sopra menzionato sia di quelle particolari garanzie procedimentali ad esso legate ([20]). Il d.lgs. n. 150/09

(18) Questa del resto era la scelta che emergeva dall'art. 6, comma 2, d.lgs. 286/99 "Gli uffici ed i soggetti preposti all'attività di valutazione e controllo strategico … di norma supportano l'organo di indirizzo politico anche per la valutazione dei dirigenti che rispondono direttamente all'organo medesimo per il conseguimento degli obiettivi da questo assegnatigli".

(19) Il completo esame di questo punto richiede un'analisi attenta delle relazioni intercorrenti tra la valutazione del dirigente ed il ruolo assunto dall'OIVP. Bisogna tuttavia considerare che, nella sistematica del d.lgs. n. 150/09, l'OIVP assume un ruolo particolarmente rilevante se solo si considera che, per espressa previsione dell'art. 14, co. 2, tale organismo sostituisce tutti i servizi di controllo interno comunque denominati dal d.lgs. n. 286/99. Ai fini che qui rilevano, è necessario tener presente che gli OIVP sono competenti, per effetto dell'art. 19 d.lgs. 150/09, a redarre una graduatoria delle *performances* di tutto il personale, compreso quello dirigenziale, da cui dipende l'adozione di una serie di atti gestionali e, pertanto, teoricamente riconducibili nelle competenze del dirigente. Così procedendo la valutazione del dirigente viene privata di incisività, finendo con lo sfumare nell'ambito della graduatoria stillata dall'OIVP. È chiaro, inoltre, che tale tecnica rischia di deresponsabilizzare il dirigente nell'impiego delle risultanze del processo di valutazione, per gestire le risorse umane di cui dispone.

20 Il secondo comma dell'art. 5 d.lgs. n. 286/99 disponeva che "Il procedimento per la valutazione è ispirato ai principi della diretta conoscenza dell'attività del va-

non colma la lacuna in modo espresso né ricorrono concreti elementi per riconoscere tale competenza agli OIVP. Ciò perché, in primo luogo, non sussistono espressi dati normativi tali da lasciar propendere per una tale lettura. Inoltre, l'attribuzione del compito di valutare i dirigenti all'OIVP rischia di ostacolare la possibilità di alimentare i normali circuiti socio-organizzativi, costituenti il cuore del processo di erogazione di *performances* di qualità, fondati sull'impiego strategico del flusso informativo scaturente dalla valutazione. Bisogna tener presente, come evidenziato da ampia letteratura, che la vera utilità dei controlli interni risiede nel loro effettivo utilizzo ad opera di coloro su cui grava la responsabilità della decisione, al fine migliorarne le modalità di esercizio ([21]).

Quanto detto naturalmente non esclude la necessità di garantire che la valutazione non sia arbitraria e non finisca "dritta dritta nelle mani del politico di turno" ([22]), ma l'imparzialità deve necessariamente conseguirsi attraverso soluzioni che sappiano conciliare tale principio con l'opportuna interazione tra i protagonisti della vicenda organizzativa. In caso contrario il pericolo è di imboccare percorsi che, nell'enfatizzare il ruolo delle garanzie endo-procedimentali, possano produrre un irrigidimento eccessivo della dimensione micro-organizzativa. Il problema, invece, è rinvenire meccanismi che, pur non rinunciando alla necessità di valutazioni "imparziali", siano funzionali a valorizzare il dinamismo interno proprio di ogni organizzazione, proiettandolo verso il perseguimento di una *performance* organizzativa di qualità. Rispetto a tale profilo il d.lgs. n. 286/99, sebbene nelle sue molteplicità

lutato da parte dell'organo proponente o valutatore di prima istanza, della approvazione o verifica della valutazione da parte dell'organo competente o valutatore di seconda istanza, della partecipazione al procedimento del valutato".

(21) In tal senso si esprime B. DENTE, *L'evoluzione dei controlli negli anni '90*, in *Lav. Pub. Amm.*, 1999, p. 1216 ss.; da ultimo v. R. MERCURIO, V. ESPOSITO, *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso di organizzazione*, in L. ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

(22) L. ZOPPOLI, *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 31, 2009, p. 149 ss.

ci incertezze, offriva, all'interprete ed all'operatore pratico, spazi di manovra funzionali ad imboccare i percorsi sopra menzionati. Il modello piramidale, coinvolgendo il dirigente nell'ambito della valutazione, lo responsabilizzava e contestualmente gli offriva la possibilità di conseguire la propria autonomia. Come si è giustamente osservato, "l'autonomia non è, né potrebbe essere, il semplice effetto dell'imposizione di una regola imperativa, ma dipende concretamente dal reale, e sicuramente autonoma, capacità e volontà del dirigente di assumersi la responsabilità di raggiungere obiettivi e realizzare così progetti politici" ([23]).

Il conferimento del compito di valutare il dirigente rappresenta un punto incerto su cui opportuno sarebbe un intervento attraverso i decreti correttivi. Tuttavia, sulla base dei contenuti del decreto, è possibile ritenere che, per effetto dell'art. 7, co. 3 lett. a), d.lgs. n. 150/09 ([24]), l'individuazione del compito di valutare i dirigenti pubblici rientri nell'autonomia organizzativa del singolo ente da esercitare, lo si ricorda, in conformità alle linee d'indirizzo della Commissione. È un'opzione che fa leva sull'autonomia di ciascun ente ed il cui esercizio, in considerazione del contesto di riferimento, dovrebbe essere diretto al perseguimento di una *performance* organizzativa di qualità. Quest'ultima, opportunamente monitorata secondo le modalità indicate dal d.lgs. n. 150/09, testimonierebbe la bontà della scelta effettuata.

4. *Le novità connesse agli obiettivi organizzativi dei dirigenti*

Il sistema di valutazione delle *performances* è integrato in

(23) M. RUSCIANO, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità "di risultato" del dirigente pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, p. 398 ss.

(24) L'articolo citato sopra dispone espressamente che: "Il Sistema di misurazione e valutazione della *performance*, di cui al comma 1, individua, secondo le direttive adottate dalla Commissione di cui all'articolo 13, secondo quanto stabilito dal comma 2 del medesimo articolo: a) le fasi, i tempi, le modalità, i soggetti e le responsabilità del processo di misurazione e valutazione della *performance*, in conformità alle disposizioni del presente decreto"

quello che viene definito ciclo di gestione delle *performances*. È questo lo strumento a cui la riforma affida la funzione di organizzare il fattore umano in vista del miglioramento complessivo del servizio.

Si tratta di un percorso strutturato in sei fasi che si apre con la disciplina inerente alla formulazione degli obiettivi su cui, come si avrà modo di vedere, si polarizza l'ambito della valutazione. Concentrando l'analisi sulle dinamiche dirigenziali, il d.lgs. n. 286/99 mostrava scarsa chiarezza relativamente ai meccanismi di assegnazione e, soprattutto, in ordine alla connessione degli obiettivi con l'attività di programmazione strategica.

A proposito della relazione tra valutazione e programmazione molto si è scritto. Pertanto ci si limiterà a ricordare come numerose ricerche empiriche ([25]) evidenziano una diffusione ampia di procedure valutative spesso indipendenti da reali processi di pianificazione. Ciò, secondo le citate analisi, contribuisce a rendere gli obiettivi gestionali privi del requisito della tempestività, del connotato della realizzabilità, della verificabilità, di risorse adeguate. Identiche osservazioni possono essere svolte per gli enti locali se solo si considera che numerose analisi pongono in risalto la necessità di riferire gli obiettivi (sia nella loro definizione contenutistica che nel loro sviluppo temporale) ai piani di mandato di sindaco e giunta. Occorre, in sintesi, instaurare una relazione solida, chiara e fattiva tra gli obiettivi di mandato di sindaco e giunta, la loro traduzione all'interno degli strumenti di pianificazione e controllo (PEG, RPP) e il loro riverbero sugli obiettivi di valutazione della dirigenza.

Sui meccanismi di assegnazione degli obiettivi il dettato legislativo non si presentava molto chiaro. Parte della dottrina ([26]) aveva sostenuto l'opportunità di scindere le dinamiche

(25) In tal senso emblematiche sono le relazioni del Comitato Tecnico Scientifico istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri

(26) L. ZOPPOLI, *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 31, 2009, p. 149 ss.

connesse alla funzione dirigenziale, fondate sulla disciplina del d.lgs. n. 286/99, da quelle più strettamente legate alla vicenda contrattuale, fondate sulla disciplina dell'art. 19 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, e sulla base di ciò conferire veste negoziale all'atto con cui attribuire l'obiettivo ([27]). Soluzione, praticata nella prassi, che aveva sicuramente il merito di valorizzare e responsabilizzare il ruolo del dirigente come portatore, e in un certo senso garante, della logica dell'organizzazione. Il confronto dinamico sull'assegnazione dell'obiettivo aveva la funzione di garantirne la qualità e, soprattutto, la presenza di un supporto adeguato in termini di risorse. Così procedendo, per un verso, si assicurava che l'assegnazione degli obiettivi rappresentasse un momento di effettiva oggettivazione del programma politico, quale strumento attraverso cui definire il percorso che l'organizzazione amministrativa deve seguire nel produrre risultati utili alla collettività, per altro verso, che la sua realizzazione avesse luogo secondo logiche ispirate alla produzione del risultato e non agli interessi afferenti ad una specifica entità politica. Il confronto negoziale sugli obiettivi offriva la possibilità di responsabilizzare il dirigente quale realizzatore imparziale di un programma politico, enfatizzandone le capacità di protagonista della vicenda organizzativa. Si trattava di un modello che consentiva di conciliare sinergicamente i principi che governano l'agire amministrativo.

