

La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana: una retrospettiva a vent'anni dal d.lgs. n. 165 del 2001

Stefano Battini

Le disposizioni raccolte nel decreto legislativo n. 165 del 2001, e poi continuamente modificate negli anni successivi, esprimono un ambizioso progetto di riforma della Costituzione amministrativa italiana. Questo intendeva modificare i rapporti fra politica e amministrazione, l'equilibrio fra legge e contratto nella disciplina del lavoro pubblico e la natura stessa di questo rapporto. Ad una valutazione retrospettiva, la riforma è stata però deformata. Essa presupponeva una dirigenza più indipendente e più responsabile per i risultati. Ma la dirigenza è oggi asservita alla politica e schiacciata sotto il peso di responsabilità per violazione di regole, sviluppando un atteggiamento difensivo. La riforma intendeva affidare alla legge l'organizzazione degli uffici e alla contrattazione il rapporto di impiego. Ma tale linea di confine è stata continuamente attraversata e tradita. La riforma intendeva introdurre nel settore pubblico la flessibilità del settore privato. Ma la flessibilità pubblica ha prodotto soprattutto promozioni generalizzate e stabilizzazioni di lavoratori precari senza concorso. La riforma poggiava sul principio della unificazione del lavoro pubblico e del lavoro privato. Ma l'evoluzione di quest'ultimo nel senso della precarietà allontana nuovamente i due universi normativi.

1. *Premessa*

I 73 articoli, 63.731 parole, 422.344 caratteri del decreto legislativo n. 165 del 2001 (d'ora in avanti TULP), raccontano la storia della grande illusione della riforma del pubblico impiego¹.

Si tratta di una storia lunga, iniziata prima dell'approvazione del decreto. Prese avvio, come è noto, nei primi anni '90 del secolo scorso². Proseguì nello stesso decennio, con una successiva stagione riformatrice³, la cui disciplina è successivamente confluita, all'inizio del nuovo secolo, nel TULP⁴. Questo rappresentò una forma del tutto particolare di "Testo unico": non raccolse tutte le norme sul pubblico impiego, ma solo la disciplina riformatrice. Restarono fuori dal c.d. Testo unico non solo le regole privatistiche, cui esso rinviava, ma anche molte vecchie regole pubblicistiche, che il TULP teneva ferme, senza incorporarle, comprese alcune di quelle contenute nella precedente codificazione del 1957, mai abrogata. Negli ultimi venti anni, il TULP ha poi accentuato il proprio carattere di incompletezza e asistematicità. L'accentuazione del carattere incompleto deriva dalla successiva disseminazione nell'ordinamento di disposizioni «*extra vagantes*»⁵ sul pubblico impiego, dettate soprattutto da ragioni contingenti, specie a fini di contenimento della spesa, in sede di manovre finanziarie. La natura asistematica è poi frutto dei ben 105 atti legislativi di modifica, censiti dal portale "Normattiva", i quali hanno prodotto una stratificazione di disposizioni eterogenee, approvate nel

¹ S. CASSESE, *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2013, pp. 313-316.

² Con la delega contenuta nella l. n. 421 del 1992 e attuata dal d.lgs. n. 29 del 1993, successivamente corretto con il d.lgs. n. 470 e il d.lgs. n. 546 adottati nello stesso anno.

³ Con la delega contenuta nella l. n. 59 del 1997, attuata dal d.lgs. n. 396 del 1997 e dal d.lgs. n. 80 del 1998.

⁴ Il commentario più completo e aggiornato è oggi G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, in *Le fonti del diritto italiano, Il diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2019. In precedenza, la disciplina poi confluita nel TULP è stata oggetto di una stagione di fortunati commentari, fra cui spiccano F. CARINCI, M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2000 e A. COPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche, Le nuove leggi civili commentate*, 5-6 (numero monografico), 1999.

⁵ Così V. TALAMO, *Commento all'art. 71*, in L. FIORILLO (a cura di), *Il Lavoro pubblico*, in *Le fonti del diritto italiano, Il diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, II ed., p. 862.

quadro di politiche ispirate da idee diverse e talora contrastanti, che si sono succedute nel tempo, ma anche sovrapposte, in una disciplina che peraltro, già nella versione originaria, non rassomigliava certo al codice civile per rigore dell'impianto. Per tali ragioni, il TULP ha di recente rischiato di essere sostituito. Ma il progetto di una codificazione più completa e sistematica, affacciato nel 2015⁶, è fallito in sede di esercizio della delega, permettendo così al vecchio decreto di assorbire ulteriori contenuti⁷ e pervenire al genetliaco che questa *Rivista* intende celebrare. Il TULP non è dunque un momento di svolta, ché, anzi, la sua portata innovativa fu limitata, anche sul piano della codificazione e sistematizzazione del diritto vigente. Esso è piuttosto il diario di bordo del lungo viaggio fin qui compiuto da un progetto di riforma molto ambizioso, che mirava a cambiare la stessa collocazione costituzionale della burocrazia italiana, generando quella che si potrebbe chiamare una nuova Costituzione amministrativa. Non si allude, ovviamente, ad una modifica della Costituzione in senso formale, ma ad un cambiamento sia dello "statuto costituzionale dell'amministrazione", cioè dei principi sull'amministrazione che hanno acquisito progressivamente, anche per opera della giurisprudenza, rango costituzionale, sia della conseguente posizione costituzionale dell'amministrazione⁸.

Il viaggio di cui parliamo non occupa solo gli ultimi venti anni, ma anche (almeno) i precedenti dieci. Esso non è ancora terminato, non tanto perché la meta sia lontana, quanto perché la rotta, continuamente modificata, pare smarrita. Si proverà in queste pagine a richiamare le ragioni del viaggio e la rotta originaria (§2) e a ricostruire le principali deformazioni che essa ha subito (§ 3), per poi trarre qualche breve conclusione (§4).

⁶ Con la delega contenuta nella l. n. 124 del 2015. Su tale delega, B.G. MATTARELLA, E. D'ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Milano, Edizioni Il Sole 24 Ore, 2015; B.G. MATTARELLA, E. D'ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Milano, Edizioni Il Sole 24 Ore, 2017.

⁷ In particolare, con il d.lgs. n. 75 del 2017.

⁸ Si assume dunque, grossomodo, la prospettiva di V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione costituzionalizzata*, Torino, Giappichelli, 2019, in particolare p. 1 ss.

2. La riforma della Costituzione amministrativa

La riforma si proponeva di realizzare un cambio di paradigma: abbandonare il modello tradizionale di «*sovereign employer*»⁹ e, con esso, l'idea di una burocrazia legata a doppio filo allo Stato, sulla base di una relazione politica e pubblicistica di immedesimazione organica, che isola il dipendente pubblico dal conflitto economico e sociale e lo distingue e separa dal lavoratore privato. Al suo posto la riforma introduceva una concezione diversa, e per certi versi contrapposta: un avvicinamento della burocrazia alle dinamiche dell'impresa e del mercato; il riconoscimento del carattere autenticamente conflittuale della relazione economica fra lo Stato e i propri dipendenti; la tendenziale applicazione a tale rapporto delle stesse regole che compongono il conflitto nelle relazioni di lavoro subordinato nell'impresa; il trasferimento al settore pubblico delle tecniche gestionali aziendalistiche e, con ciò, un auspicato deciso incremento di efficienza degli apparati amministrativi. Si trattava peraltro di direttrici di riforma già da tempo suggerite e auspicate dalla più avveduta scienza giuspubblicistica¹⁰ e giuslavoristica¹¹.

2.1 Le radici politiche ed economiche

Di un fenomeno importante, bisogna sempre determinare il *quando*, il *perché* e il *come*. La svolta si colloca agli inizi degli anni '90 del secolo

⁹ L. BORDOGNA, R. PEDERSINI, *Relazioni industriali*, Bologna, Il Mulino, 2019.

¹⁰ Massimo Severo Giannini, dopo aver previsto nel 1970 un progressivo avvicinamento dell'impiego pubblico e dell'impiego privato fino a divenire «varianti di un unico rapporto» (*Impiego pubblico (profili storici e teorici)* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970), nel suo *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, trasmesso in qualità di Ministro per la funzione pubblica alle Camere il 16 novembre 1979, proponeva la «alternativa della privatizzazione». «Se – vi si affermava – guardando oltre le attuali incertezze, si cerchino le ragioni del travaglio, ci si avvede che esse stanno nel processo di pubblicizzazione forzata che i rapporti di impiego e di lavoro con gli enti pubblici hanno subito nel corso di mezzo secolo. (...) C'è allora da chiedersi se un'altra strada percorribile non sia quella di privatizzare i rapporti di lavoro con lo Stato non collegati all'esercizio di potestà pubblica, conservando come rapporto di diritto pubblico solo quello di coloro ai quali tale esercizio è affidato o affidabile, cioè gli attuali direttivi e dirigenti».

¹¹ M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978. Il lavoro di Rusciano si è ispirato alle idee di Giannini e l'A. ha successivamente messo in luce sia quanto la riforma degli anni '90 abbia realizzato quei progetti, sia quanto essa se ne sia invece discostata, in particolare con riferimento alla dirigenza. Si veda M. RUSCIANO, *Giannini e il pubblico impiego*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2000, p. 1111.

scorso, *quando* i processi di globalizzazione ed europeizzazione conobbero un punto di svolta, che investirono anche le politiche del pubblico impiego. La disciplina del lavoro pubblico, le cui dinamiche erano state fino ad allora prevalentemente determinate da attori interni, divenne rilevante fuori dei confini statali. Il vincolo esterno agì su entrambe le dimensioni che definiscono la collocazione costituzionale della burocrazia: il rapporto con i titolari politici di funzioni pubbliche e il rapporto con gli altri lavoratori subordinati, che non esercitano funzioni pubbliche. In breve, il rapporto fra politica e amministrazione e il rapporto fra lavoro pubblico e privato.

Quanto alla prima dimensione, il vincolo esterno riempì di nuovi significati il principio di imparzialità amministrativa, che inclinò verso quello di amministrazione indipendente dalla politica. Dalla prospettiva esterna, amministrare interessi comuni perseguendo l'interesse nazionale è una forma di parzialità. Il servizio esclusivo alla Nazione, simbolo di neutralità della burocrazia nell'ordine domestico, acquisisce una carica discriminatoria nell'ordine europeo e globale. Di qui la pressione esterna per una più netta separazione fra la politica, ancorata alla dimensione nazionale, e l'amministrazione, sospinta invece in un territorio di gestione neutrale di regole e interessi che appartengono ad una più vasta società sovranazionale. Le amministrazioni indipendenti furono la manifestazione più intensa del fenomeno¹². Il principio di separazione fra indirizzo politico e gestione amministrativa fu quella

¹² Sul fondamento sovranazionale del modello di amministrazione indipendente, cfr. G. CORSO, *Il diritto europeo e la sua influenza sul diritto italiano*, in G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di), *Il diritto che cambia. Liber Amicorum Mario Pilade Chiti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 96 (secondo cui la compatibilità del modello con l'art. 95 Cost. «discende proprio dall'ordinamento dell'Unione e, quindi, secondo i nostri paradigmi, dall'art. 117 della Costituzione, che equipara i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ai vincoli che discendono dalla Costituzione»). Per uno sviluppo dell'influenza europea sull'indipendenza dell'amministrazione, sia consentito il rinvio a S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2018, pp. 947-983. Sul modello di amministrazione indipendente, in termini comparati, M. D'ALBERTI, *Administrative Law and the Public Regulation of Markets in a Global Age*, in *Comparative Administrative Law*, in S. ROSE-ACKERMAN, P. LINDSETH (a cura di), *Comparative Administrative Law*, London-Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011. Più in generale, ID., *Autorità indipendenti*, in *Enc. giur.*, 1995; F. MERUSI, *Democrazia e Autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, Bologna, il Mulino, 2000; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino, 2005.

di più generale applicazione¹³. Nella medesima direzione spinsero poi, sempre nei primi anni '90 dello scorso secolo, vicende interne: indagini giudiziarie svelarono un sistema di corruzione che indebolì la politica nazionale e concorse a giustificare un suo complessivo arretramento dalla sfera dell'amministrazione.

Il vincolo esterno caricò di nuovi significati anche il principio di buon andamento dell'amministrazione, influenzando per questa via sull'altra dimensione della collocazione costituzionale della burocrazia italiana, vale a dire il rapporto con il lavoro subordinato nell'impresa. Il modello tradizionale del datore di lavoro "sovrano", basato sulla regolazione legislativa del lavoro pubblico, aveva a lungo consentito a quel datore di lavoro di fare uso strumentale degli apparati amministrativi, finalizzato alla conservazione del consenso politico, facendo gravare sulla collettività generale, e soprattutto sulle generazioni future, costi che un datore di lavoro privato non avrebbe potuto sopportare, in ragione di quel "vincolo di mercato" da cui il regolatore sovrano risultava invece affrancato. Il vincolo esterno venne a rappresentare però, nel settore pubblico, un succedaneo del vincolo di mercato. Negli anni '80 del secolo scorso, caratterizzati da un modello di *sovereign employer* ibridato – basato cioè su un impasto di leggi, leggine, e accordi politico-sindacali riversati in regolamenti – i valori delle retribuzioni del settore pubblico si erano quadruplicati, sopravanzando nettamente quelli del settore privato, a loro volta attestatisi ben oltre il livello già elevatissimo dell'inflazione. Tali dinamiche divennero incompatibili con i parametri di contenimento dell'inflazione e del debito pubblico imposti dal Trattato di Maastricht ai fini dell'ingresso nella moneta unica. Le condizioni europee richiesero quindi di abbandonare il modello del *sovereign employer* e di far confluire il pubblico impiego nel contesto regolatorio privatistico, così applicando ad esso, sia pur artificialmente, il vincolo di mercato. Si volle così stabilire che il datore di lavoro pubblico non potesse concedere ai propri dipendenti trattamenti normativi diversi da quelli che la legge concede ai lavoratori privati, né trattamenti economici diversi da quelli che un'agenzia indipendente

¹³ Nella prospettiva dell'indipendenza, B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Maggioli, Rimini, 2012.

concorda con i sindacati secondo le regole del sistema di relazioni industriali. L'inserimento del pubblico impiego in tale sistema fu sancito dall'accordo fra Governo e parti sociali del 1993 e corrispose ad una generale strategia di responsabilizzazione dei sindacati verso gli obiettivi di contenimento della spesa e di risanamento finanziario, in cambio della quale essi acquisirono nel settore pubblico un ruolo che non era mai stato così determinante. L'appoggio sindacale fornì inoltre al Governo, in quegli anni, una legittimazione sociale che bilanciava la crisi del sistema politico.

