

# La disciplina della dirigenza e del lavoro pubblico a vent'anni dall'approvazione del d.lgs. n. 165/2001: la costante ricerca di un approdo stabile

*Alessandro Boscati*

*Il saggio ripercorre la ventennale evoluzione del decreto 165/2001, a partire dai due cardini della contrattualizzazione del rapporto di lavoro e del principio di distinzione funzionale tra politica ed amministrazione, per poi passare ad una analisi dei profili di maggiore rilievo riferiti alle fasi di instaurazione, di svolgimento e di cessazione del rapporto di lavoro. Ne emerge, in particolare, un quadro normativo in cui vengono in parte ribaltate le premesse della prima fase della riforma, con molteplici interventi di dettaglio, volti a comprimere l'ambito della contrattazione collettiva e l'autonomia della dirigenza, cui si aggiunge l'innesto di principi pubblicistici in un modello privatistico, sì da rendere ibrido il confine tra i due ambiti, con ricadute non solo sul piano teorico, ma anche su quello reale. Di qui l'individuazione di alcuni possibili ambiti di intervento normativo nell'ambito di un sistema che richiede di essere razionalizzato.*

## *1. Premessa. L'ambito di riflessione*

La celebrazione di un anniversario, qual è il ventennale del d.lgs. n. 165/2001, offre la preziosa occasione per una riflessione in una doppia prospettiva, *de iure condito* e *de iure condendo*, volta a considerare i contenuti del testo normativo alla luce di quelle che ne erano le premesse, di quella che ne è stata l'evoluzione e di quelli che potrebbero essere gli scenari del prossimo futuro<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Per una ricostruzione in termini critici del processo che ha portato alla contrattualizzazione del pubblico impiego, v., in particolare, F. CARINCI, *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta*

Lo sviluppo dell'analisi sarà articolato idealmente in quattro parti e sarà affrontato con il filtro del gius-lavorista pronto a considerare le riflessioni delle altre aree del diritto, nonché delle discipline non giuridiche. Così, sempre a partire dal corpo originario del d.lgs. n. 165/2001, in una prima parte si darà conto dell'evoluzione dell'assetto delle fonti di disciplina del lavoro pubblico, tratteggiando il ruolo della legge, della contrattazione collettiva e del contratto individuale; in una seconda si affronterà la tematica del rapporto tra politica e dirigenza, con un'attenzione centrale alla disciplina del conferimento dell'incarico; in una terza parte si porranno in luce le questioni di maggior rilievo connesse al reclutamento, a tempo indeterminato e con tipologie flessibili, senza tralasciare le problematiche della progressione di carriera, alla fase di svolgimento del rapporto, con riguardo agli obblighi dei lavoratori ed ai poteri del dirigente datore di lavoro e alla fase di estinzione del rapporto di lavoro, con puntuale riferimento alle tutele accordate al dipendente, dirigente e non, illegittimamente licenziato; nella quarta ed ultima parte si definiranno alcuni percorsi di intervento, sulla base delle problematiche emerse e delle opportunità derivanti anche dall'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

## ***2. La parabola evolutiva: dall'originario d.lgs. n. 165/2001 al testo attuale***

È noto che il decreto 165/2001, indicato come Testo unico sul pubblico impiego, indipendentemente dal *nomen juris* deve essere considerato "più semplicemente" come una legge generale sul lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, rubricato, per l'appunto, «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche». Il suo percorso formativo era iniziato con la predisposizione, da parte di un gruppo ministeriale di studiosi, di una bozza di quello che si sarebbe dovuto concretizzare in un vero e proprio Testo unico. Tuttavia l'opposizione sindacale a qualsiasi cambiamento del d.lgs. n. 29/1993, così come stratificatosi nel corso degli anni, comporterà una

soluzione minimale, ovvero una sostanziale ricezione di quell'articolato normativo nel decreto 165/2001<sup>2</sup>.

Di lì a breve, a novembre del 2001, ci sarebbe stata anche la revisione al Titolo V della Costituzione foriera di una molteplicità di questioni interpretative, anche in materia di lavoro pubblico, specie con riguardo alle amministrazioni diverse da quelle nazionali. L'intreccio tra i profili relativi al rapporto di lavoro, riconducibili nella materia dell'ordinamento civile e, dunque, alla competenza statale, e quelli riferiti ai profili ordinamentali ed organizzativi, riservati alla competenza dello Stato solo per quanto concerne lo «Stato e gli enti pubblici nazionali», ha aperto un ampio dibattito, risolto con attenzione, anche se in maniera non sempre coerente, dalla Corte costituzionale<sup>3</sup>. Nelle decisioni della Corte ne è prevalso lo spirito conservatore e centralista, con la riconduzione alla competenza residuale regionale della sola definizione delle modalità di accesso al lavoro pubblico regionale<sup>4</sup>.