Su tali aspetti il d.lgs. n. 150/09 interviene in modo duplice. In primo luogo, viene introdotto l'obbligo per le p.a. di formulare un piano di *performance* ossia un documento programmatico triennale contenente indirizzi e obiettivi strategici ed operativi e che definisce, con riferimento agli obiettivi finali ed intermedi ed alle risorse, gli indicatori per la misura-

(27) Contrariamente v. E. ALES., *La corretta definizione degli elementi contenutistici del provvedimento di incarico quale presupposto legittimante della valutazione della "prestazione dirigenziale" nelle pubbliche amministrazioni: teoria e prassi a confronto nell'esperienza italiana e comparata*, in LUISS, *I sistemi di valutazione della dirigenza nelle pubbliche amministrazioni dello Stato*, Methis, 2005; e E. ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Torino, Utet, 2007.

zione e la valutazione della *performance* dell'amministrazione, nonché gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori. Rispetto al documento in esame i primi commentatori hanno messo in luce la possibilità che, potendo essere accolto come ulteriore adempimento da aggiungersi alla pletora di documenti programmatici già esistenti, abbia una valenza solo formale con un conseguente scarto tra programmi e comportamenti ([28]). Le conseguenze connesse alla mancata adozione di tale atto, che rappresenta il pilastro del ciclo di gestione delle *performances* e della valutazione, si sostanziano espressamente nell'esclusione del premio di produttività per i dirigenti che hanno concorso nel determinare l'inattuazione e nell'impossibilità di procedere ad assunzioni di personale o al conferimento di incarichi di consulenza o di collaborazione comunque denominati. Tuttavia, sembra legittimo chiedersi se le misure indicate siano sufficienti a stimolare l'attivismo della componente politica all'adozione dell'atto di cui si discorre. È un aspetto tutt'altro che irrilevante se si considera che il Piano delle *Performance* rientra nelle attribuzioni del politico. Il dirigente svolge un ruolo di collaborazione che non lo porta, tuttavia, ad essere titolare di una competenza di tipo concorrente. Un'esigenza simile, del resto, è stata già avvertita, da parte della dottrina ([29]), rispetto all'assenza della valutazione delle *performances* dirigenziali. In tal caso, proprio al fine di far fronte anche all'inerzia della politica, si è suggerito, per un verso, di escludere l'erogazione della retribuzione accessoria, per altro verso, di rinnovare automaticamente l'incarico dirigenziale. Sicuramente si può discutere il merito della proposta, ma è apprezzabile l'intento di voler intervenire in modo incisivo tanto sulla parte dirigenziale che politica ([30]).

(28) G. REBORA, *Chi gestirà il cambiamento*, in *Risorse Umane*, 2009, p. 137 ss.
(29) G. D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, Bologna, il Mulino, 2008.
(30) La problematica individuata nel testo risulta tutt'ora irrisolta per il caso della mancata adozione di validi sistemi di valutazione. Il legislatore sceglie di intervenire solo sulla dimensione dirigenziale, ma non introduce nessun meccanismo volto a stimolare l'inerzia politica.

Ulteriore ambito di interveto del d.lgs. n. 150/09 concerne i modi di attribuzione degli obiettivi, che dovrebbero essere riferiti ad un arco di tempo determinato, di norma corrispondente all'anno (art. 5, co. 2, lett. d). Il primo dubbio connesso a tale aspetto va ravvisato nella competenza ad attribuire gli obiettivi medesimi in ragione di una lettera normativa (artt. 5 e 10) non particolarmente chiara ([31]). Le letture formulabili sono due. In primo luogo, si potrebbe ritenere che il vertice politico attribuisca gli obiettivi a tutti i dirigenti, con conseguenze tutt'altro che positive sul piano della funzionalità organizzativa. La componente politica dovrebbe avere piena conoscenza di ogni aspetto concernente le dinamiche interne all'organizzazione e, soprattutto, essere in grado di garantire quel coordinamento tra i diversi livelli di attività dirigenziale che nel precedente quadro normativo veniva affidato agli stessi protagonisti dell'organizzazione. Una seconda lettura, che emergeva nelle prime versioni del d.lgs. n. 150/09, potrebbe essere incentrata sulla determinazione politica dell'obiettivo per i soli dirigenti apicali, mentre per le restanti tipologie di dirigenti si recupererebbe il modello piramidale in sede di definizione del sistema di valutazione nell'esercizio dell'autonomia organizzativa dei singoli enti. Sebbene la seconda prospettiva appaia preferibile, non si può non prendere atto che la lettera della norma lasci propendere per l'accoglimento della prima tesi.

A quanto detto si deve poi aggiungere che la formulazione della norma consentirebbe di desumere un'assegnazione effettuata dalla parte politica indipendentemente dal consenso del dirigente. A ciò conseguirebbe che la configurazione di un obiettivo dotato dei parametri definiti dal comma 2 dell'art 5 d.lgs. n. 150/09 verrebbe rimessa all'unilaterale apprezzamento del politico che, nell'architettura sistematica della riforma, non è certo colui il quale è chiamato ad esprimere la logica

(31) Si dispone, infatti, che gli obiettivi sono "definiti, prima dell'inizio del rispettivo esercizio, dagli organi di indirizzo politico-amministrativo, sentiti i vertici dell'amministrazione che a loro volta consultano i dirigenti o i responsabili delle unità organizzative"

della razionalità organizzativa. Così procedendo si rischierebbe di interrompere le fisiologiche contrapposizioni dialettiche, che attraverso il meccanismo dell'accordo, si esprimono tra soggetti portatori di interessi non sempre armonicamente conciliabili. Una contrapposizione dialettica necessaria alla configurazione di un obiettivo, per un verso, funzionale a realizzare il programma politico, per altro verso, diretto a garantire l'efficacia e l'efficienza nell'erogazione del servizio. La scelta compiuta dal d.lgs. n. 150/09 alimenta, inoltre, forme di deresponsabilizzazione del dirigente, che porterebbero alla paralisi del ciclo di valutazione. Ciò è dimostrato dalla possibilità per il dirigente di eccepire la non misurabilità o l'assenza di specificità degli obiettivi, a cui si aggiunge l'insussistenza delle risorse necessarie. L'esperienza passata ha dimostrato come le criticità indicate siano state impiegate quali *escamotages* per evitare *ex post* la valutazione e la conseguente assunzione di responsabilità. Un sistema fondato sull'attribuzione unilaterale degli obiettivi accentua i margini di realizzazione di tale rischio. Il dirigente, perdendo la possibilità di partecipare alla formulazione dell'obiettivo, non è più chiamato a condividere autorevolmente e responsabilmente, attraverso la manifestazione di un consenso esplicito, la realizzabilità dell'obiettivo medesimo.

L'onnicomprensività che emerge dalle disposizioni prima analizzate sembrerebbe entrare in collisione con l'art. 16 d.lgs. n. 165/01. La disposizione indicata dispone espressamente che il dirigente generale definisce gli obiettivi che i dirigenti non generali devono perseguire e attribuisce loro le conseguenti risorse umane, finanziarie e materiali ([32]). Non è agevole sciogliere il dubbio ermeneutico che inevitabilmente viene a porsi.

(32) È opportuno ricordare che l'art. 16 e l'art. 17 sono disposizioni richiamate dal d.lgs. n. 150/09 nella misura in cui, all'art. 7, si dispone che "la funzione di misurazione e valutazione delle *performances* è svolta … dai dirigenti di ciascuna amministrazione, secondo quanto previsto agli articoli 16 e 17, comma 1, lettera e-bis), del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come modificati dagli articoli 38 *e* 39 del presente decreto".

Valorizzando i contenuti dell'art. 16 d.lgs. 165/01 si limiterebbe la definizione politica degli obiettivi alle sole figure dirigenziali di vertice e di livello generale. Per i dirigenti non generali, invece, le modalità con cui provvedere a tale assegnazione si incentrerebbero sui meccanismi già teorizzati da parte della dottrina sotto la vigenza del d.lgs. n. 286/99. Tale lettura offrirebbe il vantaggio di recuperare, entro certi limiti, un modello decisionale fondato sulla negoziazione. Essa deve, però, indurre a chiedersi perché introdurre una differenziazione così forte tra dirigenza generale e di *line* a proposito dei meccanismi di assegnazione degli obiettivi. Non pare che tale quesito possa ritenersi secondario. La letteratura, se in taluni casi ha messo in risalto le particolarità insite nel ruolo assunto dalla dirigenza apicale per la peculiare contiguità con il vertice politico, fino a riconoscere l'opportunità di regolamentazioni specifiche, non ha assunto tale posizione anche verso la dirigenza generale rispetto a quella di *line*.

A ben vedere la previsione dell'art. 16 d.lgs. n. 165/01 era coerente con il modello piramidale scaturente dall'art. 5 del d.lgs. n. 286/99 ([33]). La norma da ultimo indicata è stata tuttavia abrogata e sostituita con una disciplina in cui appare francamente difficile incastonare tale peculiare competenza dei dirigenti generali. Si tratta dell'ennesima incertezza ma dalla rilevanza indubbiamente centrale nella sistematica di una normativa che, per sua espressa previsione, mira a migliorare la qualità dei servizi erogati all'utenza e rispetto a cui sarebbe opportuno intervenire attraverso i decreti correttivi. Un intervento che, al fine di valorizzare a pieno il ruolo del dirigente, dovrebbe introdurre forme di assegnazione incentrate su modelli decisionali di tipo partecipativo. A tal fine ben sarebbe auspicabile pensare di recuperare quanto già emergeva nelle prime versioni del decreto; in particolare, l'art. 5 circoscriveva l'assegnazione politica degli obiettivi alla sola dirigenza di

(33) In virtù di tale modello, infatti, l'assegnazione degli obiettivi veniva effettuata direttamente dal dirigente di livello superiore, giungendo così a definire un modello che garantiva la piena attuazione del principio di partecipazione del valutato al procedimento di valutazione.

vertice, valorizzando, per gli altri livelli dirigenziali, meccanismi fondati sul confronto dialettico.
Infine, occorre riflettere su quali siano gli strumenti di cui il dirigente possa avvalersi per reagire all'assegnazione, tendenzialmente fondata su atti unilaterali, di un obiettivo privo dei requisiti di cui all'art. 5, co. 2, o peggio ancora all'inerzia del soggetto a ciò competente: aspetti che finirebbero col pregiudicare non solo la possibilità di conseguire la retribuzione di risultato, ma soprattutto la possibilità di far emergere una propria soggettività. Un primo strumento d'intervento attraverso cui reagire all'inerzia, in assenza di precise indicazioni al riguardo, la si rinverrebbe nella mora del creditore. Il problema è capire cosa succede nell'ipotesi in cui l'obiettivo, pur tempestivo, sia irrealizzabile o inidoneo a migliorare la qualità del servizio o privo di una correlazione adeguata alla quantità e alla qualità delle risorse disponibili. In quest'ultimo caso è lecito chiedersi se sia possibile adire il giudice per accertare eventuali violazioni del paradigma legale.