Il *perché* della riforma spiega anche il suo *come*. Il tratto più caratterizzante risiede nella peculiare saldatura che si stabilisce fra i due principi indicati: quello della separazione fra politica e amministrazione e quello della unificazione fra lavoro pubblico e privato. Una dirigenza più autonoma dalla politica, titolare in proprio della gestione amministrativa e responsabile dei relativi risultati, avrebbe dovuto interpretare il ruolo del datore lavoro nei confronti del resto del personale, operando secondo il regime privatistico. Si ritenne che la privatizzazione non potesse funzionare con un datore di lavoro politico e, al tempo stesso, che la separazione fra politica e amministrazione non potesse funzionare con una dirigenza imbrigliata dalla fitta maglia di regole, procedure e controlli che connotavano il regime pubblicistico del personale subalterno. La saldatura fra i due principi era poi sorretta da una solida impalcatura ideologica, non a caso anch'essa di derivazione internazionale e di matrice anglosassone. Il *New Public Management* predicava appunto la preposizione a ciascuna unità organizzativa della pubblica amministrazione di *manager* professionali, con autonomia di gestione delle risorse umane e finanziarie, secondo regole flessibili, e responsabilità per i risultati raggiunti nel perseguimento di obiettivi definiti dal corpo politico.

Sembrava a quel tempo che i vari elementi descritti si componessero in un armonico disegno innovatore, tale da dischiudere magnifiche sorti e progressive. Il condizionamento europeo non era una compressione della democrazia nazionale, ma una provvidenziale costrizione esterna ad essere virtuosi. Il vincolo esterno sembrò finalmente imporre al legislatore nazionale interventi di riforma che avrebbero reso la burocrazia italiana, al tempo stesso, più imparziale e più efficiente, realizzando in modo più

pieno e convincente i valori della Costituzione amministrativa italiana, al tempo stesso proponendo una penetrante rilettura delle sue disposizioni.

2.2 Le basi giuridiche

Vi fu piena consapevolezza del rilievo costituzionale del cambiamento introdotto. Ma, nella visione riformatrice, quel cambiamento non richiedeva alcuna revisione della Costituzione formale. Esso difatti consisteva nella affermazione di letture ammesse dall'impianto elastico della Costituzione, rimaste in precedenza soffocate sotto il peso di interpretazioni costituzionali troppo ancorate alla tradizione.

La rilettura riformatrice toccò in particolare tre punti della Costituzione amministrativa: il principio di responsabilità ministeriale; la riserva di legge in materia di organizzazione amministrativa; la natura del rapporto di impiego pubblico e il suo regime giuridico. Su ciascuno di questi tre punti, le norme del TULP rappresentano le basi di una nuova Costituzione amministrativa.

2.2.1 Politica e amministrazione

Come è noto, convivono nella Costituzione italiana due concezioni della burocrazia: quella basata sull'imparzialità dell'amministrazione e quella ispirata al principio della responsabilità politica per l'azione amministrativa. La convivenza è stata sempre difficile ma l'equilibrio si è a lungo attestato su un assetto che, grosso modo, potrebbe sintetizzarsi in termini di separazione strutturale e gerarchia funzionale. La difesa dell'amministrazione rispetto alle "ingerenze" politiche, denunciate fin dai tempi di Minghetti e Spaventa, si è affermata sul piano strutturale del rapporto di impiego dei dipendenti pubblici: assunti per concorso (art. 97, c. 3), promossi solo per motivi oggettivi di merito o anzianità (art. 98, c. 2), posti al servizio esclusivo della Nazione e non del Governo (art. 98, c. 1). La preminenza della politica rispetto ad apparati altrimenti autocefali, invece, si è affermata sul piano funzionale e del rapporto di ufficio dei funzionari professionali: titolari di uffici in larga misura privati di poteri autonomi e "responsabilità proprie" (art. 97, c. 2), in virtù della concentrazione in capo al Ministro del potere di adottare tutti gli atti del proprio dicastero, per i quali egli assume una responsabilità politica individuale (art. 95, c. 2).

La riforma ha spostato gli equilibri verso l'imparzialità, correggendo la gerarchia funzionale, attraverso il principio di distinzione fra indirizzo politico e gestione amministrativa¹⁴.

Tale principio è stato poi elevato di rango dalla Corte costituzionale, che lo ha ricondotto all'art. 97 Cost. e, almeno parzialmente, lo ha in tal modo sottratto alla disponibilità del legislatore¹⁵. Di conseguenza, con

¹⁴ La disposizione, originariamente introdotta dall'art. 3 del d.lgs. n. 29 del 1993, è rimasta sostanzialmente inalterata fino ad oggi, avendo conosciuto nel corso degli anni solo modifiche dirette a precisarla e rafforzarla. Essa è oggi enunciata dall'art. 4 TULP: «1. Gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti (...). 2. Ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati». La letteratura è sterminata. Per un recente dibattito collettivo, si possono leggere i contributi contenuti in M. IMMORDINO, C. CELONE (a cura di), *La responsabilità dirigenziale fra diritto ed economia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020. Tra i contributi monografici più recenti si vedano A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018 e C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale fra Stato e d'enti locali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018. Si veda anche la ricerca collettiva dell'IRPA, curata da L. CASINI, *Venti anni di politica e amministrazione in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2016, in cui si segnalano i contributi di B. CIMINO, *I profili funzionali: l'indirizzo e la gestione*, e L. SALTARI, *I profili strutturali: la nomina dei dirigenti*. Meno recente, ma sempre fondamentale anche per il carattere comparatistico, il lavoro di F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2006 e quelli di G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003 e G. D'ALESSIO, *La nuova dirigenza pubblica*, Roma, Philos, 1999. Fra i saggi più recenti, E.N. FRAGALE, *La distinzione tra politica e amministrazione: un modello da perfezionare?*, in *Diritto pubblico*, 2018, p. 851 ss. Fra i contributi più lucidi, C. D'ORTA, *Politica e amministrazione*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 371 ss. Per un inquadramento generale del tema, anche in prospettiva storica e comparata, si veda S. CASSESE, *Grandezza e miserie dell'alta burocrazia in Italia*, in *Politica del Diritto*, 2-3, 1981, pp. 219-261; M. D'ALBERTI, *L'alta burocrazia. Studi su Gran Bretagna, Stati Uniti d'America, Spagna, Francia, Italia*, Bologna, Il Mulino, 1994; M. D'ALBERTI (a cura di), *La dirigenza pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1990.

¹⁵ Cfr. in particolare C. cost. n. 81 del 2013: «La separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa costituisce un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost.», mentre «l'individuazione dell'esatta linea di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell'organo politico e quelli di competenza della dirigenza amministrativa, però, spetta al legislatore. L'individuazione dell'esatta linea di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell'organo politico e quelli di competenza della dirigenza amministrativa, però, spetta al legislatore. A sua volta, tale potere incontra un limite nello stesso art. 97 Cost.: nell'identificare gli atti di indirizzo politico amministrativo e quelli a carattere gestionale, il legislatore non può compiere scelte che, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e amministrazione, ledano l'imparzia-

una lettura innovatrice dell'art. 97 Cost. si è ricavato un principio che ha modificato una lettura consolidata dell'art. 95 Cost., interrompendo l'antica coincidenza fra atti del Ministro e atti del dicastero. Di questi ultimi, difatti, oggi il Ministro assume la responsabilità politica, attivabile dal Parlamento con mozione di sfiducia individuale¹⁶, ma non anche la responsabilità giuridica (art. 28 Cost.), se non con riferimento ai soli atti di indirizzo, dato che quelli di gestione rifluiscono nella sfera delle competenze e delle "responsabilità proprie" dei dirigenti amministrativi, con effetti di sistema su cui si dovrà tornare.

2.2.2 *Legge e contratto*

Il secondo profilo riguarda il rapporto fra legge e contratto. L'interpretazione tradizionale rinveniva nella riserva di legge di cui all'art. 97, c. 2 Cost. il fondamento del modello del *sovereign employer*, cioè del principio della regolamentazione unilaterale, legislativa o comunque mediante fonti dell'ordinamento statale, dei rapporti di impiego pubblico. Pesava in proposito la tradizione giuspubblicistica: la teoria dell'organo e dell'immedesimazione organica, che individuava nel funzionario amministrativo un soggetto che presta allo Stato la propria volontà, piuttosto che il proprio lavoro; che assume la titolarità di un ufficio, piuttosto che una mansione. In questa prospettiva, l'impiego pubblico era concepito come una componente dell'organizzazione¹⁷ e, come tale, ricompreso nell'ambito di applicazione della riserva di legge dell'art. 97 Cost. Si trattava certo di una riserva di legge relativa, che venne però intesa come riserva assoluta di fonte unilaterale. Ciò escludeva ogni spazio per la contrattazione collettiva nel settore pubblico, se non nella forma ambigua degli accordi collettivi che, autorizzati ad intervenire nelle sole materie indicate dalla legge, venivano poi comunque recepiti in atti regolamentari,

lità della pubblica amministrazione». Dunque, il legislatore può definire in concreto quale sia il riparto di competenze fra politica e amministrazione, ma non può più modificare il criterio di riparto (indirizzo-gestione) che lo stesso legislatore ha posto.

¹⁶ Cfr. C. cost. n. 7 del 1996, a proposito del noto "caso Mancuso".

¹⁷ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 129: «tutto quanto attiene all'elemento personale degli uffici è parte integrante ed essenziale dell'organizzazione e come tale è stato sempre riconosciuto dalla tradizione scientifica e normativa italiana».

secondo una logica ibrida, affermatasi a partire dalla fine degli anni '60 del secolo scorso e codificata nella legge quadro del 1983.

La riforma ha ribaltato questa interpretazione. Per un verso, essa ha escluso che il modello del *sovereign employer* sia costituzionalmente obbligatorio, in quanto imposto dall'art. 97 Cost., reinterprestando il testo costituzionale nel senso che esso tollera la regolazione contrattuale del rapporto di lavoro pubblico. Per altro verso, la riforma, all'opposto, ha messo in dubbio la legittimità costituzionale del principio della regolamentazione esclusivamente unilaterale, affacciando l'idea che la Costituzione, includendo anche il lavoro pubblico nel sistema delle relazioni sindacali, richieda un bilanciamento fra art. 97 e art. 39 Cost. e imponga, almeno in certa misura, la regolazione contrattuale del rapporto di lavoro pubblico.

Il primo risultato è stato realizzato attraverso la scissione fra organizzazione amministrativa, cui deve essere riferita la riserva di legge *ex* art. 97 Cost., e i rapporti di impiego, tendenzialmente esclusi dall'ambito di applicazione di tale disposizione costituzionale¹⁸. Il secondo esito è invece frutto del principio generale, fissato dall'art. 2, c. 3, TULP, secondo cui i rapporti individuali di lavoro dei dipendenti pubblici «sono regolati contrattualmente», con disposizioni pattizie che la disciplina riformatrice ha in vario modo tentato di far prevalere sulle leggi speciali, passate e future¹⁹, per garantire un significativo «spazio negoziale» alla contrattazione e riequilibrare il rapporto fra art. 97 e art. 39 della Costituzione in favore di quest'ultima disposizione costituzionale.

La Corte costituzionale, anche in questo caso, si è incaricata di ricostruire la nuova cornice interpretativa del testo costituzionale. La *pars destruens*, diretta a recidere il collegamento fra Costituzione e modello del *sovereign employer*, è stata prontamente fatta propria dalla Corte, per respingere

¹⁸ Per verità, la separazione non è mai stata così netta e, come vedremo, ha conosciuto non poche oscillazioni. Ma fin dall'approvazione del d.lgs. n. 29 del 1993 costituiva il criterio tendenziale di riparto fra l'area del contratto e quella della legge.

¹⁹ Fin dall'origine, il d.lgs. n. 29 del 1993 ha previsto un meccanismo di abrogazione della disciplina speciale passata, a decorrere dalla sottoscrizione del secondo contratto collettivo successivo alla disciplina di riforma, cui si è subito aggiunto (d.lgs. n. 546 del 1993) un meccanismo di difesa della contrattazione collettiva e del suo spazio negoziale da successivi interventi legislativi di ri-legificazione e ri-specializzazione della disciplina. Quest'ultimo meccanismo ha però avuto una storia movimentata, di cui si riferirà più oltre.

censure di incostituzionalità della riforma fondate precisamente su quel presunto legame necessario. La Corte ha con chiarezza riconosciuto che il nuovo assetto, basato sulla disciplina legislativa dell'organizzazione e sulla regolazione contrattuale del rapporto di lavoro, realizza un «equilibrato dosaggio di fonti regolatrici» e sostituisce «il tradizionale statuto integralmente pubblicistico del pubblico impiego, non imposto dall'art. 97 Cost.»²⁰. La *pars construens* del ragionamento della Corte, diretta invece ad instaurare, in positivo, un collegamento fra la Costituzione e il modello della regolazione contrattuale del rapporto di impiego pubblico, separato dall'organizzazione, è giunta più di recente a piena maturazione, per accogliere censure di incostituzionalità di interventi legislativi unilaterali che contraddicevano quel modello. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 39, c. 1 Cost., di misure legislative di sospensione della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico, riconoscendo che in tale settore il contratto collettivo è espressione di libertà sindacale, «si atteggia come imprescindibile fonte», «contempera in maniera efficace e trasparente gli interessi contrapposti delle parti», «concorre a dare concreta attuazione al principio di proporzionalità della retribuzione», «si ispira (...) ai doveri di solidarietà fondati sull'art. 2 Cost.» e, più in generale, coinvolge «una complessa trama di valori costituzionali (artt. 2, 3, 36, 39 e 97 Cost.)». Sicché il carattere sistematico della sospensione delle procedure contrattuali produce un intollerabile «sacrificio del diritto fondamentale tutelato dall'art. 39 Cost.»²¹. Il mutamento della Costituzione amministrativa è evidente e radicale. Il pubblico impiego passa da un regime di riserva relativa di legge, in cui una quota di disciplina legislativa non può mancare, a un regime di riserva relativa di contrattazione, in cui è piuttosto la presenza di una disciplina negoziale ad essere costituzionalmente imposta.