Nel corso degli anni successivi tre sono stati i momenti in cui si è addivenuto a significativi interventi di riforma, prevalentemente con la tecnica della novellazione del d.lgs. n. 165/2001: nel 2002 la riforma Frattini che ha riguardato la dirigenza (l. n. 145/2002)<sup>5</sup>, nel 2009 la riforma Brunetta, connotata da una spiccata visione aziendalistica della pubblica amministrazione (e in cui a fianco della novella del decreto 165 vi è stata

<sup>2</sup> Sulla genesi del Testo unico cfr. F. CARINCI, *Spes ultima dea*; V. TALAMO, *Il D.Lgs. n. 165 del 2001 fra tradizione e discontinuità: guida ad un Testo unico "meramente compilativo"*; L. ZOPPOLI, *Alla ricerca di una razionalità sistematica della riforma del pubblico impiego. Considerazioni su "un Testo unico che non c'è"*, tutti in *Lav. pubb. amm.*, 2, 2001 suppl., rispettivamente p. 3 ss.; p. 14 ss.; p. 107 ss.

<sup>3</sup> Cfr. F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 60 ss.; R. SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale*, Padova, Cedam, 2005; A. TROISI, *Le fonti del diritto del lavoro tra Stato e Regione*, Torino, Giappichelli, 2014.

<sup>4</sup> V. A. CORPACI, *A due anni dalla legge n. 124 del 2015: brevi considerazioni introduttive sull'evoluzione del processo di riforma del lavoro pubblico e sugli orientamenti della Corte costituzionale*, in A. CORPACI, R. DEL PUNTA, M.P. MONACO (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico. Riflessioni a due anni dalla legge Madia*, Milano, Franco Angeli, 2018, p. 30.

<sup>5</sup> Sulle novità introdotte dalla legge n. 145/2002 v. A. CORPACI, *Riflessioni sulla dirigenza pubblica alla luce della l. n. 145 del 2002*, in *Lav. pubb. amm.*, 2002, p. 859; C. COLAPIETRO, *La «controriforma» del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica (l. 15 luglio 2002, n. 145)*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2002, p. 639; C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello stato dopo la l. 145/2002*, in *Lav. pubb. amm.*, 2002, p. 929.

l'introduzione di un corpo autonomo di norme contenute nel d.lgs. n. 150/2009)<sup>6</sup>; nell'arco temporale 2015-2017 la riforma Madia, alla fine non solo orfana di quella della dirigenza, ma anche espressione di interventi limitati rispetto a quella che era stata l'ipotesi iniziale della redazione di un nuovo Testo unico e che sul piano della disciplina delle relazioni sindacali è stata chiamata a recepire quanto concordato dal Governo con le parti sociali a fine novembre del 2016, nell'imminenza dell'appuntamento referendario di inizio dicembre che condurrà alla bocciatura popolare della proposta di riforma costituzionale e alle successive dimissioni del Presidente del Consiglio<sup>7</sup>.

A detti interventi, espressione di precise opzioni di politica del diritto, sono seguiti altri specifici, contenuti nelle leggi prima finanziarie ed oggi di bilancio, in assenza di un disegno sistematico, necessari a fronteggiare l'oramai indifferibile esigenza di contenimento della spesa pubblica, sia in maniera diretta, sia in maniera indiretta, tramite la previsione di micro-riforme che, tuttavia, dovevano necessariamente essere "a costo zero". Non meno rilevante sul piano sistematico è la divaricazione che in questi venti anni si è avuta tra la disciplina del lavoro pubblico e quella del lavoro privato. Un percorso il cui avvio può essere segnato dalla riforma del mercato del lavoro del 2003 (c.d. riforma "Biagi") e che ha in seguito trovato linfa sia negli interventi che hanno riguardato il pubblico impiego (la stessa riforma Brunetta ancorché ispirata da una

<sup>6</sup> Sulla riforma Brunetta, senza pretesa di esaustività, v. L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009; AA.Vv., *La riforma "Brunetta" del lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1 ss.; M. PERSIANI (a cura di), *La nuova disciplina della dirigenza pubblica*, in *Giur. it.*, 2010, I, p. 2697 ss.; AA.Vv., *Il pubblico impiego dopo la riforma del 2009*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, p. 447 ss.; F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milano, Ipsoa, 2011; M. NAPOLI, A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, Cedam, 2013.