A tal riguardo è opportuno tenere in considerazione che l'art. 74 d.lgs. n. 150/09 qualifica l'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 150/09 come norma direttamente attuativa dell'art. 97 Cost. e, pertanto, costituente principio generale dell'ordinamento giuridico. Alla luce di tale previsione, se lo scopo della legge è dichiaratamente quello di procedere all'attuazione diretta dei valori scolpiti nell'art. 97 Cost., una violazione ipotetica di tale disciplina comporterebbe la nullità dell'atto di assegnazione dell'obiettivo ([34]). Pertanto il dirigente che vedesse assegnarsi un obiettivo ritenuto non conforme ai parametri di cui all'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 150/09, soprattutto nell'ipotesi in cui tale attribuzione sia unilaterale, ben potrebbe adire l'organo giurisdizionale. Tale soluzione, tuttavia, porterebbe le dinamiche organizzative fuori dalla singola amministrazione proiettandole in una dimensione, quella giudiziaria, che non è la più appropriata per ponderare gli aspetti socio-organizzativi espressi

(34) Sulla nullità per violazione di norme volte a dar attuazione a norme costituzionali v. Cassazione 18 luglio 2003 n. 11256, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*

dalla norma in esame.

5. *Le innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 150/09 rispetto agli ambiti di valutazione dirigenziale*

Configurando la valutazione come strumento di gestione e valorizzazione delle risorse umane, emerge la possibilità di ravvisarne l'oggetto nella modalità di partecipazione al miglioramento delle *performance* organizzative. Ciò consente di escludere dall'ambito della valutazione le vicende strettamente connesse alla dimensione esecutiva del contratto; lo strumento direttivo di cui si discorre non si sostituisce alle tradizionali forme di controllo sullo svolgimento dell'attività lavorativa, operando, invece, in una dimensione essenzialmente organizzativa.

In tal senso, il d.lgs. n. 286/1999, non contenendo alcun riferimento alla valutazione del personale ma con riferimento specifico alla *performance* dirigenziale, incentrava la valutazione sui risultati (v. art. 5, co. 2, del d.lgs. n. 286/1999: "tiene particolarmente conto dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione") e sui comportamenti organizzativi, cioè sui "comportamenti relativi allo sviluppo delle risorse professionali, umane ed organizzative ad essi assegnate" (v. art. 5, co. 1, del d.lgs. n. 286/99). Le competenze organizzative qui vengono in rilievo non in modo statico bensì dinamico; esse esprimono, come evidenzia la letteratura ([35]), il modo in cui il dirigente interpreta il proprio ruolo di esponente della logica organizzativa nell'ambito del sistema produttivo di riferimento. Le competenze a cui ci si riferisce esprimono non solo "abilità professionali ma un insieme di fattori psicologici, moti-

(35) Per la letteratura socio-organizzativa per tutti v. M. DEL VECCHIO, *Dirigere e governare le amministrazioni pubbliche: economicità, controllo e valutazione dei risultati*, Milano, Egea, 2001. Per la parte giuridica per tutti v. L. ZOPPOLI, *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 31, 2009, p. 149 ss.

vazionali, di capacità, conoscenze e esperienze che permettono all'individuo di raggiungere un risultato lavorativo completo ad alto valore aggiunto e assolutamente coerente con le richieste dell'ambiente organizzativo in cui si trova inserito" ([36]). Il presupposto teorico di tale profilo di valutazione è che l'effettiva presenza di comportamenti congruenti con la missione, i valori, gli obiettivi dell'organizzazione sono condizione indispensabile per il raggiungimento di risultati oggettivamente funzionali all'erogazione di *output* di qualità ([37]).

Su tale quadro normativo l'art. 9 d.lgs. n. 150/09 interviene collegando la valutazione dei dirigenti: alla capacità di perseguire gli obiettivi; alla qualità del contributo assicurato alla *performance* generale della struttura, alle competenze professionali e manageriali dimostrate; agli indicatori di *performance*s relativi all'ambito organizzativo di diretta responsabilità; alla capacità di valutazione dei propri collaboratori, dimostrata tramite una significativa differenziazione dei giudizi.

Al fine di esaminare nel merito la disposizione citata può essere utile formulare una considerazione di tipo preliminare. I sistemi di controllo interno sono stati, in parte sotto lo stimolo del d.lgs. n. 286/99 ed in parte per effetto della prassi, orientati ad esaminare prevalentemente aspetti economico-finanziari ([38]). Pertanto è stata avvertita più volte la necessità di valutare quella peculiare dimensione dell'attività amministrativa rappresentata dai risultati conseguiti in termini di *output* e di *outcome* prodotti con l'impiego delle risorse disponibili. Si è avvertita ([39]), cioè, la necessità di esaminare il

(36) R. GIOVANETTI, R. RUFFINI, *La direzione del personale nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Ipsoa, 2007

(37) G. DELLA ROCCA, V. VENEZIANO, *La valutazione del lavoro nelle amministrazioni pubbliche, casi di studio sulla valutazione delle posizioni, delle prestazioni e del potenziale*, Roma, Edizioni scientifiche italiane, 2004.

(38) In ordine a tal aspetto v. Rapporto Anci *"Qualità del lavoro e buona amministrazione nei comuni. La proposta Anci su valutazione e responsabilità del personale"* su cui sia consentito rinviare a P. MONDA, *Note in margine alla proposta dell'Anci sulla valutazione dei dipendenti pubblici*, in *Dir. Lav. Mer*., 2008, p. 173 ss.

(39) L. HINNA, Intervento In occasione della presentazione del Rapporto di legislatura del Comitato Tecnico Scientifico per il Coordinamento in Materia di Valuta-

contributo delle singole unità, costituenti la struttura organizzativa, alla produzione di un risultato inteso in senso più ampio e, soprattutto, più coerente con la peculiare *mission* propria dell'ente pubblico ([40]).

Coerentemente con quanto detto, il d.lgs. n. 150/09 presenta un indubbio approfondimento delle dimensioni caratterizzanti la *performance* amministrativa. In tal senso l'art. 8 d.lgs. n. 150/09 pone l'accento su quattro pilastri: l'impatto dell'azione amministrativa; la qualità dell'azione amministrativa; la competitività; il gradimento dei destinatari ([41]). Si tratta di una tipologia di valutazione che interseca in modo particolarmente stretto la necessità di promuovere logiche di *accountable*, come dimostrato dalla rilevanza acquisita e dal contenuto assunto dalla Relazione delle *Performances*.

Si comprende, quindi, il motivo che spinge il d.lgs. n. 150/09, nel definire gli ambiti di valutazione della *performance* dirigenziale, a disporre una stretta sinergia con il flusso di informazione scaturente dall'indagine sulla *performance* delle strutture. Indicativo è la rilevanza, ai fini della valutazione della *performance* dirigenziale, della qualità del contributo offerto alla "*performance* generale della struttura".

Gli altri ambiti non sono particolarmente innovativi. Una riflessione più specifica merita il riferimento alla capacità di differenziare le valutazioni del personale. Sicuramente può rappresentare un parametro utile e, come evidenziano le buo-

zione e Controllo Strategico nelle Amministrazioni dello Stato su Processi di programmazione strategica e controlli interni nei ministeri stato e prospettive, in *www.astridonline.it*.

(40) È opportuno a tal proposito tener presente che la pubblica amministrazione, secondo la più recente letteratura sul punto, opera nella prospettiva di produrre risultati utili alla crescita della collettività di cui assume la responsabilità. Sul punto la letteratura è molto ampia, da ultimo e per tutti v. F. BASSANINI, *I principi costituzionali e il quadro istituzionale: distinzione fra politica e amministrazione, autonomia e responsabilità della dirigenza*, in G. D'ALESSIO, 2008, p. 31 ss.; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003. Per la letteratura giuslavoristica da ultimo v. G. NICOSIA, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la "buona" amministrazione*, in *La dirigenza, Quad. Dir. Lav. Rel. Ind*, n. 31, 2009, p. 65 ss.

(41) Sull'opportunità di un tale approfondimento v. G. VALOTTI, *Audizione Senato della Repubblica I Commissione Affari Costituzionali*, in *www.astridonline.it*.

ne prassi, in qualche caso anche utilizzato. Il problema è nel metodo. Quella che potenzialmente potrebbe essere una regola organizzativa interessante non è più auto-prodotta dall'organizzazione, ma imposta per legge. Ciò alimenta il pericolo di atteggiamenti di mera conformazione formale senza nessun tipo di funzionalità nella gestione dell'interesse organizzativo e, per di più, con il rischio di profondi arbitri nella direzione delle risorse umane dettate dalla pura esigenza di rifarsi al dettato normativo.

6. *Le interferenze normative nello svolgimento delle prerogative datoriali ed i riflessi sulla valutazione*

L'indagine sull'oggetto della valutazione e sul suo ruolo nell'ambito della pubblica amministrazione non può arrestarsi alle considerazioni emerse dal precedente paragrafo, ma deve necessariamente confrontarsi con la scelta legislativa di regolamentare in modo particolarmente stringente le dinamiche socio-organizzative degli enti pubblici.

È un profilo non certo secondario se si considera che, per enfatizzare la centralità delle prerogative datoriali, la sistematica del d.lgs. n. 165/01 struttura un ben preciso "micro-sistema chiuso", autoalimentato, parallelo alla dimensione contrattuale ed in cui la valutazione dispiega a pieno il suo ruolo. Ciò si comprende considerando i fondamentali principi scolpiti nelle norme iniziali del d.lgs. n. 165/01. Primo tassello del microsistema sicuramente è il principio di distinzione tra politica ed amministrazione. All'attribuzione in capo agli organi politici della funzione di indirizzo, si contrappone il conferimento esclusivo ai dirigenti della "… gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo …". Competenze che si estrinsecano attraverso l'esercizio delle capacità del privato datore di lavoro ed il cui fondamento va rinvenuto nella "più efficace ed armonica realizzazione dei fini e dei principi che concernono l'attività e l'organizza-

zione della pubblica amministrazione ([42])".