2.2.3 *Diritto pubblico e privato*

L'ultimo profilo riguarda il rapporto fra diritto pubblico e diritto privato, che è strettamente collegato al precedente, nella misura in cui la con-

²⁰ C. cost. n. 309 del 1997; in precedenza, C. cost. n. 313 del 1996.

²¹ C. cost. n. 178 del 2015. Successivamente, C. cost. n. 257 del 2016 e n. 83 del 2019.

trattualizzazione autentica delle fonti di disciplina non può che basarsi sulla privatizzazione del rapporto di lavoro disciplinato. Le dispute sulla natura giuridica del rapporto di impiego sono assai risalenti e hanno accompagnato lo stesso percorso di formazione del diritto amministrativo come sistema di rapporti giuridici separato rispetto al diritto civile. La riconduzione ad esso dell'impiego pubblico è vicenda storica che non può essere qui nemmeno sinteticamente ripercorsa. Essa culminò, all'inizio del secolo scorso, in una raffinata ricostruzione dogmatica, secondo la quale l'esercizio di funzioni pubbliche viene affidato a cittadini che approfondiscono il proprio *status* di appartenenza alla comunità statale²², ricavandone una più intensa sottomissione all'autorità pubblica, ma anche, proprio in ragione della loro identificazione con lo Stato²³, una maggiore protezione, che è prevista anche nei confronti del Governo, a tutela dell'imparzialità amministrativa. Riflesso di tale ambivalenza fu poi la scelta di assegnare agli atti di gestione dei rapporti di impiego pubblico la qualità dei provvedimenti amministrativi²⁴, il cui esercizio è dettagliatamente regolato dalla legge nell'interesse pubblico, cui si ricollegano, in via mediata, interessi legittimi del dipendente, tutelati dal giudice amministrativo, provvisto addirittura di giurisdizione esclusiva. Si è a lungo ritenuto che la Costituzione abbia sostanzialmente accolto questo regime di netta separazione fra impiego pubblico e lavoro privato: l'uno, rapporto politico di identificazione con lo Stato, governato

²² S. ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 1898, L, p. 238 ss.

²³ Donato Donati individuava addirittura nei pubblici funzionari, anziché nei cittadini, la sostanza dello Stato: «Secondo l'opinione corrente, la persona dello Stato è una persona collettiva perché sintesi della collettività dei cittadini, costituendo questi la sostanza dello Stato. Al contrario per noi (...) la persona dello Stato è persona collettiva perché sintesi del complesso dei funzionari come tali, coesistenti o successivi» (D. DONATI, *La persona reale dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, XII, 1-2, 1921, pp. 3-241. Prolusione tenuta a Padova nel dicembre 1919, ripubblicata in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2006).

²⁴ Cfr. M.S. GIANNINI, *Impiego pubblico (profili storici e teorici)*, cit.: «Di fronte ad un corpo di norme che, nate in tempi diversi, finalizzate a scopi diversi, appariva tutt'altro che coerente, la giurisprudenza dei giudici amministrativi operò una ricucitura, che venne a dare al rapporto d'impiego pubblico (...) una fisionomia abbastanza precisa. Il punto su cui la giurisprudenza soprattutto fece leva fu il principio di legalità: procedendo per vie empiriche, essa non si preoccupò affatto di definire che cosa fossero gli atti con cui le pubbliche amministrazioni provvedevano all'amministrazione del personale; scelse la via più semplice e più breve, e li considerò tutti atti amministrativi».

dal diritto amministrativo, ramo del diritto pubblico; l'altro, rapporto economico conflittuale, governato dal diritto del lavoro, ramo del diritto privato. E non mancavano argomenti a sostegno di questa interpretazione. La Costituzione, difatti, non menziona mai l'impiego pubblico quando, dopo aver posto il lavoro a fondamento dello Stato (art. 1), collocandolo tra i principi fondamentali (art. 4), dedica a esso più della metà delle disposizioni che regolano i "rapporti economici" (artt. 35-40, 46). Apparentemente dimenticato nella sua qualità di lavoratore, l'impiegato pubblico è regolato solo dalle disposizioni costituzionali sui rapporti politici e sull'organizzazione amministrativa, in ragione delle funzioni pubbliche che esercita e per affermarne la relazione di immedesimazione con lo Stato. L'art. 51 Cost., che collega l'accesso ai pubblici uffici alla cittadinanza, e il nesso fra i due commi dell'art. 54 Cost., continuano l'idea romaniana dell'impiego pubblico come approfondimento dello *status* di cittadinanza: l'impiegato pubblico è un cittadino cui sono affidate funzioni pubbliche; il dovere di fedeltà del cittadino diviene obbligo del funzionario amministrativo di prestare giuramento; il dovere del cittadino di osservare la Costituzione e le leggi si qualifica per l'impiegato pubblico come dovere di adempiere alle funzioni pubbliche con disciplina ed onore. Gli artt. 97 e 98 Cost., come già detto, impongono il concorso pubblico e prevedono il "servizio esclusivo" alla Nazione per garantire l'imparzialità nell'esercizio delle funzioni amministrative.

L'idea che la Costituzione abbia semplicemente confermato il modello pubblicistico tradizionale è tuttavia sconfessata dalla riforma.

In primo luogo, questa ne ha decisamente circoscritto l'ambito di applicazione soggettivo, anche sotto l'influenza del diritto europeo. La giurisprudenza europea, come è noto, ha progressivamente esteso l'applicazione del principio di libera circolazione dei lavoratori (art. 45 TFUE) al settore pubblico, limitando la possibilità di derogarvi ad ipotesi nel complesso residuali, relative a posizioni che implicano, in modo prevalente, l'esercizio dell'autorità pubblica o la responsabilità di salvaguardare gli interessi generali dello Stato²⁵. Si è così interrotto, per la maggior parte dei dipendenti pubblici, quel nesso fra cittadinanza nazionale, accesso

²⁵ Cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 9 del 2018.

ai pubblici uffici ed esercizio di funzioni pubbliche, che rappresentava come detto elemento costitutivo del modello pubblicistico tradizionale e risultava, se non imposto, almeno presupposto dagli artt. 51 e 54 Cost., che hanno conseguentemente conosciuto una rilettura orientata dall'art. 11 Cost.²⁶. In coerenza con tali sviluppi, la riforma ha conservato lo *status* pubblicistico solo per alcune posizioni, che rappresentano un nucleo ristretto collocato all'interno della sfera, pur essa residuale, delle ipotesi in cui permane il legame fra nazionalità e funzione pubblica²⁷: diplomatici, prefetti, militari e personale delle forze di polizia, magistrati e avvocati dello Stato (in un primo tempo anche dirigenti generali dello Stato: ma di ciò più oltre).

In secondo luogo, la riforma ha limitato anche l'ambito di applicazione oggettivo del regime pubblicistico, distinguendo fra la disciplina dell'accesso agli uffici pubblici e quella del rapporto di lavoro. La prima, ma non la seconda, è oggetto di prescrizioni costituzionali (art. 51 e art. 97), che impongono sia la riserva di legge in tema di «procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro» (art. 40, c. 1, TULP e art. 2, c. 1, lett. c), n. 4 della l. n. 421 del 1992); sia una riserva di regime pubblicistico degli atti delle procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, su cui conseguentemente permane la giurisdizione del giudice amministrativo (art. 63, c. 4, TULP). Infine, con riferimento al rapporto di lavoro delle categorie di personale per le quali il modello pubblicistico non è stato espressamente confermato, la riforma ha ribaltato l'interpretazione del significato del silenzio mantenuto dalla disciplina costituzionale lavoristica a proposito dell'impiego pubblico. Quest'ultimo non è menzionato non già perché

²⁶ Si veda Consiglio di Stato, sez. IV, n. 1210 del 2015, secondo cui «l'art. 51 Cost. va piuttosto letto in conformità all'art. 11, nel senso di consentire l'accesso dei cittadini degli Stati dell'Unione europea agli uffici pubblici e alle cariche pubbliche nazionali in via generale, sulla base del principio della libera circolazione delle persone ex art. 45 TFUE, salvo gli eventuali limiti espressi o legittimamente ricavabili dal sistema, con riguardo alla concreta partecipazione all'esercizio di pubblici poteri o comunque alle circostanze poste in rilievo nella ricordata sentenza della Corte di giustizia (...)».

²⁷ S. CASSESE, *Stato nazione e funzione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, p. 89 ss.; B. GAGLIARDI, *La libertà di circolazione dei dirigenti pubblici europei*, in *Diritto Amministrativo*, 1, 2020, pp. 163-191. In precedenza, Id. *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Napoli, Jovene, 2012.

escluso, ma, al contrario, in quanto implicitamente ricompreso nell'ambito di applicazione di tale disciplina costituzionale. Questa si applica in principio a tutti i lavoratori, pubblici e privati, e sono semmai le deviazioni o deroghe rispetto alla disciplina comune ad esigere uno specifico fondamento costituzionale. Tale lettura ispira la norma chiave della c.d. privatizzazione del pubblico impiego, contenuta nell'art. 2, c. 2, del TULP, che ha disposto, con rinvio mobile, l'applicazione al lavoro pubblico delle norme del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, «fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto»: il diritto comune è dunque la regola, mentre il diritto speciale è norma di eccezione, di stretta interpretazione, che richiede apposita giustificazione²⁸. La riconduzione del rapporto all'alveo del diritto comune comporta anche l'abbandono del regime proprio degli atti amministrativi. L'assunzione nelle amministrazioni pubbliche «avviene con contratto individuale di lavoro» (art. 35, c. 1, TULP), anziché con nomina attributiva di *status*. Gli atti di gestione del rapporto sono «misure (...) assunte con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro» (art. 5, c. 2, TULP). Il vincolo di scopo riguarda sinteticamente la gestione e non più analiticamente i singoli atti di cui essa si compone²⁹. La corrispondenza di tali atti alla legge e all'interesse pubblico non è oggetto del controllo della Corte dei conti³⁰, né del controllo giurisdizionale del giudice amministrativo, la cui giurisdizione esclusiva è sostituita da quella del giudice ordinario del lavoro, che si estende fino alla disapplicazione di atti amministrativi presupposti (art. 63).

²⁸ Non è superfluo sottolineare come il rinvio alla legge comune, benché disponga l'applicazione di norme legislative, concorra anche a superare il modello della regolazione unilaterale del rapporto, cioè del *sovereign employer*. Quest'ultimo presuppone che lo Stato regoli unilateralmente il rapporto di lavoro dei propri dipendenti, mentre il rinvio al diritto comune implica che lo Stato debba regolare allo stesso modo tutti i rapporti di lavoro, per poi assoggettarsi, in qualità di datore di lavoro, alla stessa disciplina che si applica a tutti gli altri. Insomma, quando è sovrano non è parte e quando è parte non è sovrano.

²⁹ A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni industriali*, 1993, p. 462 ss.

³⁰ Nella versione originaria del d.lgs. n. 29 del 1993, la sottrazione degli atti relativi ai rapporti di lavoro al controllo di legittimità della Corte dei conti era oggetto di specifica disposizione (art. 4, c. 2), poi divenuta superflua per la riforma dei controlli della Corte che ha in via generale ridotto l'ambito di applicazione del controllo preventivo.

Tutto ciò non ha però segnato semplicemente il passaggio del rapporto di lavoro pubblico dall'uno all'altro campo della "grande dicotomia", piuttosto rappresentando uno degli esempi più significativi del superamento della dicotomia stessa³¹. Il rapporto di lavoro pubblico conosce un diritto misto, nel quale il diritto comune del lavoro è modificato da discipline speciali, che peraltro trovano il proprio fondamento giustificativo nelle disposizioni costituzionali: non solo quelle sul concorso pubblico, ma anche l'art. 28 Cost. e l'art. 98, c. 1, Cost., che rappresentano il fondamento giustificativo di una riserva di legge³² e di una disciplina speciale, rispettivamente, in tema di responsabilità e in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi e conflitti di interessi³³.

Anche questo complesso assetto dei rapporti fra diritto pubblico e diritto privato, instaurato dalla riforma, è stato ormai recepito e sistematizzato dalla Corte costituzionale, che, decidendo sul riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni, ha dovuto chiarire l'ambito della potestà esclusiva dello Stato in materia di "ordinamento civile" con riferimento al rapporto di impiego di Regioni ed enti locali. La Corte, sostanzialmente elevando il TULP a parametro interposto, ha ricondotto all'ordinamento civile la disciplina del rapporto di impiego dei dipendenti pubblici, inclusi quelli regionali³⁴, escludendovi però la disciplina dei concorsi per l'accesso al pubblico impiego, che, «per i suoi contenuti marcatamente

³¹ Secondo la prospettiva felicemente indicata da G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

³² Cfr. art. 40, c. 1, TULP e art. 2, c. 1, lettera c), n. 7 della l. n. 421 del 1992.

³³ Cfr. C. cost. n. 241 del 2019, secondo cui «l'obbligo di esclusività, desumibile dal richiamato art. 53 [TULP] ha, del resto, particolare rilievo nel rapporto di lavoro pubblico perché trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 98 Cost. (...). Tale disposizione costituzionale, nel prevedere che i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione, rafforza il principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost., sottraendo il dipendente pubblico ai condizionamenti che potrebbero derivare dall'esercizio di altre attività».