<sup>7</sup> Sulla quarta riforma del lavoro pubblico, v. senza pretesa di esaustività, A. GARILLI, A. RICCOBONO, C. DE MARCO, A. BELLAVISTA, M. MARINELLI, M. NICOLSI, A. GABRIELE, *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la riforma Madia*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018; M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2018; AA.Vv., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, I, p. 403 ss.; AA.Vv., *La quarta riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubb. amm.*, 2017, numero unico; e per un'ulteriore ricognizione v. B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". Collective Volumes*, 8, 2019; e, da ultimo, S. BATTINI, S. GASPARRINI, *Miseria delle politiche del pubblico impiego in Italia*, in *Sinapsi*, 1, 2020, p. 3 ss. (per l'ultima fase, sp. p. 23 ss.).

logica aziendalistica ha introdotto spiccati profili di specialità, si pensi in materia di esercizio del potere disciplinare), sia in quelli che hanno riguardato il lavoro privato, tra cui deve essere annoverata senza dubbio la riforma Fornero del 2012 ed il più recente decreto dignità del 2018, di cui si è espressamente affermata la non applicabilità ai dipendenti del settore pubblico. Si assiste così alla coesistenza di due discipline, con un risultato che disattende la logica di uniformità che era stata alla base dell'avvio del percorso riformatore del 1992-93: l'unificazione di regime era stata indicata quale "strumento" per accrescere l'efficienza, l'efficacia e l'economicità dell'azione della pubblica amministrazione.

Non è, peraltro, mancata per taluni istituti una "osmosi ribaltata", con un settore privato che ha tratto ispirazione dalle regole del pubblico. Così, sul piano delle relazioni sindacali, il Testo unico sulla rappresentanza del gennaio 2014, ancorché di fonte negoziale, riprende a larghi tratti la disciplina del d.lgs. n. 165/2001; sul piano del rapporto individuale è, invece, emblematica la novella dell'art. 2103 cod. civ. operata dal d.lgs. n. 81/2015 che fa proprio il concetto di equivalenza formale delle mansioni dettato dall'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001. Nella stessa logica si colloca la disciplina sul c.d. *whistleblower*, originariamente introdotta nel pubblico e successivamente mutuata dal settore privato.

### ***3. Gli immutati cardini della contrattualizzazione del rapporto di lavoro e della distinzione funzionale tra politica ed amministrazione nell'ambito di una poliedrica e cangiante strategia di intervento***

Se quella sopra descritta è la parabola evolutiva, i due cardini fondamentali della c.d. privatizzazione, ovvero, da un lato, la contrattualizzazione del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti e la riconduzione sotto l'egida del diritto privato degli atti di organizzazione e di gestione del rapporto di lavoro e, dall'altro lato, l'affermazione del principio di distinzione funzionale tra politica ed amministrazione sono stati confermati come tali (e neppure mai posti formalmente in discussione) nel corso di questi anni. E questo sia da parte degli interventi normativi di riforma via via succedutisi, ispirati da anime diverse, frutto di differenti maggioranze di Governo, sia da parte dei progetti di riforma che non si sono concretizzati in provvedimenti di diritto positivo, più per motivazioni di politica del diritto, se non politiche *tout court*, che non per insuperabili ragioni

giuridiche, presentando in alcuni casi opzioni di valore che avrebbero meritato maggiore attenzione.

Tuttavia se i principi di fondo appaiono immutati e consolidati ciò che ruota intorno ad essi ha subito un indubbio cambiamento di cui si è già in parte accennato e di cui occorre tenere conto in maniera puntuale. Gli interventi di riforma che si sono stratificati hanno modificato la strategia di cambiamento iniziale producendo esiti in larga parte opposti alle attese. L'idea di fondo di rinnovamento della pubblica amministrazione, ispirata alla formula di origine anglosassone del *New Public Management* volta ad un riorientamento delle procedure ai risultati, misurati secondo parametri di efficienza, di efficacia e di economicità, ha ceduto il passo (nei fatti oltre che nelle norme) ad una restaurazione (se non addirittura ad una vera e propria accentuazione) dei mali che intendeva superare; tra questi, primo fra tutti, l'inibizione dell'autonomia dei decisori, a fronte di una loro accresciuta responsabilità, sì da implementare il noto fenomeno della c.d. amministrazione difensiva.