L'asse di rotazione del microsistema che, sinteticamente si cerca di tratteggiare, va rinvenuto nell'esercizio autonomo e responsabile delle funzioni di gestione del personale e di organizzazione degli uffici. Il corretto operare del modello postula la capacità di autoalimentarsi attraverso regole intrinseche di razionalità alla cui genesi concorre quel peculiare strumento di *governance* interna che è la valutazione. È quest'ultima la principale fonte di produzione di quella razionalità organizzativa, che avrebbe dovuto colmare lo spazio lasciato aperto dalla defunzionalizzazione dei poteri datoriali, indirizzandone l'esercizio verso il perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità ([43]). Si comprende quindi lo stretto nesso intercorrente tra valutazione ed esercizio autonomo delle prerogative datoriali: la prima concorre a produrre quella razionalità che per mezzo dei poteri datoriali si proietta sulle risorse disponibili. Allo stesso tempo, solo attraverso strategie gestionali autonomamente definite è possibile alimentare il circuito di cui si discorre indirizzandolo verso il miglioramento del prodotto finale. Si comprende, a questo punto, anche il ruolo assunto dalla responsabilità dirigenziale: il terminale conclusivo, a carattere eventuale, del microsistema diretto a dare risalto ai modi di esercizio della funzione direttiva, in una prospettiva ben diversa dall'indagine

(42) Sul punto v. A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

(43) L'organizzazione pubblica, come ogni organizzazione, giustifica la sua esistenza e si sviluppa nella misura in cui produce valore; essa deve raggiungere gli obiettivi per i quali è nata e creare una chiara relazione tra valore realizzato e costi sostenuti. In un sistema di questo tipo non c'è, dunque, spazio per errori nell'individuazione delle risorse umane, "perché il successo e la sopravvivenza di un'organizzazione dipendono dalla capacità di avere le persone giuste per raggiungere i risultati attesi". L'impiego della logica aziendale rende la valorizzazione delle persone un elemento chiave per la corretta realizzazione delle potenzialità insite in quel modello e richiede politiche di gestione e sviluppo delle risorse umane articolate e complesse, coerenti con gli obiettivi di miglioramento della qualità dei servizi resi ai cittadini ed alle imprese. La valutazione delle *performances* è uno strumento di carattere socio-organizzativo diretto a supportare la gestione della dimensione umana presente nell'apparato produttivo in vista dell'erogazione di risultati idonei a soddisfare il bisogno di servizi di qualità nutrito dall'utenza.

sull'esecuzione del contratto.

Rispetto al precedente quadro normativo, il d.lgs. n. 150/09 lascia inalterati i valori sopra richiamati. Emblematicamente nell'art. 37 è scolpito il principio secondo cui il progressivo miglioramento della qualità delle prestazioni erogate al pubblico dipende da un'organizzazione delle risorse ispirata ai criteri di gestione e di valutazione del settore privato, oltre che da un miglioramento delle modalità di interazione della componente politica con quella dirigenziale. Alle norme indicate si contrappone, però, un successivo quadro regolamentativo da cui emerge un "senso di sfiducia nei confronti nella classe dirigente" ([44]).

Molteplici sono le disposizioni in cui si annida il pericolo di condizionare lo svolgimento delle prerogative datoriali, con la conseguenza di alterare il normale dinamico fluire del microsistema di cui poc'anzi si è detto. Anche se non esaustivi della complessità del quadro normativo, espressivi di tale tendenza, messa in luce anche nei primi commenti emersi sulla riforma, sono: la difficoltà di definire con estrema certezza il ruolo del dirigente nella valutazione del personale rispetto alle competenze assunte dall'OIVP ([45]); l'imposizione di meccanismi di selezione forzata nell'erogazione dei premi, con conseguente automatica connessione al livello acquisito dalla *performance* individuale nell'apposita graduatoria ([46]); l'individuazione legislativa del contenuto dei poteri datoriali e, per

(44) A. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *Lav. Pub. Amm.*, 2009, p. 45.

(45) Rispetto a tale punto i primi commenti hanno messo in luce come " … sarà decisivo verificare se gli OIVP, in sede di predisposizione delle graduatorie di merito, manterranno un approccio notarile o, viceversa, se si spingeranno a sindacare il merito delle valutazioni loro trasmesse dai dirigenti e dagli organi di controllo di gestione …" in tal senso v. S. BATTINI, B. CIMINO, *La valutazione delle performance nella riforma Brunetta*, in L. ZOPPOLI, (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 263.

(46) Per una disamina ampia si rinvia R. SANTUCCI, P. MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, in particolare 289 ss.

stimolarne l'impiego, di un fitto reticolo di sanzioni che ne appesantiscono l'esercizio ([47]); la valutazione, ai fini della responsabilità per danno erariale, della mancata individuazione da parte del dirigente di eventuali eccedenze di personale ([48]); l'ampio ricorso alla tecnica della standardizzazione delle procedure di gestione delle *performance* con l'eventualità che essa non risponda a pieno alle situazioni contingenti da fronteggiare, rendendo difficile l'emergere di visioni strategiche innovative nei rispettivi campi di azione ([49]).

Sulla medesima scia dei dati normativi richiamati, si colloca anche l'ampliamento e l'obbligatorietà dell'azione disciplinare. Il decreto delegato disciplina l'azione disciplinare procedendo su di un duplice livello: si conferisce veste legale ad una dettagliata serie di infrazioni, spesso consequenziali a forme di scarsa produttività ([50]); si introducono specifiche sanzioni a carico del dirigente volte ad imporgli l'esercizio dei relativi poteri sanzionatori. Così facendo il d.lgs. n. 150/09 presenta, però, numerosi rischi di invasione dello stile di dire-

(47) Su tale questione si vedano le analisi svolte da E. ALES, *Le prerogative datoriali nelle pubbliche amministrazioni ed il loro doveroso esercizio*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 127; A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, Relazione al XVI Congresso nazionale di diritto del lavoro AIDLaSS su *La figura del datore di lavoro – Articolazione e trasformazioni*, Catania, 21-23 maggio 2009, dattiloscritto; A. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *LPA*, 2009, p. 16; G. D'ALESSIO, *Le norme sulla dirigenza nel decreto legislativo di attuazione della legge delega n. 15/2009*, in *www.astridonline.it*; F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, in *WP Massimo D'Antona*, n. 88/2009, *www.lex.unict.it*, in modo particolare v. p. 31 ss.;C. ZOLI, *Funzioni, poteri e responsabilità*, Relazione al Convegno di Modena su *Il nuovo regime del lavoro pubblico* il 27 novembre 2009, dattiloscritto.

(48) V. art. 33 co. 1-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001, introdotto dall'art. 50 del d.lgs. n. 150 del 2009.

(49) R. MERCURIO, V. ESPOSITO, *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso di organizzazione*, in L. ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

(50) Per la conseguente compressione dell'autonomia collettiva v. F. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

zione e la cui definizione rientra nella responsabilità di chi è chiamato ad esercitare le prerogative datoriali ([51]). Il dirigente, in questo modo, sarebbe privato del potere "di valutare, tenendo presenti tutte le particolarità del caso concreto, se sia necessario, opportuno, inutile o perfino controproducente aprire un'azione disciplinare" ([52]). È una disciplina, dunque, da cui parrebbe affiorare una logica gestionale ispirata alla logica della sanzione e dell'attenta vigilanza ([53]), elevando l'esercizio di tali poteri al rango di strumenti di per sé idonei a migliorare la qualità del servizio erogato alla collettività ([54]). Conseguentemente il dirigente sembra farsi portatore di veri e propri doveri, in tal senso lasciano propendere gli artt. 55-*bis*,

(51) In tal senso si esprime A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, Relazione al XVI Congresso nazionale di diritto del lavoro AIDLaSS su *La figura del datore di lavoro – Articolazione e trasformazioni*, Catania, 21-23 maggio 2009, dattiloscritto; F. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009; L. ZOPPOLI, *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 31, 2009, p. 149 ss.

(52) S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in Comm. Schlesinger, Milano, Giuffré, 2002, p. 465.

(53) Nella prospettiva di rendere più energico l'impiego del potere disciplinare possono essere lette una serie ulteriore di disposizioni: la semplificazione e l'accelerazione del procedimento disciplinare; la previsione dell'obbligo di comunicazione immediata per via telematica della sentenza penale alle amministrazioni interessate, in modo da superare la prassi diffusa di anteporre la l'azione penale a quella disciplinare sino al punto di vanificarne l'esperibilità.

(54) La distanza dal precedente quadro normativo, oltre che dall'intento di utilizzare "i criteri di gestione del settore privato", emerge se si considera che il potere disciplinare, in quanto ancillare al potere direttivo, rinviene il suo fondamento nella conservazione e nella protezione degli equilibri organizzativi, generati in vista della produzione del risultato finale, da comportamenti devianti del personale. Alla luce di ciò bisogna trarne la conseguenza che il suo esercizio si intreccia con lo stile di direzione che il datore di lavoro, o il dirigente come nel nostro caso, sceglie di porre in essere. Ciò implica che la responsabilità per l'uso che si sceglie di fare del potere disciplinare, al pari di quanto accade per gli altri poteri datoriali, ricade sull'artefice della strategia organizzativa e viene valutata nel momento in cui si esamina se ed in che misura quello stile di direzione partecipa al miglioramento delle *performances* dell'ente pubblico. Dunque, il mancato esercizio della sanzione da parte del dirigente rileva, in sede di valutazione delle *performances* e di responsabilità dirigenziale, nella misura in cui si traduce in una scelta gestionale che non realizza i risultati attesi.

co. 2, 55-*quater*, co. 2, 55-*sexies*, co. 3, 55-*septies*, co. 6. ([55]).