³⁴ Cfr. fra le molte pronunce di una giurisprudenza costante, C. cost. n. 81 del 2019: «la disciplina del rapporto di impiego alle dipendenze della Regione e i profili relativi al trattamento economico del personale pubblico privatizzato vengono ricondotti alla materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva del legislatore nazionale, che in tale materia fissa principi che 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 tra privati e, come tali si impongono anche alle Regioni a statuto speciale».

pubblicistici e la sua intima correlazione con l'attuazione dei principi sanciti dagli artt. 51 e 97 Cost. è invero sottratta all'incidenza della privatizzazione del lavoro presso le pubbliche amministrazioni, che si riferisce alla disciplina del rapporto già instaurato»³⁵.

2.2.4 *Gli elementi della nuova Costituzione amministrativa*

Il TULP ha in definitiva assunto i tratti di una nuova Costituzione amministrativa materiale, affermatasi, a partire dalla fine del secolo scorso, per effetto di una incisiva rilettura delle disposizioni della Costituzione formale, avallata e sistematizzata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Il nuovo assetto poggia su una serie di distinzioni concettuali che attribuiscono nuovi significati e definiscono nuovi equilibri fra i principi della Costituzione. Sulla distinzione fra compiti di indirizzo e di gestione vengono ricalibrati i rapporti fra politica e amministrazione e ridefinito l'equilibrio fra la responsabilità politica dell'art. 95 e il valore dell'imparzialità amministrativa di cui agli artt. 97-98. Sulla separazione fra organizzazione e rapporti di impiego viene riformulata la relazione fra legge e contratto e riconfigurato il bilanciamento fra la riserva di legge dell'art. 97 e la libertà sindacale protetta dall'art. 39. Sulla base della scissione fra cittadinanza nazionale e funzione amministrativa vengono ripensati i confini soggettivi del modello tradizionale del pubblico impiego, in una prospettiva ermeneutica che attribuisce agli artt. 51 e 54 Cost. un nuovo significato, coerente con i principi europei sulla libertà di accesso al mercato del lavoro nazionale di cui all'art. 45 TFUE. Sulla distinzione fra reclutamento e rapporto di lavoro, infine, si stabilisce una linea di demarcazione fra diritto pubblico amministrativo e diritto civile speciale, che trasforma l'equilibrio fra la dimensione politica e quella economica del lavoratore pubblico e finisce anche per conformare il riparto di competenze fra Stato e autonomie locali in ordine al potere di disciplinare il relativo personale.

³⁵ C. cost. n. 380 del 2004. Fra le molte pronunce di una giurisprudenza costante si veda n. 310 del 2011, nn. 324 e 100 del 2010, n. 95 del 2008, n. 233 del 2006.

3. Crisi e deformazione della nuova Costituzione amministrativa

Questo ambizioso progetto di riforma, contenuto nelle disposizioni di principio del TULP, elevate poi dalla Corte a canoni costituzionali, ha progressivamente smarrito la propria coerenza e subito un processo di deformazione. Le assi concettuali su cui quel progetto si basava, per ridefinire gli equilibri fra politica e amministrazione, fra legge e contratto, fra diritto pubblico e privato, non hanno retto all'impatto con le dinamiche reali degli interessi e delle strategie degli attori coinvolti.

3.1 Il problema della dirigenza

La dirigenza costituiva il cuore della nuova Costituzione amministrativa e ne rappresenta oggi il principale fallimento. Era al centro della riforma sotto tre profili: titolare esclusiva dei poteri di gestione amministrativa, sottratti alla politica per garantire maggiore imparzialità; datore di lavoro nei confronti del personale dipendente, con esercizio di poteri privatistici, svincolati da quella che Giannini aveva definito "interpretazione rigoristica" del principio di legalità; responsabile per i risultati della gestione, sia per introdurre un equivalente del vincolo di mercato nel settore pubblico, sia per completare il circuito di *accountability* dell'amministrazione. Su nessuno di questi profili i principi della riforma hanno trovato coerente attuazione.

3.1.1 Precarizzazione, politicizzazione e discontinuità

Il principio di distinzione fra indirizzo e gestione si è rivelato molto presto insufficiente a regolare in modo effettivo i rapporti fra politica e amministrazione. Come già detto, quel principio è maturato anche nel quadro dello sviluppo progressivo di un ordinamento politico sovranazionale, che tende ad accentuare il tasso di neutralità degli apparati amministrativi nazionali, in quanto chiamati ad applicare regole e gestire interessi di comunità più vaste. Ma, dal punto di vista dell'ordine domestico, l'idea dell'amministrazione tendenzialmente indipendente, provvista cioè di legittimazione propria ed esclusiva a compiere scelte discrezionali, fatica a conciliarsi con il principio democratico. E difatti il sistema politico nazionale, non appena uscito dalla condizione di delegittimazione, che lo aveva colpito nei primi anni '90 del secolo scorso, reagì. La legge elettorale maggioritaria agevolò questo sviluppo, favorendo la formazione di

coalizioni di partiti rinnovate e contrapposte in una logica bipolare, ciò che avrebbe dovuto realizzare finalmente le condizioni istituzionali per una democrazia dell'alternanza e Governi stabili, che rispondono all'elettorato per i risultati conseguiti in un arco temporale congruo. Non può stupire quindi la reazione di rigetto del sistema politico nazionale rispetto alla logica del principio di distinzione fra politica e amministrazione³⁶. Stupisce però il tipo di reazione, che non è stata quella, più naturale, di una almeno parziale retromarcia: la restituzione alla politica di una parte dei poteri gestionali trasferiti alla dirigenza, insieme alle correlative responsabilità. Nel 1998, si scelse invece una strada diversa: confermare, e anzi rafforzare, la distinzione fra indirizzo politico e gestione amministrativa, collegando però fiduciarmente la dirigenza al vertice politico. Il mezzo fu una disciplina del rapporto di ufficio della dirigenza basata su incarichi precari, conferiti dal vertice politico: quelli più elevati soggetti a *spoils system*; alcuni conferiti a soggetti esterni, senza concorso; tutti conferiti a termine e rinnovabili discrezionalmente. La politica ha così recuperato influenza sui poteri di gestione, controllando le posizioni dirigenziali, schivando così anche le responsabilità che l'esercizio di quei poteri comportano. L'art. 19 del TULP, in cui è confluita la disciplina del 1998, non contraddice formalmente la distinzione funzionale fra indirizzo politico e gestione amministrativa. Ma certo ne ha alterato il senso originario. La fiducia fra politica e amministrazione ha introdotto un elemento che era estraneo tanto all'impianto originario della "nuova" Costituzione amministrativa, quanto alla lunga tradizione che era alla base della "vecchia" Costituzione amministrativa. La logica di quest'ultima si inverte. Alla separazione strutturale e gerarchia funzionale si sostituisce la separazione funzionale e il collegamento fiduciario strutturale. Il controllo politico è tornato quindi ad appuntarsi sul rapporto di impiego della (alta)

³⁶ Come è stato osservato, «quanto più prende corpo la responsabilità politica dei governanti, tanto più è necessario che la politica possa far pieno utilizzo della macchina burocratica, cioè del mezzo di attuazione delle politiche pubbliche promesse agli elettori» (M. MAZZAMUTO, *Il fallimento della separazione fra politica e amministrazione*, in M. IMMORINO, C. CELONE (a cura di), *La responsabilità dirigenziale fra diritto ed economia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 24). Sia consentito richiamare anche S. BATTINI, *Administration et politique en Italie: des logiques contradictoires*, in *Revue française d'administration publique*, 1998, pp. 205-217.

burocrazia, da dove Minghetti e Spaventa avevano inteso espungerlo³⁷. Era inevitabile che si ponesse il problema della ammissibilità di questa ulteriormente diversa lettura del rapporto fra art. 95 e artt. 97-98 della Costituzione. Ciò anche perché la logica compensatoria, cui non pochi hanno aderito, non convince: una presunta lesione dell'art. 95, ai danni della politica, non può essere sanata da una violazione degli artt. 97-98, in favore di essa. La Corte costituzionale, avendo "costituzionalizzato" la distinzione funzionale, non ha applicato simile logica compensatoria e non ha infatti legittimato la precarizzazione degli incarichi dirigenziali. Ma neppure è mai giunta a squalificare del tutto quel sistema³⁸. Con due importanti sentenze del 2007³⁹, e superando un immediato precedente di segno opposto⁴⁰, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di meccanismi di *spoils system* riferiti alla dirigenza generale dello Stato e alla dirigenza sanitaria, sul rilievo di una duplice violazione dell'art. 97 Cost.: sotto il profilo dell'imparzialità, per l'evidente effetto di politicizzazione che la cessazione arbitraria, disposta dal vertice politico senza contraddittorio e motivazione, produce sulla dirigenza; ma anche sotto il profilo del buon andamento, per il pregiudizio che subisce il principio di continuità amministrativa a causa della rimozione anticipata dall'incarico, che non consente di valutare il dirigente per i risultati conseguiti al termine dello stesso. Tale indirizzo, confermato da molte pronunce successive, ha avuto però un impatto modesto sull'impianto legislativo di precarizzazione e politicizzazione della dirigenza. Per un verso, la Corte ha fatto sempre salvo lo *spoils system* per le c.d. "posizioni apicali", che è categoria di incerta definizione, oggetto di interpretazioni oscillanti e nella quale, di recente, la Corte ha ricompreso posizioni come quelle

³⁷ S. SPAVENTA, *Discorso pronunciato all'associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880*, in S. SPAVENTA, *La politica della Destra. Scritti e discorsi*, Bari, Laterza, 1909, pp. 53-105; M. MINGHETTI, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 1881.

³⁸ Una analisi più approfondita è sviluppata in S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, p. 39 ss., e in S. BATTINI, B. CIMINO, *La dirigenza pubblica italiana fra privatizzazione e politicizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2007, pp. 1001-1034.

³⁹ C. cost. n. 103 e n. 104 del 2007

⁴⁰ C. cost. n. 233 del 2006.

dei segretari comunali⁴¹ e, sia pur ad altri fini, dei dirigenti generali dello Stato⁴², aprendo così la strada alla applicazione dello *spoils system* nei confronti di tali figure, certamente titolari di poteri di gestione amministrativa⁴³. Per altro verso, la Corte si è occupata solo di *spoils system*, lasciando in piedi il principio di temporaneità degli incarichi, che ha più generale applicazione, e che è stato solo attenuato con interventi legislativi e interpretazioni giurisprudenziali che hanno subordinato a valutazioni comparative le decisioni di conferimento e rinnovo, peraltro senza affidarle a commissioni indipendenti, come avrebbe prescritto una più recente riforma affondata da una sentenza vagante della Corte costituzionale⁴⁴. Si trascurano spesso, poi, le interdipendenze fra incarichi apicali e non apicali. In una organizzazione come la Presidenza del Consiglio dei Ministri, ad esempio, al giuramento di un nuovo Governo cessano dalla carica tutti i vertici amministrativi. Per sostituire quelli non confermati, possono essere scelti dirigenti di ruolo di prima fascia, che a loro volta lasciano libero il loro incarico; questo può essere ricoperto da dirigenti di seconda fascia, e così via. Lo *spoils system* dei vertici è come un terremoto, le cui onde si propagano, pur se con intensità minore, a tutte le posizioni dirigenziali, comprese quelle meno vicine all'epicentro, che sono comunque temporanee. Si produce così un effetto devastante, soprattutto sul piano della continuità amministrativa. Non c'è pratica rilevante che non coinvolga diversi uffici dirigenziali, almeno uno dei quali viene interessato da un ricambio del titolare, il che impone a tutti

⁴¹ C. cost. n. 23 del 2019

⁴² Cfr. C. cost. n. 20 del 2019 che, nel circoscrivere l'area dei dirigenti che possono essere assoggettati all'obbligo di pubblicazione dei dati reddituali e patrimoniali, ricomprende in essa sia «quelli di Segretario generale di Ministeri e di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali» (art. 19, comma 3, TULP), sia «quelli di funzione dirigenziale di livello generale» (art. 19, comma 4, TULP), sul presupposto che abbia «natura fiduciaria non solo l'incarico del Capo dipartimento o del Segretario generale, ma anche quello del dirigente generale dello Stato», figura quest'ultima che viene quindi almeno potenzialmente attratta nella sfera degli incarichi "apicali", per i quali, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale, si potrebbe in futuro giustificare anche lo *spoils system*, nonostante lo svolgimento di compiti di gestione amministrativa.

⁴³ S. BATTINI, *L'invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo spoils system*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2019, pp. 269-281.

⁴⁴ J. MARSHALL, *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, p. 705 ss.

di riconsiderare il *dossier*. L'effetto è devastante anche perché il sistema fiduciario, introdotto nel 1998 in una logica maggioritaria e bipolare, si è poi sposato con il ritorno all'antica legge elettorale proporzionale, ma senza gli antichi partiti politici, che prima di trasformarsi in movimenti personali erano in grado di sopravvivere ai Governi e sostenere valori e programmi di più lungo periodo. I tempi di una politica frammentata e instabile si trasferiscono oggi sull'amministrazione. La logica "situazionale" e reattiva dei Governi si traduce nell'attuazione di politiche pubbliche dalla vista corta. Mentre la politica pensa alle prossime elezioni, la dirigenza alle prossime destinazioni.

3.1.2 *Privatizzazione, sindacalizzazione e legalismo manageriale*

Il 1998 segnò un altro cambiamento importante, rappresentato dalla privatizzazione del rapporto di lavoro della dirigenza di vertice, per la quale inizialmente era stato mantenuto il regime pubblicistico. Si volle istituire una equiparazione del dirigente pubblico al *manager* privato, che fu però più ideologica che reale. Non si applicò infatti al dirigente pubblico il regime di libera recedibilità del rapporto, escluso dalla Corte costituzionale⁴⁵. Ma l'accostamento concorse a giustificare, sul piano ideologico e culturale, la descritta precarizzazione degli incarichi, che non attiene al rapporto di lavoro. Il principale effetto reale fu però un altro, estraneo al settore privato. La privatizzazione, che aveva interessato il dirigente generale solo nella sua qualità di datore di lavoro, lo investì anche, e al tempo stesso, nella sua qualità di lavoratore. I sindacati, che prima erano solo la controparte, divennero anche i rappresentanti dell'alta burocrazia. Per quest'ultima, i benefici non tardarono a manifestarsi sul piano economico. Nel 2002, in coincidenza con i contratti collettivi della seconda tornata, le retribuzioni dei dirigenti di vertice crebbero del 160% rispetto al valore di 10 anni prima. Fu il frutto di un nuovo scambio fra

⁴⁵ C. cost. n. 313 del 1996 ha escluso che la privatizzazione della dirigenza di base fosse costituzionalmente illegittima anche sul rilievo che «l'applicabilità al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti delle disposizioni previste dal codice civile comporta non già che la pubblica amministrazione possa liberamente recedere dal rapporto stesso, ma semplicemente che la valutazione dell'idoneità professionale del dirigente è affidata a criteri e a procedure di carattere oggettivo - assistite da un'ampia pubblicità e dalla garanzia del contraddittorio -, a conclusione delle quali soltanto può essere esercitato il recesso».

politica e sindacati di categoria dei dirigenti (non i confederali, che subirono l'accordo): la dirigenza cedeva stabilità (ma in realtà autonomia, restando stabile il posto di lavoro) in cambio di (cospicui) incrementi retributivi⁴⁶. Premiato come lavoratore, il dirigente risultò però indebolito dalla cattura sindacale quanto alla capacità di interpretare efficacemente i poteri del privato datore di lavoro⁴⁷. Il vero o presunto lassismo della dirigenza nel premiare e punire dipendenti pubblici che, per non correre il rischio dell'originalità, vennero ancora una volta indicati come palla al piede del Paese, privilegiati e fannulloni, determinò una ulteriore deformazione della riforma. Nel 2009, nel quadro di un complessivo *revival* dell'unilateralismo⁴⁸, su cui si tornerà più avanti, l'esercizio dei "poteri del privato datore di lavoro" nel settore pubblico è stato trasformato in una sorta di legalismo manageriale, derivante da una miscela di modello weberiano e *New Public Management*. Vi fu in fondo un pregiudizio weberiano alla base della riforma del 2009: nel settore pubblico il vincolo di mercato non c'è, e forse non può nemmeno essere simulato, perché l'amministrazione resta una macchina che obbedisce alle "statuizioni" del legislatore. Per farla funzionare come un'impresa, cioè in modo efficiente, bisogna allora modificare le statuizioni legislative, riversando in esse le tecniche e prassi aziendalistiche, affermatesi nel settore privato sotto la pressione del mercato. Il vecchio principio di legalità doveva divenire così strumento per la trasformazione aziendalistica del settore pubblico. Di qui, ad esempio, la disciplina legislativa sui sistemi di misurazione della *performance* organizzativa e individuale, rigidamente predeterminati dalle norme. Di qui anche le prescrizioni normative dettagliate, peraltro subito sospese e mai applicate, che richiedono ai dirigenti di distribuire i dipendenti in fasce di merito predefinite ai fini della distribuzione dei trattamenti accessori. Di qui l'obbligo dei dirigenti di comminare sanzioni disciplinari e licenziamenti al ricorrere di fattispe-

⁴⁶ L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, 2009 (cfr. il capitolo sul personale).

⁴⁷ A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, pp. 87-158.

⁴⁸ S. BACH, L. BORDOGNA, *Emerging from the Crisis. The Transformation of Public Service Employment Relations?*, in S. BACH, L. BORDOGNA (a cura di), *Public Service Management and Employment Relations in Europe*, London-New York, Routledge, 2016, p. 21.

cie legislativamente prefissate, che riducono l'autonomia del dirigente nell'esercizio dei poteri del datore di lavoro, che di privatistico avevano ormai la qualifica formale, non più la natura sostanziale. Uno studio della Banca d'Italia ha chiarito molto efficacemente il senso di questo legalismo manageriale neo-weberiano: «la dirigenza – nell'esercizio delle proprie prerogative – apparve particolarmente condizionata da prescrizioni legislative che fissano in modo puntuale i percorsi da seguire e impongono una serie cospicua di obblighi, il cui mancato adempimento comporta l'attivazione di diverse forme di responsabilità amministrativa, facendo sorgere il rischio che l'attenzione dei dirigenti si focalizzi, più che sugli aspetti sostanziali, sul rispetto delle procedure. Si impo(se), dunque, per legge la *governance* aziendale, che – invece – dovrebbe essere fondata sulla discrezionalità decisionale, in modo da permettere un continuo e tempestivo adattamento dell'organizzazione all'attività svolta e all'utenza servita»⁴⁹.

3.1.3 *Responsabilizzazione, responsabilità e burocrazia difensiva*

La riforma, nel trasferire alla dirigenza i poteri di gestione, non intendeva ridurre, bensì articolare la *accountability* democratica dell'amministrazione, a tal fine introducendo, con la responsabilità dirigenziale, «una sorta di *accountability* amministrativa, dotata di propria autonomia nel sistema generale di *accountability* basato sul principio di responsabilità ministeriale»⁵⁰. La responsabilità dirigenziale doveva essere una continuazione della responsabilità politica con altri mezzi, non certo una forma ulteriore di *liability*, riconducibile alla matrice dell'art. 28 Cost. In base ad essa, il dirigente avrebbe potuto essere rimosso dalla funzione per i risultati negativi raggiunti dalla struttura diretta; non essere punito o tenuto a risarcire danni per la trasgressione, colpevole o volontaria, di una regola di condotta. Ciò, del resto, si inseriva nel quadro di riequilibrio del rapporto fra legalità ed efficienza dell'amministrazione, che, con le

⁴⁹ C. GIORGIANTONIO, T. ORLANDO, G. PALUMBO, L. RIZZICA, *Incentivi e selezione nel pubblico impiego*, Questioni di Economia e Finanza, Occasional Papers, n. 342, Roma, Banca d'Italia, 2016.

⁵⁰ L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Cedam, Padova, 2000, p. 146. Riprendo nel testo anche alcune considerazioni espresse in S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2015, pp. 53-67. Sul tema, di recente, C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale fra Stato ed enti locali*, Napoli, 2018.

leggi n. 19 e n. 20 del 1994, coeve e convergenti con la riforma qui in esame, interessò l'intero sistema dei controlli e delle *liabilities* amministrative. In riferimento alle funzioni di controllo attribuite alla Corte dei conti dall'art. 100 Cost., venne ridotta la portata del controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, mentre si sviluppò e generalizzò il controllo successivo della Corte stessa sulla gestione, esteso a tutte le amministrazioni pubbliche, autonomie incluse. Correlativamente, venne esaltato anche il ruolo di referto della Corte dei conti agli organi di indirizzo politico, secondo lo schema collaborativo proprio del controllo successivo sulla gestione, circoscrivendosi invece le ipotesi di responsabilità amministrativa, esclusa in particolare nei casi di colpa lieve. La giurisprudenza costituzionale, anche in questo caso, ha ricondotto a sistema tale riequilibrio, sia ricostruendo i caratteri e il fondamento costituzionale del controllo collaborativo sulla gestione, accompagnandone l'espansione e la progressiva emancipazione rispetto all'ingombrante archetipo del controllo preventivo di legittimità⁵¹, sia giustificando, alla luce del buon andamento, gli interventi legislativi diretti a «predisporre, nei confronti degli amministratori e dei dipendenti pubblici, un assetto normativo in cui il timore delle responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa (...) e la prospettiva della responsabilità [sia] ragione di stimolo, e non di disincentivo»⁵².

Anche su tutti questi profili, il disegno di riforma ha subito una totale deformazione: non solo non si è affermata alcuna *accountability* della dirigenza per i risultati della gestione, ma il peso delle *liabilities* per violazione di regole, anziché ridursi, si è accresciuto, fino al punto di richiedere interventi legislativi urgenti di rassicurazione di un'alta burocrazia paralizzata.

Al fallimento della responsabilità dirigenziale molto hanno contribuito i descritti percorsi di precarizzazione degli incarichi e di affermazione del legalismo manageriale. Un vertice politico che può valutare e rimuovere il dirigente a prescindere dalla verifica dei risultati è poco interessato a

⁵¹ Si veda in particolare C. cost. n. 29 del 1995.

⁵² C. cost. n. 371 del 1998.

costruire efficaci indicatori di misurazione degli stessi, i cui esiti, peraltro, possono chiamare in causa la sua stessa responsabilità politica. E d'altra parte, se i poteri di direzione della struttura si riducono al puntuale adempimento di prescrizioni legislative, allora il concetto stesso di responsabilità di risultato perde significato. E difatti la responsabilità dirigenziale si è trasformata a sua volta in una forma di *liability* per violazione di regole di condotta specificamente indicate dalla legge: ad esempio, la violazione dei divieti di stipulare contratti di collaborazione coordinata e continuativa⁵³; la violazione delle norme in materia di assunzioni a tempo determinato⁵⁴; la violazione dei doveri di prevenzione e contrasto delle condotte assenteistiche⁵⁵; l'omissione o il ritardo di atti del procedimento disciplinare o anche la valutazione manifestamente irragionevole di insussistenza dell'illecito⁵⁶; la mancata costituzione del Comitato unico di garanzia⁵⁷; il mancato invio dell'atto di nomina di una commissione di concorso alla consigliera o al consigliere di parità⁵⁸; l'inosservanza del termine assegnato per l'attuazione delle misure correttive indicate dal nucleo della concretezza⁵⁹; il mancato avvio di procedimenti amministrativi sulla base di istanze presentate in via telematica⁶⁰; la mancata predisposizione del piano triennale di prevenzione della corruzione o la insufficiente vigilanza su di esso⁶¹; l'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente o l'illegittimo rifiuto, differimento e limitazione dell'accesso civico⁶²; etc. Quale che sia l'interesse che si vuole realizzare – combattere il precariato, punire i “furbetti del cartellino”, realizzare la parità di genere, digitalizzare i servizi, prevenire

⁵³ Art. 7, comma 5-*bis*, TULP.

⁵⁴ Art. 36, comma 5 e 5-*quater*, TULP.

⁵⁵ Art. 55-*septies* TULP.

⁵⁶ Art. 55-*sexies*, comma 3, TULP.

⁵⁷ Art. 57, comma 05, TULP.

⁵⁸ Art. 57, comma 1-*bis*, TULP.

⁵⁹ Art. 60-*bis*, comma 7, TULP.

⁶⁰ Art. 65, comma 1-*ter*, d.lgs. n. 82 del 2005.

⁶¹ Art. 1, commi 8, 12 e 14 della legge n. 190 del 2012.

⁶² Art. 46, d.lgs. n. 33 del 2013.

la corruzione, garantire la trasparenza – la tecnica è sempre la stessa. Si gonfia l'ordinamento di specifici obblighi in capo al dirigente, assistiti da una forma di responsabilità che può essere di volta in volta di tipo dirigenziale, disciplinare, amministrativa, penale, o, più spesso, per non sbagliare, può stocasticamente cumulare fra loro alcune o tutte queste responsabilità.

Più in generale, l'obiettivo di evitare che il timore delle responsabilità ingeneri rallentamenti ed inerzie dell'azione amministrativa, raccomandato dalla Corte costituzionale, è stato del tutto disatteso⁶³. Per una serie di fattori che possono qui solo rapidamente enumerarsi, alla dirigenza sono stati trasferiti i poteri che prima spettavano al vertice politico, ma responsabilità più gravi, perché quei poteri sono oggi esercitati dall'alta burocrazia in un contesto del tutto diverso. In primo luogo, il dirigente non è protetto dalle garanzie costituzionali sulla responsabilità penale dei Ministri, ed eventualmente dei membri del Parlamento, previste dagli artt. 96 e 68 della Costituzione, né nella versione più penetrante anteriore alle modifiche costituzionali del 1989 e del 1993 (cioè quasi per tutto il periodo in cui spettavano alla politica i poteri gestionali) e neppure nella meno intensa forma attuale. Il dirigente, in secondo luogo, non dispone di uffici di diretta collaborazione, composti spesso da magistrati, in grado di tutelare il Ministro rispetto alla legittimità dei propri atti. Tali uffici, in terzo luogo, assistono oggi il vertice politico in una attività legislativa e normativa sempre più intensa, la quale ricade sulle spalle della dirigenza senza una previa valutazione di impatto amministrativo: chi produce la regola non è chiamato alla sua attuazione e, quindi, meno se ne preoccupa. In quarto luogo, la continua espansione dei diritti del cittadino

⁶³ In questa prospettiva anche A. BOSCATI, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2017, p. 84 ss.: «La conseguenza di quanto appena evidenziato è una dirigenza non incentivata ad assumere iniziative gestionali virtuose qualora appaiono innovative ed in discontinuità con l'esistente. Si è così nella sostanza affermato un sistema in cui prevale una rigorosa razionalità manageriale ove l'azione del dirigente è nella sostanza diretta dall'esterno, veicolata secondo logiche gestionali di continuità rispetto al passato, ed in cui il binomio virtuoso autonomia/responsabilità vede compressa la prima ed ampliata la seconda. Il risultato è di una scarsa attenzione all'efficienza e all'efficacia che rimangono solo sulla carta ed in cui la sola economicità offre, in apparenza, riscontri tangibili. Al fine di superare la situazione che si è venuta a creare sarebbe forse opportuno acquisire la consapevolezza di una certa fisiologicità della possibilità di errore, non necessariamente qualificabile come grave inadempimento e/o violazione di rilievo anche erariale».