Da quanto detto è difficile non desumere l'emergere di una serie molteplice di interferenze normative, a carattere vincolante, rispetto a dimensioni da rimettere, almeno in via prevalente, all'autonomia organizzativa. Bisogna, dunque, riflettere sulle conseguenze di tali scelte normative sul circuito della valutazione delle *performances* dirigenziali.

In primo luogo, sia il mancato perseguimento dei risultati sia l'adozione di condotte organizzative non benefiche all'organizzazione potrebbero essere imputate alla definizione di comportamenti imposti dall'esterno con la conseguente difficoltà di fronteggiare determinate situazioni contingenti. Ad esempio, come rilevato in letteratura, il procedere in modo implacabile nell'esercizio della sanzione ben può produrre uno stato di tensione poco funzionale alla produttività delle risorse di cui si dispone ([56]). Il medesimo effetto deresponsabi-

(55) Nel dare attuazione ai criteri di delega sanciti dall'art. 6, co. 2, lett. b), c), d), e), l'art. 55-*bis* dispone "Il responsabile, con qualifica dirigenziale, della struttura in cui il dipendente lavora, anche in posizione di comando o di fuori ruolo, quando ha notizia di comportamenti punibili con taluna delle sanzioni disciplinari di cui al comma 1, primo periodo, senza indugio e comunque non oltre venti giorni contesta per iscritto l'addebito al dipendente medesimo e lo convoca per il contraddittorio a sua difesa, con l'eventuale assistenza di un procuratore ovvero di un rappresentante dell'associazione sindacale cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato, con un preavviso di almeno dieci giorni." L'art. 55-*quater*, co. 2, dispone che "Il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o a valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate, in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili aventi qualifica dirigenziale, l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita, fino ad un massimo di tre mesi in relazione alle infrazioni sanzionabili con il licenziamento, ed altresì la mancata attribuzione della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione. L'art. 55-septies, co. 6, dispone invece che "Il responsabile della struttura in cui il dipendente lavora nonché il dirigente eventualmente preposto all'amministrazione generale del personale, secondo le rispettive competenze, curano l'osservanza delle disposizioni del presente articolo, in particolare al fine di prevenire o contrastare, nell'interesse della funzionalità dell'ufficio, le condotte assenteistiche. Si applicano, al riguardo, le disposizioni degli articoli 21 e 55- *sexies* , comma 3."

(56) Sul punto per v. A. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *Lav. Pub.*

lizzante, inoltre, può essere prodotto dalle sanzioni per il mancato esercizio dei poteri dirigenziali. In particolare, la sospensione per tempi prolungati, oltre a colpire il dirigente come lavoratore, rischia di comprometterne la realizzazione del proprio programma direttivo e, quindi, dei risultati attesi dalla sua gestione ([57]).

Altra possibile eventualità è consentito rinvenire nella polarizzazione della valutazione su strategie organizzative appiattite sulle modalità con cui il dirigente dà esecuzione al dettato normativo. Prospettiva non trascurabile se si considera che dal quadro normativo emerge "una figura di dirigente concepito essenzialmente come un soggetto incaricato di sorvegliare e punire i suoi dipendenti" con la conseguenza che "ne risultano, in prospettiva, mortificati o collocati in posizione marginale altri profili che dovrebbero qualificare la sua identità soprattutto come *manager* o *leader"*([58]).

In conclusione, si rende difficile la possibilità di poter diagnosticare i punti di forza e di debolezza delle risorse che operano nell'organizzazione, al fine di pianificare iniziative volte, per un verso, a superare le criticità, per altro verso, a potenziare le aree di forza. Verrebbe meno il percorso privilegiato attraverso cui, nell'ambito di organizzazioni *labour intensive* quali sono le p.a., gestire le risorse al fine di promuovere un reale mutamento organizzativo, diffondendo competenze e valori idonei a generare una dirigenza pubblica moderna che dia forza e incisività all'azione pubblica. Profilo la cui rilevanza è emersa soprattutto in quella letteratura e, in qualche caso nella prassi, che ha molto valorizzato la necessità di accostare ad una valutazione puramente quantitativa delle prestazioni del dirigente (raggiungimento degli obiettivi in termini di effica-

---

Amm., 2009, p. 13 ss. Per la letteratura economica si rinvia a G. ZANDA, *La valutazione dei dirigenti*, Padova, Cedam, 1984; G. COSTA, M. GIANNECCHINI, *Risorse umane. Persone, relazioni e valore*, Milano, Mc Graw-Hill, 2008.

(57) Sul punto v. anche C. ZOLI, *Funzioni, poteri e responsabilità*, Relazione al Convegno di Modena su *Il nuovo regime del lavoro pubblico* il 27 novembre 2009, dattiloscritto.

(58) G. D'ALESSIO, *La dirigenza nell'attuazione della legge delega n. 15/2009*, in *ww.astridonline.it.*

cia, efficienza ed economicità) anche una dimensioni qualitativa fondata: sull'analisi degli stili di direzione nella prospettiva dello sviluppo manageriale; sull'analisi del potenziale, sull'analisi delle competenze ([59]). Del resto, se il fine perseguito è quello di rafforzare il dirigente, un percorso utile sembra emergere già nell'ambito del d.lgs. n. 150/09: l'enfasi su di una valutazione delle *performances* individuali a cui si aggiunge una valutazione sui risultati prodotti all'esterno in una logica di *accountability*. La virtuosa sinergia di questi due livelli di valutazione potrebbe portare, se opportunamente impiegata, al definitivo abbandono delle logiche burocratico - formali ispirate da un modello oramai obsoleto. I problemi e le incertezze connesse all'attivazione di tale binomio rimangono molteplici e non da ultimo si annoverano proprio le interferenze di cui si è detto.

Altra conferma dei rilievi espressi si rinviene nella stretta correlazione tra pratiche di scarsa produttività del personale, accertate attraverso la pratica della valutazione, e impiego dello strumento disciplinare ([60]). Ciò emerge almeno in due disposizioni: l'art. 55-*quater*, co. 2, d.lgs. n. 150/09; l'art. 55-*sexies*, co. 2, d.lgs. n. 150/09. Come giustamente rilevato ([61]) si tratta di un quadro normativo che ha perso la sua carica dirompente connessa alla prefigurazione di un'ipotesi di licenziamento consequenziale alla collocazione, per tre anni consecutivi, nella fascia di merito bassa. Tali disposizioni, inoltre, in parte si rifanno a quanto già affermato in alcuni contratti collettivi. Se questo è indubbiamente vero, si deve anche ammettere che le disposizioni citate tratteggiano, in considerazione del complesso quadro normativo in cui si inseriscono, un ruolo della valutazione che in parte offusca la sua reale po-

(59) G. AZZONE, B. DENTE (a cura di), *Valutare per governare. Il nuovo sistema dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Etas, 1999.
(60) In termini negativi G. FERRARO, *Prove generali di riforma del lavoro pubblico*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, p. 257 ss.
(61) F. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica.

tenzialità ([62]): funzionare come strumento di incentivazione, di valorizzazione, di motivazione e diffusione della formazione ([63]).

(62) Sul punto per un maggiore approfondimento si rinvia a L. BORGOGNI (a cura di) *Valutazione e motivazione delle risorse umane nelle organizzazioni*, Milano, Franco Angeli, 2009.

(63) Ci si potrebbe chiedere entro quali limiti è possibile connettere sanzioni disciplinari, e in modo particolare il licenziamento, a valutazioni attestanti lo scarso rendimento. Sebbene si tratti di un aspetto complesso che non può essere trattato esaustivamente in questa sede, nell'abbozzare qualche possibile linea su cui procedere conviene partire dalla considerazione che la valutazione, intesa quale strumento volto ad acquisire un complesso di informazioni legate ad una specifica risorsa umana, alimenta dinamiche organizzative che intanto possono tradursi in atti negoziali di gestione funzionali ad incidere sul contratto di lavoro in quanto vengano rispettati i principi posti a suo fondamento. Pertanto il mancato allineamento ad un risultato minimo di rendimento ben potrebbe rilevare a condizione che non lo si consideri alla stregua di un elemento interno all'oggetto del rapporto di lavoro; il risultato difficilmente può essere proiettato nell'ambito dell'obbligazione senza incontrare difficoltà di armonizzazione con il diritto dei contratti. Un'indicazione utile in tal senso proviene da quella giurisprudenza di legittimità, che attribuisce rilievo allo scarso rendimento solo in quanto manifestazione di una rilevante violazione del dovere di diligenza imputabile al lavoratore. Il mancato allineamento ad uno specifico risultato produttivo, secondo la giurisprudenza di legittimità, non giustifica di per sé il licenziamento. La Suprema Corte, infatti, sancisce il seguente principio di diritto "è legittimo il licenziamento intimato per scarso rendimento qualora sia risultato provato, sulla scorta della valutazione complessiva dell'attività resa dal lavoratore stesso ed in base agli elementi dimostrati dal datore di lavoro, una evidente violazione della diligente collaborazione dovuta dal dipendente - ed a lui imputabile - in conseguenza dell'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, avuto riguardo al confronto dei risultanti dati globali riferito ad una media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione".In tal senso v. Cass. 22 gennaio 2009, n. 1632, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*. Per un precedente Cassazione 22 gennaio 2006, n. 3876, in *www.leggiditaliaprofessionale.it* in cui si "ritiene corretto assumere quale parametro della diligente collaborazione gli obiettivi fissati dai programmi di produzione e inammissibile (in quanto non sorretta dalla indicazione di concrete circostanze di fatto idonee a confutare l'accertamento compiuto in ordine all'imputabilità dell'inadempimento) la censura relativa alla mancata prova da parte del datore di lavoro della negligenza del lavoratore attribuisce valore decisivo - ai fini dell'imputabilità dell'inadempimento - alla rilevante sproporzione tra gli obiettivi fissati, la produttività superiore degli altri colleghi e quanto dal lavoratore effettivamente realizzato".