verso l'amministrazione ha come inevitabile risvolto l'accentuazione delle responsabilità dei dirigenti e funzionari pubblici. Più diviene penetrante il sindacato sulle scelte discrezionali dell'amministrazione (incluse quelle tecniche, anche grazie all'opera di consulenti d'ufficio del giudice) e più si estende, soprattutto, l'area del danno risarcibile, maggiore diviene il rischio di incorrere in responsabilità amministrativa. Caduto, nel 1999, il principio della irrisarcibilità degli interessi legittimi, quasi ogni decisione illegittima è divenuta un potenziale danno erariale a carico del dirigente che l'ha assunta. La giurisprudenza della Corte dei conti sul danno all'immagine o sul danno da disservizio ha, poi, accentuato la percezione del rischio. In quinto luogo, a partire dal 2012, la disciplina per il contrasto della corruzione, intesa in senso assai lato, ha impresso al sistema amministrativo una curvatura penalistica, in cui una penetrante regolazione di prevenzione del fenomeno, inevitabilmente imperniata sul sospetto di potenziali attività illecite della burocrazia, è venuta a saldarsi con un inasprimento della disciplina repressiva della corruzione, talora affidata a fattispecie incriminatrici elastiche. Si pensi, ad esempio, alla saldatura fra le regole di prevenzione dei conflitti di interesse, anche solo potenziali, da un lato, e, dall'altro, la responsabilità penale per abuso di ufficio nelle ipotesi di omissione di astensione nei casi prescritti, peraltro non toccate dalle più recenti modifiche, di cui si dirà fra breve. In un simile contesto, il risultato gestionale conseguito dalla struttura cui è preposto è oggi l'ultima delle preoccupazioni del dirigente pubblico, impegnato invece nell'ardua impresa di rispettare tutte le prescrizioni legislative che accompagnano l'esercizio della funzione pubblica (inclusa la funzione teoricamente privatizzata del datore di lavoro) e dalla cui violazione possono insorgere responsabilità personali a suo carico: *primum vivere, deinde philosophari*. Lo sbilanciamento fra i pressanti incentivi alla legalità e i deboli incentivi all'efficienza è tale da indurre la dirigenza a sviluppare perfino un illecito atteggiamento difensivo, che sta alla corruzione come il negativo della pellicola: non il perseguimento di un guadagno individuale con perdita collettiva, ma la rinuncia a un guadagno collettivo per evitare il rischio di una perdita individuale, cioè il rischio della responsabilità⁶⁴. La burocrazia

⁶⁴ Sia consentito il rinvio a S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2019, pp. 293-320; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *Indagine sull'ammi-*

difensiva è divenuto in poco tempo un problema grave quanto la corruzione, costringendo il legislatore a ricercare nuovi punti di equilibrio, per sbloccare la paralisi burocratica. Il legislatore ha ulteriormente limitato la responsabilità amministrativa⁶⁵ e la responsabilità penale per abuso di ufficio⁶⁶. Si tratta di interventi comprensibili, che esprimono il tentativo di riequilibrare il segnalato sbilanciamento di incentivi: trasferire il peso della responsabilità su chi non decide, anziché su chi decide; ristabilire il principio di tassatività e determinatezza della legge penale, per restituire fiducia alla dirigenza pubblica. Ma forse sono anche interventi, al tempo stesso, eccessivi e insufficienti. Può essere ad esempio eccessivo escludere la responsabilità amministrativa in tutti i casi di danni prodotti da condotte gravemente colpevoli dei funzionari, così come può essere insufficiente la limitazione della responsabilità penale in caso di esercizio di discrezionalità amministrativa, a fronte di un giudice penale che si spinge comunque, sulle orme del giudice amministrativo, ad esercitare un controllo sull'esercizio del potere discrezionale⁶⁷. Più in generale, una azione efficace di contrasto della burocrazia difensiva richiede di agire sui tanti e diversi

nistrazione difensiva, in *Rivista italiana di Public Management*, 2, 2020, pp. 342-362.

⁶⁵ Cfr. art. 21, d.l. n. 76 del 2020. Il legislatore ha, da un lato, chiarito che ai fini della responsabilità amministrativa rileva il c.d. dolo penalistico, che richiede «la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso» e, dall'altro lato, sebbene con norma temporanea valida fino alla fine del 2021, ha circoscritto la responsabilità amministrativa alle ipotesi di dolo, confermando la responsabilità per colpa grave nei soli casi di danni cagionati da omissione o inerzia. Il tentativo è evidentemente quello di riequilibrare lo sbilanciamento di incentivi: trasferire il peso della responsabilità su chi non decide, anziché su chi decide.

⁶⁶ Cfr. art. 23, d.l. n. 76 del 2020. Il legislatore ha escluso che la responsabilità penale possa derivare dalla mera violazione «di norme di legge o di regolamento», prevedendo invece che sia necessaria una più qualificata violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»: rango primario della norma violata e natura specifica e vincolata della condotta prescritta rappresentano dunque i nuovi confini di un illecito penale che si è inteso rendere meno ambiguo ed elastico.

⁶⁷ Cfr. ad esempio Cass., sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442, secondo cui resta configurabile il reato di abuso di ufficio, anche dopo la riforma del 2020, nel caso in cui l'esercizio del potere discrezionale «trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito». In realtà, l'abuso di ufficio nasce come norma di chiusura e, quindi, come fattispecie penale ad applicazione residuale, intrinsecamente elastica. Si può decidere di abrogarla, ma, se si mantiene in vita, è abbastanza vano lamentarne l'indeterminatezza e atipicità.

fattori di contesto più sopra indicati e presuppone non solo meno rischi di responsabilità per singole decisioni illegittime, assunte nella convinzione di conseguire un risultato utile, ma anche più responsabilità per il mancato o insufficiente conseguimento di risultati utili, pur all'esito di una gestione immacolata dal punto di vista della legittimità degli atti assunti.

3.2 *Il problema delle fonti*

Il sistema delle fonti prefigurato dalla nuova Costituzione amministrativa, come già detto, muoveva dal presupposto che le esigenze di contenimento del costo del lavoro pubblico, imposte da vincoli europei, richiedessero di abbandonare il modello del regolatore politico, perché l'esperienza precedente aveva insegnato che esso è un sovrano debole, strutturalmente dipendente dal consenso dei dipendenti pubblici. Di qui la preferenza per la contrattazione collettiva, considerata invece fonte più responsabile dal punto di vista degli equilibri di finanza pubblica, perché affidata a negoziati condotti, per la parte pubblica, da una agenzia tecnica (ARAN), in grado di contrapporsi alla controparte senza timore di perderne il gradimento. In una prima fase, l'idea ha funzionato abbastanza bene: in breve tempo, dopo l'accordo di luglio del 1993 e nel periodo della prima tornata contrattuale ('94-'98), le dinamiche retributive del settore pubblico furono contenute e sostanzialmente allineate all'inflazione, consentendo all'Italia di rispettare i vincoli europei. Successivamente, la contrattualizzazione divenne però vittima del proprio successo, dando origine ad una serie di oscillazioni nei rapporti fra legge e contratto, che impongono un ordine diacronico alla trattazione.

3.2.1 *Dal sovereign employer all'unilateralismo sindacale*

Gli interventi legislativi della c.d. seconda privatizzazione del pubblico impiego, nel 1997-98, ebbero due obiettivi principali: quello di completare la riforma del 1993, giudicata ancora troppo impregnata di vecchie incrostazioni pubblicistiche, e quello di adeguarla ad un nuovo disegno autonomistico e federalista dello Stato⁶⁸. Entrambi gli obiettivi hanno inci-

⁶⁸ M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle Leggi Bassanini*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, I, 1998, p. 35 ss.

so profondamente sull'impianto della nuova Costituzione amministrativa, alterando, più che completando, il sistema delle fonti in esso definito. Una prima alterazione ha riguardato il meccanismo prescelto per difendere dalla legge lo spazio della contrattazione collettiva. Nel 1993 si optò per lo strumento pubblicistico della delegificazione, che ben conosceva il nemico da combattere: ogni contratto collettivo divenne "fatto" abrogativo delle leggi intervenute dopo il contratto precedente⁶⁹. Nel 1998 si scelse invece lo strumento privatistico della derogabilità, meno adatto a contrastare la legge: il contratto divenne "atto" che può disapplicare la legge in ragione del suo contenuto, lasciando però in piedi la legge stessa «per la parte non derogata»⁷⁰. Il legislatore può così modificare la negoziazione, con norme che consentono alla parte che se ne avvantaggia di trarre benefici non concessi dalla controparte: evenienza fisiologica nel settore privato, meno in quello pubblico, in cui lo Stato è parte del rapporto di lavoro su cui legifera.

Una seconda alterazione ha determinato non già un'invasione legislativa dell'area lavoristica riservata al contratto, ma, all'opposto, un'invasione contrattuale dell'area organizzativa riservata alla legge. Nel 1993, fu chiara la scelta di riservare alla legge, o comunque ad atti unilaterali, l'intera organizzazione degli uffici, sottratta anche agli istituti di partecipazione sindacale, limitati per legge all'informazione e all'esame congiunto e riferiti comunque alle sole misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro. Nel 1998, la riserva di legge venne invece conservata soltanto per la c.d. macro-organizzazione (linee fondamentali di organizzazione degli uffici e individuazione degli uffici di maggiore rilevanza), mentre la c.d. micro-organizzazione, affidata ad atti privatistici della dirigenza, divenne oggetto di disciplina pattizia, quantomeno nella misura in cui

⁶⁹ Cfr. art. 2, c. 2-*bis* del d.lgs. n. 29 del 1993, come modificato dal d.lgs. n. 546 del 1993: «Nelle materie non soggette a riserva di legge ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421, eventuali norme di legge, intervenute dopo la stipula di un contratto collettivo, cessano di avere efficacia, a meno che la legge non disponga espressamente in senso contrario, dal momento in cui entra in vigore il successivo contratto collettivo».

⁷⁰ Cfr. art. 2, c. 2, TULP (versione originaria): «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».

la contrattazione venne abilitata a regolare istituti di partecipazione sindacale, talora più intensi dell'esame congiunto, riferibili anche agli «atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro». Per effetto di questa scelta, il potere di condizionamento del sindacato sulle scelte organizzative dell'amministrazione giunse davvero fino ai limiti estremi di quanto una pur lasca interpretazione dell'art. 97 Cost. possa autorizzare. Una terza alterazione, infine, ha interessato la struttura contrattuale, il cui assetto venne decentralizzato per adeguarlo al sistema autonomistico. L'ARAN venne sottoposta al potere direttivo di comitati di settore espressi dalle amministrazioni rappresentate in ciascun comparto di contrattazione nazionale, mentre perse il potere di indirizzare le stesse amministrazioni in sede di contrattazione integrativa⁷¹. Questa, però, si emancipò finanziariamente dal livello contrattuale superiore, prevedendosi la possibilità, anche grazie ad ambigue disposizioni dei contratti collettivi nazionali, di aumentare le risorse per i salari accessori rispetto a quanto previsto in sede di programmazione generale dei costi derivanti dalla contrattazione collettiva.

Le alterazioni indicate, e in particolare l'ultima, hanno rappresentato una parziale smentita del presupposto di partenza, cioè la maggiore affidabilità del nuovo sistema, anche sotto il profilo della tutela degli equilibri finanziari, rispetto al modello della regolazione politica del pubblico impiego e della giungla retributiva che esso aveva generato⁷². La dinamica dei salari accessori previsti dai contratti integrativi, e quindi delle c.d. retribuzioni di fatto (che a differenza delle retribuzioni contrattuali registrano anche tali incrementi), tornarono a mostrare, a partire dal 2001, il superamento dei valori dell'inflazione e anche delle retribuzioni del settore privato. Né può dirsi che la generosità sia stata almeno virtuosa, dato che la componente accessoria del salario è stata distribuita in larga prevalenza a pioggia e si è in genere trasformata in componente fissa della retribuzione. Nel complesso, l'effetto di alterazione complessiva è derivato soprattutto dall'indebolimento progressivo

⁷¹ Cfr. art. 45, c. 6, del d.lgs. n. 29 del 1993 (versione originaria): «Le pubbliche amministrazioni possono avvalersi, nella contrattazione collettiva decentrata, dell'attività di rappresentanza o di assistenza dell'agenzia, alle cui direttive sono tenute in ogni caso a conformarsi».

⁷² E. GORRIERI, *La giungla retributiva*, Bologna, Il Mulino, 1972.

delle figure chiamate a rappresentare il datore di lavoro pubblico, che hanno ceduto allo strapotere sindacale, divenuto, in una sorta di unilateralismo rovesciato, il vero sovrano del sistema delle fonti di disciplina del rapporto di impiego pubblico.

3.2.2 2009: *il ritorno della legge*

Raggiunta l'estremità più vicina all'art. 39 Cost., nel 2009 il pendolo tornò a muoversi in direzione dell'art. 97 Cost.⁷³. Almeno due fattori spiegano l'oscillazione. Il primo è la crisi economica del 2008, per effetto della quale il vincolo esterno sulle politiche del pubblico impiego tornò a mordere, come e più del 1992-93, imponendo questa volta misure draconiane, che i sindacati non avrebbero potuto sostenere. Il secondo è il discredito che la contrattazione collettiva aveva guadagnato nel corso del precedente periodo di unilateralismo sindacale.

Il ritorno della legge, a detrimento del contratto, si manifestò innanzitutto sul piano del riparto di materie, che ancora una volta, tuttavia, tradì il confine della distinzione fra organizzazione e rapporto di impiego. Certo l'organizzazione degli uffici tornò ad essere assorbita nella riserva di legge e di fonte unilaterale e fu eliminata anche la possibilità che gli istituti di partecipazione sindacale, disciplinati dai contratti, potessero investire gli atti di organizzazione. Ma la legge occupò anche lo spazio negoziale riferito al rapporto di lavoro. Con formula carica di ambiguità, si dispose che la disciplina pattizia dovesse limitarsi a «determinare i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro», forse per escludere materie di confine, come quella dell'organizzazione del lavoro. Si stabilì poi anche che, in una serie di materie attinenti al rapporto di lavoro, la contrattazione collettiva potesse avere al massimo una competenza integrativo-attuativa, risultando «consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge». Si esclusero pertanto contratti collettivi «indipendenti» nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche. Materie sulle quali, peraltro, lo stesso TULP venne caricato di nuove dettagliate disposizioni, la

⁷³ Una analisi accurata della riforma del 2009 in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009.

cui imperativa e conseguente inderogabilità, sia *in melius* che *in pejus*, venne rafforzata⁷⁴. Infine, la disposizione che era stata posta a difesa dello spazio della contrattazione collettiva rispetto alle incursioni legislative venne fatta oggetto di una riformulazione sostanzialmente abrogativa e tecnicamente ridicola: si stabilì infatti che la legge è derogabile ... quando dispone espressamente in tal senso. L'effetto fu quello di dotare i prodotti del *sovereign employer* di una presunzione di inderogabilità *in melius* e *in pejus*, che scardina la privatizzazione e la trasforma nel suo opposto, appunto un *revival* dell'unilateralismo.