7. *La difficile, ma necessaria, distinzione tra la responsabilità dirigenziale e quella disciplinare*

Prima di esaminare gli elementi di novità introdotti rispetto alla responsabilità dirigenziale non ci si può esimere dall'individuazione sintetica del suo nucleo di fondo, al fine di rendere proficua l'indagine. In un modello fondato sulla progressiva riproduzione dei tratti virtuosi dell'azienda privata nell'organizzazione pubblica ([64]), al fine di svolgere le funzioni di cui è investita impiegando logiche di programmazione ed improntandone l'agire a criteri di efficienza, efficacia ed economicità ([65]), la responsabilità dirigenziale, sul piano sistematico, si differenzia da quella connessa alle modalità di esecuzione del contratto. È un'operazione complessa per l'inevitabile difficoltà di trovare un equilibrio con la natura di lavoratore subordinato del dirigente *ex* art. 2095 c.c., ma necessaria se si intende realmente riconoscergli la titolarità del potere di organizzare gli uffici e di gestire il lavoro prestato dai dipendenti ad essi assegnati. Di ciò la letteratura si è mostrata ben consapevole, affermando che la scelta di configurare una responsabilità ancorata ai risultati prodotti con l'esercizio delle prerogative datoriali " … potrà definirsi "rivoluzionaria" per il sistema amministrativo italiano: se non altro perché, come può intuirsi, questo "tipo" di responsabilità – specie se accompagnata da una nuova concezione dell'organizzazione pubblica – implica un nuovo disegno d'insieme della figura giuridica del dirigente medesimo; e ciò induce, a sua volta, alla rivisitazione teorica di fondamentali principi dell'azione amministrativa, antichi ma non superati …" ([66]).

L'intento perseguito dal legislatore della riforma è, dunque, quello di conferire rilevanza a quel complesso di condot-

(64) M. RUSCIANO, *Le fonti: negoziatore pubblico e contratti collettivi di diritto privato*, in *Lav. Pub. Amm.*, 2007, p. 333 ss.
(65) V. FERRANTE, T. TREU, *Le finalità della riforma del lavoro pubblico*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Utet, 2004, I, p. 10 ss.
(66) M. RUSCIANO, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità "di risultato" del dirigente pubblico*, in *Riv. Tri. Dir. Pro. Civ.*, 1998, p. 398 ss.

te organizzative direttamente connesse al dato oggettivo del perseguimento di risultati gestionali. Si comprende, allora, la tendenza a relazionare la responsabilità di cui si discorre non all'osservanza dei doveri d'ufficio o al rispetto di meticolose regole d'azione, ma "all'idoneità allo svolgimento della funzione espletata" e, dunque, al fatto che l'unità organizzativa "produca i risultati corrispondenti, sul piano sia qualitativo che quantitativo, alle ragionevoli attese" ([67]).

In conformità a quanto detto non è certo agevole esaminare la scelta di introdurre all'art. 21 il comma 1-*bis* con cui espressamente viene sanzionata 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 conformemente agli indirizzi deliberati dalla Commissione di cui all'articolo 13 del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15 … ".

L'aspetto su cui ci si deve soffermare riguarda la ricaduta dell'innovazione normativa sulla necessaria distinzione tra due forme di responsabilità: quella dirigenziale e quella disciplinare. Si tratta di un punto tutt'altro che agevole se esaminato alla luce dell'intero quadro normativo ma necessario. È opportuno, a tal fine, considerare che le soluzioni ermeneutiche elaborate dall'interprete dovranno necessariamente armonizzarsi con il microsistema sinteticamente ricostruito nel precedente paragrafo e di cui, come si è detto, la responsabilità di-

(67) Che quella indicata nel testo sia stata, anche storicamente, la linea seguita dal legislatore per valorizzare il ruolo della dirigenza lo dimostra la giurisprudenza del Consiglio di Stato formatasi già a partire dal d.p.r. 748/72. La connessione della responsabilità dirigenziale al fatto oggettivo della gestione ha ricevuto una conferma dalla stessa Cassazione secondo cui "la responsabilità dirigenziale può prescindere da ogni rilevanza dell'elemento soggettivo (dolo o negligenza del lavoratore) per quanto riguarda il mancato raggiungimento degli obiettivi (ad esempio per difficoltà oggettive o economiche, per scarsa collaborazione del personale), talché può configurarsi come una sorta di responsabilità oggettiva". Indubbiamente è possibile individuare casi limite in cui la differenza tra responsabilità dirigenziale e disciplinare può apparire particolarmente difficile. La stessa Cassazione ha riconosciuto "qualora, invece, il mancato raggiungimento degli obiettivi dipenda da negligenza o inerzia del dirigente, la responsabilità dirigenziale sarà tutt'uno con quella disciplinare o per mancanze".

rigenziale costituisce un tassello fondamentale. Privare quest'ultima del significato che le è proprio implicherebbe inevitabili e gravi conseguenze sulla possibilità di vedere nel dirigente pubblico l'effettivo, autonomo e responsabile titolare della funzione gestionale.

Il comma 1-*bis* individua il fulcro dell'ipotesi di responsabilità in questione non solo nel mancato conseguimento degli standard quantitativi e qualitativi in sé considerati, ma su di un elemento ulteriore: la colpevole violazione del dovere di vigilanza. Sembrerebbe, in questo modo, acquisire rilevanza un comportamento specifico configurabile come inadempimento colpevole, dunque soggettivamente imputabile in base ai tradizionali criteri civilistici, di un dovere imposto al dirigente. Il distacco da quella che, in una parte della letteratura, emergeva come il fuoco della responsabilità dirigenziale pare affiorare con una certa chiarezza: a rilevare non è più solo l'andamento dell'unità organizzativa diretta dal dirigente, quale titolare delle prerogative datoriali, ma le modalità con cui egli svolge la sua attività.

Una lettura, tesa a ricondurre a sistema il comma 1-bis dell'art. 21 d.lgs. n. 165/01, potrebbe far leva sulla possibilità di ravvisare nel comma in esame una sorta di *culpa in vigilando*. La norma di cui si discorre dà attuazione all'art. 6, comma 2, lett. b) che, in aggiunta e distintamente all'ipotesi di mancato avvio del procedimento disciplinare, dispone l'introduzione di: " … una specifica ipotesi di responsabilità del dirigente, in relazione agli effettivi poteri datoriali, in caso di omessa vigilanza sulla effettiva produttività delle risorse umane assegnate e sull'efficienza della relativa struttura …". Il dirigente, quindi, poiché investito del compito di definire la strategia gestionale più funzionale alle variabili di contesto, risponderebbe anche della mancata produttività delle risorse di cui dispone e dell'inefficienza della struttura pur se ciò è empiricamente conseguente all'attività materialmente posta in essere da altri: il personale. Il legislatore delegato, dunque, avrebbe inteso introdurre un'ipotesi di responsabilità fondata sulla titolarità in capo al dirigente del potere di gestire e, in modo specifico, di

sorvegliare le risorse di cui dispone: gli strumenti privilegiati, cioè, attraverso cui rendere produttivo il personale ed efficiente la struttura. Una sorta di responsabilità *ex* art. 21, dunque, ma specificamente individuata e, soprattutto, pur sempre connessa con gli esiti gestionali della strategia dirigenziale. È ora cruciale interrogarsi sul ruolo assunto nella fattispecie normativa dal criterio della colpevolezza. Nell'ottica della distinzione tra responsabilità dirigenziale e disciplinare, oltre che in piena coerenza con i tratti costitutivi della prima, è consentito ritenere, sulla scia di quanto già proposto per il requisito dell'imputabilità dell'inosservanza della direttiva ([68]), di rinvenire in tale requisito non tanto un parametro attraverso cui esaminare lo svolgimento dell'attività dirigenziale, bensì un criterio volto a tracciare il perimetro esterno della responsabilità. Per dirla con le parole della legge delega, la colpevolezza dovrebbe garantire che la responsabilità sia correlata agli effettivi poteri di cui si è investiti. Il dirigente intanto può rispondere secondo le modalità definite dalla legge, in quanto sia messo nella condizione di operare; la colpevolezza del dirigente, cioè, esprime la sussistenza dei presupposti strutturalmente necessari per il suo agire. Una verifica che va realizzata sulle condizioni *ex ante* e non sulla condotta posta in essere *ex post*.

Tali considerazioni non intendono certo proporre una soluzione definitiva ad una questione ermeneutica estremamente delicata, ma porre l'accento su uno dei molteplici aspetti problematici insiti nel processo di riforma. Non si escludono, dunque, altre possibili letture, purché, è bene ribadirlo, rinvengano il proprio *ubi consistam* nell'esclusione del rischio di identificare la responsabilità dirigenziale con quella disciplinare. In alternativa all'interpretazione prima formulata, infatti, è lecito ravvisare nel comma 1-*bis* dell'art. 21 una forma di responsabilità nettamente distinta rispetto a quella di risultato. La colpevole violazione del dovere di vigilanza potrebbe esse-

(68) A. ZOPPOLI, *I fondamenti del licenziamento del dirigente pubblico: nell'attesa di Godot*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, p. 267.

re qualificata come un'ipotesi di responsabilità disciplinare collocata, dunque, su di un piano eterogeneo rispetto a quella indicata dalla rubrica dell'art. 21. L'intenzione di introdurre una fattispecie, in un certo senso, autonoma rispetto al contesto in cui è collocata troverebbe fondamento nell'inciso "al di fuori dei casi di cui al comma 1", con cui il comma 1-bis si apre. Ciò implicherebbe l'impossibilità di identificare nella norma in esame, come invece si è detto in precedenza, una sorta di specificazione della responsabilità dirigenziale da aggiungersi a quella indicata nel comma 1 dell'art. 21. È chiaro che anche il problema della colpevolezza verrebbe ad essere ridimensionato, poiché, non trattandosi di responsabilità dirigenziale, non è più necessario seguire i percorsi interpretativi prima imboccati.

Indubbiamente l'art. 21, co. 1 bis, d.lgs. n. 165/01 rappresenta una norma da cui traspare un altro riferimento a quella tendenziale prefigurazione di uno stile direttivo incentrato sull'attenta vigilanza e sul puntuale esercizio della sanzione. Una scelta che, come già accennato, suscita non poche difficoltà valutabili in termini di deresponsabilizzazione, per il cui esame si rinvia alle considerazioni espresse nel precedente paragrafo. In questa sede si intende sottolineare la non sempre agevole possibilità di individuare la produttività individuale all'interno di gruppi di lavoro in modo da poter puntualmente esercitare i poteri di sorveglianza e di sanzione rispetto a singoli individui.