Tale *revival*, come si è detto, rispondeva alle pressanti richieste esterne di politiche di *austerity*, che vennero attuate con misure legislative unilaterali dirette a ridurre il costo del lavoro pubblico mediante blocchi delle assunzioni (su cui si tornerà a breve) e un congelamento delle retribuzioni, che tornarono a scendere al di sotto di quelle del settore privato anche per effetto di una sospensione della contrattazione collettiva protratta nel tempo fin oltre il limite della legittimità costituzionale⁷⁵. Si trattò quindi di un nuovo unilateralismo, ben diverso da quello che aveva caratterizzato l'esperienza precedente la privatizzazione. La mano del *sovereign employer*, per dirla con il personaggio di Carlo Verdone, può essere piuma o ferro. Fino agli anni '80 del secolo scorso, finché cioè prevalse la *accountability* interna del legislatore, incline a guadagnarsi il consenso degli elettori dipendenti pubblici con leggine di favore, è stata piuma. È divenuta invece ferro nella prima metà degli anni '10 di questo secolo, quando prevalse la *accountability* esterna del legislatore, costretto a procurarsi la fiducia dei mercati e delle istituzioni poste a salvaguardia della stabilità finanziaria, mediante misure di contenimento della spesa.

3.2.3 2017: *La vendetta del sindacato*

Nel 2015, infine, una nuova legge delega, che annunciava un vasto programma di riforme amministrative, segnò il disgelo e determinò una

⁷⁴ Cfr. art. 33 del d.lgs. n. 150 del 2009, che ha aggiunto il comma 3-*bis* all'art. 2 TULP: «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».

⁷⁵ Come rilevato dalla già menzionata sentenza della Corte costituzionale n. 178 del 2015.

nuova inversione di rotta. La legge n. 124 prevede l'adozione di un Testo unico diretto a riordinare e insieme riformare la disciplina del lavoro pubblico, stratificatasi nel TULP e anche al di fuori di esso. Ma si verificò un fatto singolare: mentre la delega fu approvata ancora in un clima "unilateralista", nel corso della sua attuazione mutò lo spirito del tempo. Indebolita dall'esito sfavorevole di un referendum costituzionale, la maggioranza di Governo dovette tornare a ricercare il sostegno sindacale. Tornò a prevalere la *internal accountability*. Il Governo firmò con i sindacati un accordo⁷⁶ di cui si impegnava «ad attuare i contenuti (...) nei testi legislativi e di finanza pubblica e negli atti di indirizzo». L'accordo in particolare conteneva un criterio di delega non previsto dalla legge: «rivedere gli ambiti di competenza fra legge e contratto privilegiando la fonte contrattuale». A ciò in effetti provvide il d.lgs. n. 75 del 2017. Si ristabilì un meccanismo di protezione dei contratti nei confronti della legge, basato sulla derogabilità di quest'ultima salvo diversa previsione espressa. Si eliminò la formula ambigua dei «diritti e obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro», tornando ad attribuire alla contrattazione collettiva la disciplina del rapporto di lavoro e delle relazioni sindacali. Si restituì alla contrattazione collettiva competenza piena, e non solo integrativo-attuativa, in tema di progressioni economiche.

Ma di là dai contenuti del decreto, che introdusse anche elementi di razionalizzazione della disciplina delle fonti, il metodo di approvazione dello stesso rappresentò una manifesta smentita dei principi della nuova Costituzione amministrativa. La stessa distinzione fra ambito della legge e del contratto si rivelò scritta sulla sabbia, perché ritenuta sempre nella piena disponibilità degli attori politici e sindacali, le cui condotte essa pretendeva di regolare. Quella distinzione si riduce infatti a puro orpello formale nel momento in cui la negoziazione politico-sindacale, *apertis verbis*, definisce gli stessi contenuti della legge. L'idea stessa di un agente indipendente che negozia per la parte pubblica è pura illusione se la sua controparte sindacale viene chiamata a predeterminare gli indirizzi governativi impartiti a quell'agente, relegato in tal modo a mero esecutore materiale di accordi raggiunti sopra la sua testa.

⁷⁶ Intesa Governo-sindacati del 30 novembre 2016.

3.3 Il problema della convivenza fra concorso pubblico e lavoro privatizzato

Il principio di distinzione fra concorso pubblico e gestione privatizzata del rapporto di lavoro, alla prova dei fatti, non ha avuto maggior successo degli altri due capisaldi della nuova Costituzione amministrativa. Per un verso, le inevitabili interferenze fra accesso pubblicistico e lavoro privatistico, mal governate, hanno determinato una serie di *unintended consequences*, delle quali sono rimasti vittima sia il concorso pubblico, sia la flessibilità gestionale privatistica. Per altro verso, dopo la riforma, il diritto del lavoro ha cambiato pelle: il rinvio al vecchio diritto del lavoro della stabilità, disposto dall'art. 2 TULP, rischia di trasformarsi in un rinvio ad un nuovo diritto del lavoro della flessibilità, assai più difficilmente armonizzabile con i principi costituzionali del concorso pubblico e del *merit system*. Tanto che alcuni interpreti, comprensibilmente affezionati sia al vecchio diritto del lavoro, sia alla privatizzazione del lavoro pubblico, tentano di mantenere in vita lo spirito del primo nel corpo del secondo.

3.3.1 *Concorso, carriera, mobilità: lose-lose situations*

Il concorso implica una limitazione della carriera dei dipendenti in servizio, perché sottrae ad essa una quota di posti, che divengono accessibili solo all'esito di quella valutazione comparativa aperta a candidati esterni, che rappresenta un requisito coessenziale alla stessa nozione di concorso pubblico⁷⁷. Nel vecchio sistema di inquadramento professionale, articolato su nove qualifiche funzionali, ciascuna delle quali accessibile solo per concorso, lo spazio della carriera risultava pressoché annullato, privando il datore di lavoro pubblico di una fondamentale leva gestionale, di cui dispone invece il datore di lavoro privato.

La rigidità di questo assetto parve giustamente incompatibile con il principio di privatizzazione, la cui piena affermazione indusse, nel 1998, ad adottare una diversa disciplina, confluita poi nella versione originaria

⁷⁷ Cfr. fra le molte, C. cost. n. 293 del 2009, secondo cui «la forma generale e ordinaria di reclutamento per le pubbliche amministrazioni è rappresentata da una selezione trasparente, comparativa, basata esclusivamente sul merito e aperta a tutti i cittadini in possesso di requisiti previamente e obiettivamente definiti».

del TULP. L'art. 52 del decreto ha così previsto la possibilità di acquisire la qualifica superiore, oltre che per concorso, anche mediante “sviluppo professionale”, rimettendo poi ai contratti collettivi, in sede di definizione del nuovo sistema di classificazione professionale, il concreto equilibrio fra concorso e carriera. La prima scelta si rivelò felice, ma la seconda molto meno, perché la già segnalata debolezza del negoziatore pubblico, soprattutto in sede di contrattazione integrativa, determinò un abuso delle progressioni professionali⁷⁸: nell'anno 2001, quasi un terzo del personale in servizio conseguì una promozione (28,27%). Tra il 2001 e il 2009 si registrò un numero di progressioni orizzontali (all'interno delle aree di inquadramento) pari al 74% del personale in servizio e un numero di progressioni verticali (da un'area all'altra) pari al 39% del personale in servizio. Il concorso pubblico rimase vittima di questo ricorso illimitato alle progressioni di carriera. Nel 2006, l'equilibrio era il seguente: 84,79% di progressioni interne e 15,21% di ingressi esterni⁷⁹. La contrattazione, inoltre, consentì le progressioni verticali anche in mancanza del titolo di studio richiesto per l'accesso dall'esterno, producendo un fenomeno di “*under-education*”, del quale ancora oggi l'amministrazione porta i segni: nel gruppo dei funzionari amministrativi e tecnici, di qualifica non dirigenziale, la percentuale di dipendenti con requisiti formativi e culturali inferiori a quelli richiesti è ovunque molto elevata, con punte nel comparto Ministeri (26%) ed enti pubblici (38%)⁸⁰.

Su tale contesto, calarono successivamente sia le misure di *austerità* imposte dalla crisi economica, consistenti in particolare nel blocco generalizzato delle nuove assunzioni, sia la reazione legislativa del 2009, che, modificando l'art. 52 del TULP, tornò ad imporre il concorso pubblico (con posti riservati) per le progressioni verticali e, in una prima fase (fino al 2013), anche per l'accesso alle posizioni apicali interne alle aree. L'effetto fu paradossale: si diede spazio ai concorsi quando questi non

⁷⁸ V. TALAMO, *Contratti integrativi delle pubbliche amministrazioni e progressioni professionali: un bilancio*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2001, pp. 557-592.

⁷⁹ B. CIMINO, *La stabilizzazione dei precari e la precarizzazione dei dirigenti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2019, pp. 455-465.

⁸⁰ S. GASPARRINI, *Conoscere per reclutare*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2021, pp. 337-345.

si potevano più fare. Il blocco dei concorsi portò con sé anche il blocco delle progressioni verticali nonché, in un primo tempo, delle progressioni orizzontali “concorsualizzate”. A ciò si aggiunga che finì per incepparsi, per ragioni connesse, anche la mobilità: per un verso, questa ha subito a sua volta un processo di “concorsualizzazione” (bandi, criteri, selezioni, ecc.) che ne ha irrigidito il funzionamento; per altro verso, e soprattutto, la mobilità è rimasta condizionata all’assenso dell’amministrazione di appartenenza, che, in presenza di blocco del *turn-over*, lo nega, non potendo sostituire i dipendenti che passano ad altra amministrazione⁸¹. L’esito è stato sconcertante. Le amministrazioni hanno potuto far uso nullo o limitato dei principali strumenti di gestione del capitale umano (assunzioni, mobilità, sviluppo professionale). I dipendenti sono invecchiati per il blocco delle assunzioni (e poi anche dei pensionamenti), fino a raggiungere un’età media elevatissima, che supera abbondantemente i 50 anni⁸² e hanno perso motivazione, in quanto tendenzialmente imprigionati nella propria amministrazione e nella propria qualifica. Una rigida stasi. L’esatto opposto della flessibile dinamicità che la privatizzazione si proponeva di introdurre.

3.3.2 *Concorsi, precari, stabilizzazioni: eccesso e difetto di flessibilità in entrata*

Il concorso pubblico limita anche le assunzioni temporanee nella pubblica amministrazione. Il personale precario non viene di regola assunto con le stesse procedure selettive previste per il personale stabile, le quali

⁸¹ *Ibidem*. L.A. ritiene condivisibilmente che «L’opzione di liberalizzare la mobilità, superando il nulla osta, potrebbe invece avere l’effetto di innescare dinamiche virtuose tipiche di un mercato del lavoro, rafforzando gli incentivi delle amministrazioni a mettere in atto politiche per trattenere le persone (nel settore privato si utilizza il termine di *retaining* per designare tali politiche), utilizzando non solo la leva retributiva, ma anche quella della qualità del lavoro. Al momento, gli incentivi ad attuare politiche di *retaining* o mettere in atto operazioni di riallineamento retributivo tra amministrazioni sono pressoché nulle».

⁸² *Ibidem*. L.A. osserva come i settori più colpiti siano le funzioni locali e le funzioni centrali dove si registra un innalzamento dell’anzianità di servizio media tra il 2001 ed il 2019 di oltre 5 anni. L’andamento dell’età anagrafica mostra poi una notevole concentrazione nella fascia 50-59 anni, cioè «personale che ha faticosamente rincorso le grandi trasformazioni legate allo sviluppo tecnologico e che, inevitabilmente, stenta molto più dei cosiddetti “nativi digitali” a compiere l’ultimo e più impegnativo passo per cogliere a pieno le opportunità offerte dal processo di digitalizzazione dei servizi pubblici».

durano quasi quanto le esigenze temporanee che giustificano l'apposizione del termine al contratto. Ma le esigenze temporanee si rivelano quasi sempre permanenti ed entrambe le parti del rapporto aspirano poi ad una stabilizzazione, la quale aggira però il principio del concorso pubblico. Tutta la storia del pubblico impiego è quindi caratterizzata da divieti di instaurare rapporti a termine, deroghe a tali divieti, leggi di stabilizzazione dei precari assunti in deroga.

Anche in questo caso, coerentemente con l'idea del completamento della privatizzazione, nel 1998 si decise di ammettere il ricorso delle amministrazioni alle forme di lavoro flessibile previste dalla disciplina privatistica, con la duplice differenza del previo esperimento di procedure pubblicistiche di reclutamento e della esclusione, in caso di ricorso abusivo alla flessibilità, della sanzione della stabilizzazione automatica. Ma anche in questo caso la soluzione "privatistica", pur applicata nel contesto pubblico con le migliori intenzioni, ha prodotto dinamiche viziose. La "liberalizzazione" della flessibilità in entrata si è infatti combinata con gli effetti del blocco delle assunzioni. Il precariato divenne così per un verso lecito e, per altro verso, rappresentò anche l'unica soluzione percorribile per adeguare la dotazione di personale al fabbisogno delle amministrazioni. I dipendenti a tempo determinato, che erano nel 1999 pari al 6,8% del totale, divennero l'11,4% del personale in servizio nel 2003, fino a superare il 14% negli anni successivi. Nel 2007 fu raggiunto il picco⁸³.

La reazione fu quella del ritorno alle dinamiche consuete – e speciali – del settore pubblico. Nuovi limiti legislativi alle assunzioni temporanee, che hanno interessato le diverse forme di precariato verso cui le amministrazioni si indirizzavano per sfuggire all'inseguimento delle limitazioni legislative⁸⁴. E nuovi provvedimenti di stabilizzazione, che

⁸³ Si contavano quasi 120 mila dipendenti in regime di tempo determinato o con contratto di formazione e lavoro, 36 mila lavoratori interinali o socialmente utili, 50 mila precari del comparto difesa, 230 mila supplenti a contratto della scuola, 82 mila collaborazioni coordinate e continuative, 46 mila incarichi libero-professionali (B. CIMINO, *La stabilizzazione dei precari e la precarizzazione dei dirigenti pubblici*, cit.; Id., *Le politiche di reclutamento nelle amministrazioni pubbliche: i condizionamenti derivanti dagli attuali assetti e le scelte istituzionali da assumere*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2021, pp. 329-336).