A complicare il quadro si pone il particolare apparato sanzionatorio predisposto dal legislatore. La fattispecie individuata nel comma 1-bis dell'art. 21 sfocia nella perdita dell'ottanta per cento della retribuzione di risultato. Si tratta di una sanzione che, per un verso, è diversa da quelle richiamate nel primo comma dell'articolo per le restanti ipotesi di responsabilità dirigenziale, per altro verso, assimilabile, anche se non identica, a quei discutibili meccanismi di decurtazione, pari al doppio del periodo della durata della sospensione, della retribuzione di risultato previsti per specifiche ipotesi di responsabilità disciplinare del dirigente. È opportuno ricordare che la

retribuzione di risultato nasce come strumento di incentivazione della produttività e, pertanto presuppone un adeguato sistema di valutazione oltre che un sistema di gestione improntato alla valorizzazione delle risorse umane ([69]). Pare legittimo, pertanto, chiedersi quale funzionalità possa avere in un sistema che l'impiega come un meccanismo sanzionatorio ([70]) *tout court* al di fuori, cioè, dei presupposti prima individuati.

In conclusione deve rilevarsi come l'innovazione di cui si discorre ponga molteplici difficoltà la cui soluzione definitiva richiede probabilmente un intervento legislativo di carattere chiarificatore operato attraverso gli appositi decreti correttivi.

8. *L'impatto delle novità in tema di valutazione su Regioni ed enti locali*

Analizzare l'impatto del quadro normativo in tema di valutazione delle *performance* individuali sulle Regioni e gli enti locali risulta tutt'altro che agevole. Al fine di esaminare le "chiavi" impiegate dal d.lgs. n. 150/09 per ampliare il proprio raggio d'azione, pare opportuno, sebbene in estrema sintesi, definire l'ambito dell'autonomia organizzativa di cui ciascun soggetto costituente la struttura repubblicana è investito ([71]).

(69) Sul punto si rinvia a R. SANTUCCI, *Le retribuzioni incentivanti nel pubblico impiego*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1996, p. 501 ss.; R. SANTUCCI, *La retribuzione incentivante nelle amministrazioni pubbliche tra riforme legislative e rinnovi contrattuali del 2000*, in *Lav. Pub. Amm.*, 2000, p. 491 ss. e del medesimo autore il saggio riportato in questa rivista.

(70) In questo contributo la responsabilità dirigenziale è stata esaminata nei suoi rapporti con la responsabilità disciplinare. Pertanto non sono state esaminate anche le ulteriori rilevanti novità introdotte dal d.lgs. n. 150/09. Tra esse sicuramente si annovera la scelta di fondare la responsabilità del dirigente sull'inosservanza delle direttive indipendentemente, rispetto alla precedente formulazione dell'art. 21 d.lgs. n. 165/01, dall'espletamento delle procedure di valutazione. A queste bisogna poi aggiungere la necessaria preventiva contestazione e il principio del contraddittorio.

(71) L'ordinamento repubblicano non si identifica più con quello statale; esso si manifesta come un "sistema policentrico in cui all'ordinamento statale si aggiungono una pluralità di altri ordinamenti (regionale, provinciale e comunale) tra di loro autonomi e separati ma al contempo comunicanti" (in tal senso si esprime M. MANCINI, *I regolamenti degli enti locali tra riserva di competenza e "preferenza" in un* multilevel system of government, in *Le Regioni*, 2008, p. 91 a cui si rinvia

Come noto, la riforma del Titolo V della Costituzione consente di ritenere definitivamente tramontata l'idea di poter disporre regole organizzative unitarie in un sistema che si presenta invece plurale e diversificato. Dalla nuova formulazione dell'art. 117 Cost., co. 2, lett. g) si desume che all'ordinamento Statale è riservata solo la possibilità di regolamentare l'organizzazione amministrativa propria e degli enti pubblici nazionali non più, dunque, l'organizzazione amministrativa in generale. Si lascerebbe, dunque, alle Regioni ed agli enti locali la possibilità, entro i dovuti limiti, di adottare modelli differenziati di organizzazione amministrativa. Per le Regioni tale competenza è espressamente riconosciuta dall'art. 123 Cost. Rispetto agli enti locali, invece, la possibilità di disciplinare autonomamente gli aspetti della propria organizzazione trova un valido supporto normativo nell'art. 117, comma 6, Cost. letto alla luce dei rapporti di equiordinazione istituzionale fissati dall'art. 114. Così facendo si evita il rischio di ritenere che la "disciplina dell'organizzazione" venga assorbita interamente dalla clausola di residualità introdotta dall'art. 117. co. 4, Cost. in favore delle Regioni.

Non è certo agevole definire l'esatto confine del concetto di autonomia organizzativa ([72]), ma, sulla scorta dei principi emergenti dalla giurisprudenza costituzionale, si ritiene ([73]) che possa esprimersi nell'esercizio del potere di auto-

per una più approfondita analisi del modello c.d. *multilevel costitutionalism* e dei suoi riflessi sul quadro delle fonti). Ciò ha dei riflessi enormi sul quadro delle fonti mettendo in crisi i tradizionali criteri di risoluzione delle antinomie e rendendo particolarmente complessa la stessa possibilità di pervenire alla definizione di un sistema delle fonti (G. PITRUZZELLA, *Quali poteri normativi per l'autonomia locale?*, in *Le Regioni*, 2008, p. 3 ss.).

(72) Una recente sentenza della Corte Costituzionale n. 139/2009 afferma che "l'autonomia regionale in materia (di organizzazione) è stata compressa ed erosa sotto diversi profili, ed anzi si può affermare che la materia dell'organizzazione amministrativa è forse quella nella quale ha maggiormente inciso l'intervento interpretativo del giudice costituzionale, sì da avallare l'idea per la quale, oggi, l'organizzazione amministrativa è materia men che residuale". Sul punto v. nota di D. GIROTTO, *La debole riserva di competenza legislativa regionale in tema di organizzazione amministrativa*, in *www.forumcostituzionale.it*.

(73) S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto Regionale*, Bologna, il Mulino, 2005, 139.

regolamentazione della propria struttura amministrativa: diversi autori, in particolare, riconducono in essa "l'articolazione degli uffici, gli uffici di diretta collaborazione, la dirigenza, i controlli interni". Si giunge anzi ad affermare che "gran parte dei controlli interni ora previsti dal TUEL (artt. 127-137 e poi nuovamente 141-145) non potrà sopravvivere se si vorrà rispettare la potestà statutaria e regolamentare accordata al sistema autonomistico. Il rispetto di tale autonomia (artt. 114, co. 2, e 117, co. 6, Cost.), ora assurta al rango della diretta protezione costituzionale, infatti, rimette all'autonomia di questi soggetti la conformazione o meno (e la relativa intensità) ai principi ispiratori e alla stessa disciplina accolta nel d.lgs. n. 286 del 1999" ([74]).

Se a proposito di quanto detto c'è ampia condivisione in letteratura, si deve anche tener conto che l'autonomia organizzativa, pur non dovendosi attenere a modelli definiti in modo eteronomo, deve comunque conformarsi ai principi ed ai valori direttamente derivanti dalla Costituzione. Il complesso problema che viene a porsi consiste nell'individuare i soggetti competenti alla loro identificazione. Tra essi rientra sicuramente la Corte Costituzionale ([75]), mentre più complessa è la possibilità di conferire tale compito al legislatore nazionale. Tale eventualità non è di per sé esclusa, ma opportuno sarebbe il preventivo conseguimento di un'apposita intesa con Regioni ed Enti locali (nelle relative conferenze), considerando che il legislatore nazionale verrebbe a legiferare su materie di cui non ha competenza ed al solo fine di garantire l'unità dell'ordinamento repubblicano ([76]).

(74) S. GAMBINO, *Autonomie territoriali e riforme*, in *www.federalismi.it*, 2009, p. 52. Sostiene la tesi della riconducibilità della materia dei controlli interni anche L. ZOPPOLI, *Applicabilità della riforma del lavoro pubblico alle Regioni e riforma costituzionale*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*. Commentario, Utet, Torino, 2004, p. 54.

(75) In tal senso un principio generale ben può essere desunto dalla recente giurisprudenza costituzionale in materia di *spoils system*. In particolare le sentenze n. 103 e 104 del 2007 desumono la necessità di procedere alla valutazione direttamente dall'art. 97 Cost.

(76) In ordine a tale aspetto v. quanto rileva A. TROJSI, *Le Regioni nella disciplina e nella gestione del lavoro pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologie e tecniche*

Sulla base di ciò è possibile passare ad esaminare i contenuti del d.lgs. n. 150/09. Considerando che in un certo senso la dimensione dell'organizzazione appare come prevalente rispetto ai profili ascrivibili all'ordinamento civile *tout court*, l'unico strumento utilizzabile dal legislatore delegato per ampliare l'ambito applicativo del modello di valutazione normativamente definito è risultato l'impiego dei principi generali dell'ordinamento.

A tal fine l'art. 16 d.lgs. n. 150/09, confermato dall'art. 74 d.lgs. n. 150/09, configura gli artt. 3, 4, 5, co. 2, 7, 9 e 15, co. 1, come principi generali dell'ordinamento di diretta attuazione dell'art. 97 Cost., a cui Regioni ed enti locali dovranno conformarsi. La configurazione di principi generali dell'ordinamento, intesi come valori fondamentali volti a garantire l'uniformità alla costituzione, non è di per sé contraria all'autonomia organizzativa come definita in precedenza. Ciò che, invece, desta perplessità è il modo in cui il legislatore delegato utilizza la tecnica di cui si discorre.

---

nella riforma del lavoro pubblico, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009 "Essa (l'autonomia organizzativa regionale e degli enti locali) è vincolata, poi, al rispetto dei "principi generali di organizzazione pubblica", dettati dal legislatore statale nell'esercizio della sua funzione di garanzia dell'unitarietà dell'ordinamento, valevoli per tutte le amministrazioni per la loro qualità appunto di "principi generali dell'ordinamento. Questo ruolo unificante del legislatore statale, pur nell'accentuarsi del peso delle autonomie (regionali e locali), trova fondamento nello stesso principio di unità e di indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.). Esso si traduce nella necessità di assicurare linee fondamentali d'indirizzo comuni dell'organizzazione amministrativa, strumentali al perseguimento dell'obiettivo ultimo della realizzazione di un esercizio unitario della funzione pubblica in tutto il territorio nazionale. 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". In ordine alla necessità di concordare i principi generali dell'ordinamento anche F. MERLONI, *Riflessioni sull'autonomia normativa degli enti locali*, in *Le Regioni*, 2008, p. 91 ss. secondo cui "competente a definire i principi generali dell'ordinamento "…dal momento che la nostra costituzione non ha riservato allo Stato un potere legislativo del genere, anzi lo esclude…. *(è)* O lo Stato, sulla base di una convenzione costituzionale non scritta con Regioni ed enti locali, a condizione di sottoporre al loro parere (nelle Conferenze) un testo avente questi contenuti, ovvero, in via suppletiva la Corte Costituzionale."

Quanto all'art. 3 del d.lgs. n. 150/09 non si pongono particolari difficoltà. La disposizione in esame introduce principi estremamente generici, in parte già presenti nel precedente quadro normativo ([77]). Il problema si pone, invece, per le restanti norme, che, introducendo una disciplina di estremo dettaglio, rendono difficile rinvenire in esse un parametro volto a guidare lo sviluppo organizzativo del singolo ente ([78]): i confini tra l'adeguamento, concetto di non semplice declinazione ([79]), e la meccanica attuazione sembrano essere molto sottili ([80]). Non emergono chiare indicazioni in merito all'ambito di estensione degli artt. 10, 13 e 14 d.lgs. n. 150/09. Né gli artt. 16, 31 e 74 forniscono elementi al riguardo. Si potrebbe ipotizzare che tali norme, non essendo ricondotte nell'ordinamento civile né essendo qualificate come principi generali dell'ordinamento, ben possano individuare aspetti inerenti all'organizzazione amministrativa del solo Stato. Tuttavia, la soluzione prospettata si scontra con il fatto che diversi sono i

(77) Un esempio può essere rinvenuto proprio nel richiamo operato dall'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 150/09 al principio di pari opportunità dei diritti. Si tratta di un principio che non riceveva espressa menzione nel d.lgs. n. 286/99 ed a cui molteplici direttive ministeriali fanno richiamo, al fine di implementare pratiche di *diverity management*. Tuttavia, sarebbe erroneo ritenere che, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/09, l'intreccio tra sistemi di valutazione e principio di pari opportunità fosse assente. Per un approfondimento sia consentito rinviare a P. MONDA, *La multiculturalità nel rapporto di lavoro dirigenziale: ostacoli e peculiarità*, in corso di pubblicazione.

(78) Tale finalità rientra negli obiettivi degli accordi stipulati con Anci e Upi ai fini dell'attuazione della riforma negli enti locali.

(79) Sul punto rileva M. CERBONE, *L'impatto della riforma sul lavoro pubblico locale*, L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologie e tecniche nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009 " … questa precisa opzione metodologica … solo in apparenza semplifica le questioni; in realtà, le riporta su un terreno dinamico, permanentemente *in itinere*, in ragione dell'intrinseco riferimento che il concetto medesimo fa alle peculiarità dell'organizzazione".

(80) Non sembra esserci piena conformità con i contenuti emergenti dalla copiosa giurisprudenza costituzionale in materia di principi generali dell'ordinamento. Tale rilievo viene formulato da P. BARRERA, *Limiti della potestà legislativa dello Stato e riforma del lavoro pubblico*, in *www.astridonline.it* secondo cui "La Corte costituzionale, com'è arcinoto, in una delle sue primissime sentenze (6/1956) definì i principi generali dell'ordinamento – quelli dell'art.12 delle preleggi – come gli "orientamenti e direttive di carattere generale e fondamentale che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente".

dati contenuti negli artt. 10, 13 e 14 d.lgs. n. 150/09, che ne estendono l'ambito anche a Regioni ed enti locali. Così come numerose sono le disposizioni, espressione di legislazione esclusiva dello Stato o qualificate come principi generali dell'ordinamento, che, nel richiamare le norme in esame, ne presuppongono un ambito applicativo non certo circoscritto al solo ordinamento statale.

In relazione alla Commissione per la valutazione, l'estensione delle sue competenze a Regioni ed enti locali è dimostrata da espressi elementi normativi tra cui: la verifica a campione della corretta predisposizione del Piano delle *Performance* e della Relazione delle *Performance* ad opera degli enti locali; la promozione di analisi comparate della *performance* delle amministrazioni pubbliche; la formulazione di indicatori di andamento gestionale rispetto a cui, anche per Regioni ed enti locali, vige un obbligo di trasparenza; l'adeguamento, in virtù degli artt. 3, co. 2, e 7, co. 2, d.lgs. n. 150/09, di Regioni ed enti locali al principio secondo cui il sistema di valutazione delle *performance* va adottato conformemente alle direttive dell'organismo di cui si tratta. La Commissione non è, invece, investita della redazione di una graduatoria delle *performance* amministrative poste in essere da Regioni ed enti locali. L'art. 13, co. 6, lett. i) fa esplicito riferimento solo alle amministrazioni statali, anche se da tale atto dipende la definizione, ad opera della contrattazione collettiva nazionale, dei criteri di riparto delle risorse per la contrattazione decentrata tra i livelli di merito di cui si compone la graduatoria. Aspetto ancor più peculiare se si considera che l'art. 54, in cui è individuata tale competenza, è una norma ricondotta dall'art. 74 nell'ambito della potestà legislativa esclusiva dello Stato.

Incertezze analoghe si pongono per gli OIVP. Anche in questo caso gli artt. 16, 31 e 74 d.lgs. n. 150/09, non disponendo nulla in ordine alla riconducibilità di tale disciplina nell'ambito dell'ordinamento civile o in ordine alla sua configurabilità in termini di principio generale dell'ordinamento, paiono presupporne l'inerenza all'organizzazione amministrativa statale. Tuttavia numerosi sono gli elementi da cui possi-

bile desumere il contrario. In tal senso depongono: l'art 14, co. 1, che espressamente prevede l'istituzione di un Organismo indipendente di valutazione delle *performance* presso ogni amministrazione, lasciando emergere una portata onnicomprensiva della disposizione; la previsione dell'art. 7, co. 2, lett. a) a cui Regioni ed enti locali dovrebbero adeguare il proprio ordinamento; senza poi contare che l'art. 30, qualificato dall'art. 74 come espressione della potestà legislativa esclusiva dello Stato, in modo lapalissiano dispone che tutte le amministrazioni pubbliche provvedono ad istituire gli organismi di valutazione delle *performance* entro il 30 aprile 2010.

In definitiva il quadro normativo sconta un difetto di fondo: voler configurare un modello organizzativo del sistema di gestione delle risorse umane, di cui la valutazione fa parte, operante per un sistema plurale e complesso come il variegato universo delle amministrazioni pubbliche ([81]). Al fine di allargare le maglie del decreto legislativo si utilizza lo strumento dei principi generali dell'ordinamento per taluni assi del ciclo di gestione delle *performances*, ma è difficile immaginare un adattamento delle Regioni e degli enti locali prescindendo da un confronto con l'intera disciplina contenuta nel Titolo II del d.lgs. n. 150/09. È un modello che viene regolato in modo estremamente minuzioso dal legislatore ed in cui i vari tasselli che compongono il *puzzle* difficilmente possono essere scissi l'uno dall'altro poiché tra di loro strettamente connessi. Non si può certo non condividere l'idea che il sistema degli enti locali sia stato quello dove l'interferenza politica nelle dinamiche amministrative si è manifestata in modo spesso incontrastato, ma il far fronte a tale stato di cose è l'obiettivo essenziale del decreto è opportuno chiedersi se il mezzo impiegato sia necessario e proporzionale ([82]).

(81) Del resto si tratta di un vizio originario nel senso che le prime versioni del decreto avevano una portata onnicomprensiva che emergeva in modo molto chiaro. Il ridimensionamento del testo è stato il frutto dell'intesa raggiunta in modo estremamente faticoso con la Conferenza unificata.

(82) Perplessità simili legate alla profonda opera di "legificazione" posta in essere dal d.lgs. n. 150/09 sono state già espresse nell'ambito di un precedente saggio a cui si rinvia R. SANTUCCI, P. MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incen-*

Infine, nel valutare l'impatto del d.lgs. n. 150/09 sulla disciplina dei controlli interni di Regioni ed enti locali non si può far a meno di evidenziare come tale materia subisca anche l'incidenza del 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". L'art. 29, infatti, contiene diverse disposizioni che regolamentano il tema dei controlli e rispetto a cui il problema del coordinamento con il d.lgs. n. 150/09 sarà inevitabile. Una mediazione viene cercata nel comma di chiusura della disposizione in esame, da cui si evince che quanto disposto dal disegno di legge in questione rispetto ai controlli interni si applica fermo restando l'art. 16 d.lgs. n. 150/09 ([83]). Si prospetta, in ogni caso, un'operazione ermeneutica certo non agevole se si considera che permangono talune incertezze come il richiamo, operato dall'art. 24, alla competenza dei Consigli nella nomina "degli organismi di valutazione e controllo di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286". È solo il caso di ricordare che gli organismi a cui ci si riferisce ricadono nella previsione dell'art. 14, co. 2, e dell'art. 30 del d.lgs. n. 150/09, che ne prevedono la sostituzione in favore degli OIVP e che la nomina dei suoi componenti è rimessa all'organo di indirizzo politico sentita la Commissione di cui all'art. 13 d.lgs. n. 150/09.

---

tivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologie e tecniche nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

(83) L'art. 29, co. 6, disegno di legge in esame esplicitamente afferma "Le disposizioni del Testo unico in materia di controlli, di programmazione e di controllo di gestione, come modificate ed integrate dal presente articolo, si applicano fermo quanto previsto dall'articolo 16 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150."