⁸⁴ B. CIMINO, *Le politiche di reclutamento nelle amministrazioni pubbliche*, cit.

mentre riassorbivano il precariato, contemporaneamente violavano il principio del concorso pubblico, incontrando scarsa resistenza negli interventi della Corte costituzionale, che nessuno ha interesse a sollecitare, salvo il Governo con riferimento alle leggi regionali⁸⁵. La divaricazione fra settore pubblico e privato si è poi determinata non solo perché il primo è tornato a guardare con sfavore la flessibilità, ma anche perché il secondo l'ha abbracciata con forse eccessivo entusiasmo. La disciplina privatistica ha infatti arricchito le tipologie di lavoro flessibile e liberalizzato il ricorso ad esse, fino ad accogliere il principio di a-causalità del contratto a termine. Peraltro, proprio la disciplina privatistica ha paradossalmente contribuito alla progressiva ri-specializzazione del rapporto di lavoro pubblico, escludendolo sempre più frequentemente dal proprio ambito di applicazione. La tendenza, inaugurata dalla legge Biagi, poi proseguita dalla legge Fornero e, in modo diverso, dal d.lgs. n. 81 del 2015, ha condotto ad un approdo pasticciato con il c.d. "decreto dignità" (d.l. n. 87 del 2018). Per effetto di una sorta di "conflitto negativo di legislazione"⁸⁶, parrebbe applicabile al contratto di lavoro a termine,

⁸⁵ La giurisprudenza costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, in larga prevalenza, di discipline di stabilizzazione contenute in leggi regionali, sia facendo valere la violazione della competenza esclusiva statale in tema di ordinamento civile o coordinamento della finanza pubblica, sia per violazione del principio del concorso pubblico di cui all'art. 97 Cost. Fra queste ultime, si veda ad esempio, fra le molte, C. cost. n. 113 del 2017, che ha dichiarato l'illegittimità di una normativa regionale «chiaramente volta a stabilizzare gli ex dipendenti delle predette società in mancanza delle condizioni ritenute dalla giurisprudenza costituzionale idonee a giustificare deroghe al principio del pubblico concorso». Secondo la giurisprudenza costituzionale, difatti, «la regola della necessità del pubblico concorso per l'accesso alle pubbliche amministrazioni – valida anche per il passaggio da soggetti privati ad enti pubblici – può essere derogata con legge solo in presenza di specifiche necessità funzionali dell'amministrazione (collegate a peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico, come la necessità di valorizzare pregresse esperienze professionali dei lavoratori assunti), prevedendo procedure di verifica dell'attività svolta e delimitando l'inquadramento entro rigorosi limiti percentuali (sentenze n. 248 del 2016, n. 7 del 2015, n. 134 del 2014, n. 227 del 2013, n. 167 del 2013, n. 189 del 2011, n. 215 del 2009, n. 153 del 1997)».

⁸⁶ L'art. 36 TULP rinvia al d.lgs. n. 81 del 2015 («i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato possono essere stipulati nel rispetto degli articoli 19 e seguenti del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81»), ma poi l'art. 1, c. 3 del d.l. n. 87 del 2018, nel modificare la pertinente disciplina del d.lgs. 81 del 2015, esclude dal proprio ambito di applicazione i contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni («Le disposizioni di cui al presente articolo, nonché quelle di cui agli articoli 2 e 3, non si applicano ai contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni (...), ai quali continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto»).

stipulato con le pubbliche amministrazioni, un diritto del lavoro vecchio, rappresentato dal d.lgs. n. 81 del 2015, nella versione vigente prima di essere sostituito dal decreto dignità, che invece trova applicazione nel settore privato. Si tratta peraltro di una tendenza – quella dell'applicazione al settore pubblico del vecchio diritto del lavoro – che è emersa anche a proposito della stabilità del rapporto a tempo indeterminato, di cui si passa a dire.

3.3.3 *Lavoratori pubblici iper-stabili e lavoratori privati iper-flessibili: “perfetti sconosciuti”?*

Il concorso pubblico implica la stabilità del dipendente assunto. Sono i due capisaldi del *merit system*: non avrebbe senso preoccuparsi di contrastare il *political patronage* in sede di reclutamento, se il funzionario amministrativo, una volta assunto, potesse essere subito dopo dimesso a piacimento.

La privatizzazione del rapporto di lavoro, come detto, non metteva a rischio la stabilità, limitandosi a modificarne il fondamento. La riforma non espose il dipendente pubblico ad un regime di libera recedibilità, e quindi al *political patronage*, ma lo consegnava ad un regime privatistico che privilegia il rapporto a tempo indeterminato, risolvibile solo per giusta causa o giustificato motivo, in base alla norma del 1966, e garantito dalla sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro, in base all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. La stabilità non era più posta nell'interesse pubblico all'imparzialità amministrativa, ma a tutela del dipendente come parte debole del rapporto. Ma l'interesse pubblico se ne avvantaggiava ugualmente, in via riflessa. In questo modo, concorso pubblico e privatizzazione potevano andare d'accordo.

In anni più recenti, tuttavia, come anticipato, il diritto del lavoro ha conosciuto profonde modificazioni, perché alla preoccupazione di tutela della parte debole della relazione di lavoro si è affiancato, talora sopravanzandola, l'obiettivo di stimolare l'occupazione, consentendo all'impresa ampio ricorso alla flessibilità. Non si è trattato solo della c.d. flessibilità in entrata, di cui si è detto, ma anche della flessibilità in uscita. Al riguardo, il d.lgs. n. 23 del 2015, seguendo una strada già intrapresa nel 2012 dalla legge Fornero, ha cambiato lo Statuto dei lavoratori. Il legislatore ha limitato l'ambito di applicazione della reintegrazione nel

posto di lavoro, relegandola ad ipotesi marginali, e ha previsto, negli altri casi, che il licenziamento illegittimo comporti la mera condanna del datore di lavoro al pagamento di un'indennità, crescente con il crescere degli anni di servizio. Si è dibattuto, soprattutto in relazione alla più ambigua formulazione della legge Fornero, se al pubblico impiego dovesse continuare ad applicarsi, anche in questo caso, un diritto del lavoro vecchio, cioè l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, abbandonato invece dal diritto del lavoro nuovo⁸⁷. Si tratta di una interpretazione che appariva erronea, ma che, comunque, avrebbe tradito il senso della privatizzazione disposta dall'art. 2 TULP: obiettivo di quella scelta legislativa era il pareggiamento delle discipline, che sarebbe comunque compromesso ove la stabilità fosse conservata nel solo settore pubblico, ancorché in base ad una norma privatistica superata. Più in generale, la stabilità è imposta, nel settore pubblico, non tanto dal vecchio Statuto dei lavoratori, quanto, direttamente, dalla disciplina costituzionale. Non solo, come già detto, il concorso per il reclutamento reclama il giustificato motivo per il recesso, ma l'eventuale tutela esclusivamente obbligatoria in caso di licenziamento illegittimo raddoppierebbe il danno per la collettività: privata ingiustamente di un servitore selezionato in base ai suoi meriti, sarebbe costretta anche a sopportarne il danno economico⁸⁸. L'evoluzione più recente del diritto del lavoro lo ha reso incompatibile con i principi costituzionali sull'amministrazione, per quanto lontano possa spingersi lo sforzo degli interpreti. Una autentica privatizzazione sarebbe oggi incostituzionale.

E difatti il legislatore ne ha preso subito atto. L'art. 21 del d.lgs. n. 75 del 2017, modificando l'art. 63 del TULP, ha stabilito che «il giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro (...)». Dunque, la tutela reale, espunta in larga misura nel lavoro privato, continua ad applicarsi nel lavoro pubblico, non perché

⁸⁷ Cass. civ., sez. lavoro, n. 24157 del 2015 e n. 11868 del 2016. Nella letteratura, fra gli altri, F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in AA.Vv., *La disciplina dei licenziamenti nel primo anno di applicazione della legge n. 92/2012 (prima parte)*, Milano, UTET Giuridica, Milano, 2014, 480; A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*, in *Il lavoro nelle p.a.*, 2012, p. 999 ss.

⁸⁸ Vedi Corte cost. n. 351 del 2008.

continui ad applicarsi il vecchio diritto del lavoro, ma in virtù di una disposizione speciale. Così del resto avveniva quando, nel 1912, Federico Cammeo affermava che la stabilità era un istituto «creato essenzialmente nell'interesse pubblico», dal quale certo «i singoli impiegati personalmente (...) traggono vantaggio», ma «come riflesso della tutela concessa a quell'interesse»⁸⁹. Era un tempo in cui lavoro pubblico e privato cominciavano a divergere. Forse quel tempo è ritornato, dato che un fossato pare separare lavoratori pubblici rimasti iper-garantiti e lavoratori privati resi iper-precari⁹⁰.

4. Conclusioni

La riforma della Costituzione amministrativa italiana, avviata alla fine del secolo scorso e recepita nelle disposizioni del TULP, aspirava a conformare e modificare profondamente, attraverso un impianto di regole giuridiche, successivamente ricondotte dalla giurisprudenza costituzionale ad un quadro coerente e rinnovato di equilibri costituzionali, le dinamiche del sistema di relazioni politiche e sindacali in cui la burocrazia, composta da lavoratori che esercitano funzioni pubbliche, è strutturalmente coinvolta. Ma alla pretesa del diritto di governare le relazioni politiche e sociali corrisponde la capacità degli attori che ne sono protagonisti di modificare a loro volta gli assetti giuridici e di influenzarne le prassi applicative. La crisi e deformazione della nuova Costituzione amministrativa è in buona parte dovuta a reazioni e contropinte che essa stessa ha generato e che hanno scavato un solco significativo fra l'impianto originario della riforma e gli assetti prodotti da successive correzioni e distorte pratiche attuative. La riforma presupponeva una dirigenza più indipendente da politica e sindacati, più autonoma nell'esercizio dei poteri di gestione delle

⁸⁹ F. CAMMEO, *Il licenziamento per fine periodo di prova degli impiegati comunali stabili*, in *Giurisprudenza italiana*, 1912, III, p. 343 ss.

⁹⁰ Del resto, nella più volte citata e famosa voce dell'Enciclopedia del diritto del 1970, Giannini prediceva la convergenza fra impiego pubblico e privato proprio a partire dall'avvicinamento dei due rapporti sul piano della stabilità: «Sino a qualche tempo fa – nota Giannini – si diceva che il rapporto d'impiego e di lavoro pubblico aveva la caratteristica della semi-stabilità (...). Oggi però anche il rapporto di lavoro e di impiego privato, con la restrizione dei poteri del datore di lavoro di risoluzione del rapporto, ha anch'esso il carattere di semi-stabilità. Sicché questa che sembrava la differenza fondamentale si è obliterata. Ora, la "differenza fondamentale" è tornata attuale, per cui forse si annuncia una nuova divergenza fra i due rapporti.

risorse umane, più responsabile per i risultati. L'esito è stato opposto. Oggi la dirigenza è asservita a politica e sindacato, ingessata nella gestione del personale da una fitta trama di regole che non vincolano il privato datore di lavoro, schiacciata sotto il peso di varie figure di responsabilità, nessuna delle quali ha minimamente a che vedere con i risultati.

La riforma intendeva affidare alla legge l'organizzazione degli uffici e prevedere una regolazione autenticamente contrattuale del rapporto di impiego dei dipendenti pubblici. Ma un simile equilibrio non si è imposto in modo stabile e duraturo agli attori politici e sociali. La linea di confine prefigurata dalla riforma ha conosciuto continui attraversamenti, con andamento oscillante: ora il contratto si è spinto nella sfera organizzativa; ora la regolazione unilaterale ha conquistato il rapporto di impiego. Più in generale, il concreto assetto del sistema delle relazioni sindacali nel settore pubblico si è determinato in larga misura indipendentemente dalle regole che avrebbero dovuto conformarlo. Il Governo ha premuto il pedale della legge o del contratto, a seconda delle esigenze di *internal* e *external accountability* di volta in volta prevalenti. L'ARAN ha fatto la fine dell'intendenza.

La riforma, ferma restando la selezione con concorso pubblico retto dal diritto amministrativo, attribuiva ad un diritto del lavoro modificato la gestione del rapporto di impiego dei dipendenti pubblici, nell'intento di conferire maggior flessibilità a quella gestione. Ma anche l'equilibrio fra stabilità e flessibilità si è rivelato fragile. La flessibilità privatistica ha prodotto sovra-inquadramenti generalizzati, *under-education* del personale e stabilizzazioni di precari, che hanno eroso lo spazio del concorso pubblico. Il blocco delle assunzioni e la lentezza e nozionismo dei concorsi pubblici hanno a loro volta bloccato la flessibilità, togliendo al datore di lavoro pubblico le leve della carriera e della mobilità. La flessibilità privatistica, cioè quella applicata nel settore privato, ha infine oltrepassato i limiti costituzionali del suo legittimo impiego nel settore pubblico, revocando in dubbio la stessa percorribilità dell'equilibrio fra diritto pubblico e privato immaginato dalla riforma.

Tutto ciò non vuol dire affatto che la riforma era buona e cattivi quanti l'hanno successivamente tradita. Anzi. Gran parte dell'insuccesso può forse essere retrospettivamente imputato proprio alla concezione olistica

e utopistica sottesa al grande disegno riformatore, che ha sottovalutato le “*unintended consequences*” e trascurato le raccomandazioni di Karl Popper in favore di una ingegneria sociale “a pezzi e bocconi” (*piecemeal social engineering*)⁹¹.

⁹¹ K. POPPER, *The Poverty of Historicism*, London-New York, Routledge, 2002, p. 63 (prima edizione 1957). Sia consentito il rinvio sul punto a S. BATTINI, S. GASPARRINI, *Miseria delle politiche del pubblico impiego in Italia*, in *Sinapsi*, 1, 2020, pp. 3-32.