La cornice privatistica della disciplina del rapporto di lavoro, considerata all'inizio del processo di privatizzazione presupposto ineludibile per l'importazione nel settore pubblico dei canoni di efficienza propri del settore privato, con una mutuazione, però, non completa, in ragione di una specialità regolativa resa necessaria dall'esigenza di coniugare la privatizzazione del rapporto con il rispetto dei principi costituzionali, è stata conservata, ancorché con la già richiamata differenziazione via via accentuatasi della disciplina del lavoro pubblico rispetto a quello privato. Del pari è stato mantenuto il ruolo regolativo del contratto collettivo, ancorché destinatario di una specifica disciplina che, pur non funzionalizzandolo, l'ha connotato in maniera del tutto peculiare quanto ad ambito, soggetti negoziali, procedimento, efficacia soggettiva e rapporto tra i livelli contrattuali.

Ciò che è mancato è stata l'effettiva introduzione di metodi manageriali nella *governance*, sulla carta connotata da regole basate sul binomio indirizzo e controllo, ma non accompagnata da disposizioni idonee ad una loro attuazione nella realtà gestionale. Il che ha portato nei fatti a rendere non concreta la postulata flessibilizzazione dell'organizzazione, la semplificazione nell'impiego di risorse umane e soprattutto il controllo dell'attività in termini di risultati.

Sono state individuate molteplici ragioni del mancato rispetto delle premesse, su cui si ritornerà necessariamente più volte nell'ambito del presente scritto. L'indebolimento della politica come strumento di governo della collettività cui si unisce l'attribuzione al dirigente anche del ruolo di datore di lavoro, limitandone l'autonomia operativa/gestionale e mantenendo nella sostanza forte il legame con gli organi di indirizzo. Tutto ciò che attiene alla gestione del personale è stato iper-regolato ed iper-procedimentalizzato, con un tecnicismo obsoleto e inadeguato. La politica ha posto resistenza alla cessione di spazi nella gestione concreta, nel controllo diretto delle risorse umane e finanziarie. E ciò ha anche condotto alla ricerca di forme e modi per fidelizzare la dirigenza con prassi che distaccandosi dalla compiuta attuazione del dettato normativo hanno condotto a forzare logiche di per sé virtualmente fiduciarie. Non meno rilevante è stata la continua pressione delle organizzazioni sindacali per riappropriarsi di spazi di cogestione non solo nella gestione del personale, ma anche nella stessa adozione di misure organizzative. In questa prospettiva, se non facilitate dalla politica, senza dubbio dalla stessa non adeguatamente fronteggiate, data la strenua e sostanzialmente univoca finalità di evitare la possibile perdita di consenso. Una situazione presente in via prevalente nelle realtà in cui il dipendente è nel contempo anche elettore (senza dubbio nelle amministrazioni governate da un vertice politico, ma non solo, si pensi ad esempio alle università e alle previste modalità di elezione del rettore). Sempre sul dirigente, nella sua diversa veste di dipendente chiamato ad attuare l'indirizzo, è ricaduta la limitazione (se non vera e propria negazione) della stessa discrezionalità amministrativa, quale possibile scelta ponderata tra diverse soluzioni, con una preventiva regolamentazione anch'essa destinata a renderlo un esecutore di soluzioni prestabilite.

È a partire da questi elementi che si focalizzeranno le riflessioni che seguono nella prospettiva già dianzi abbozzata di coniugare le due anime del diritto privato e del diritto pubblico che permeano il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione. In ciò facendo proprio l'insegnamento della Corte costituzionale di perseguire l'equilibrato dosaggio di fonti regolatrici, da intendersi non solo con riguardo all'ambito pubblicistico e a quello privatistico, ma anche nell'alveo di

quest'ultimo tra prerogative della legge, della contrattazione collettiva e quelle manageriali della dirigenza.

#### **4. Il sistema delle fonti nel lavoro pubblico contrattualizzato**

Le riforme che si sono succedute dal 2001 ad oggi non hanno mai posto in discussione il ruolo assegnato al contratto individuale quale fonte costitutiva del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, compreso quello della dirigenza di prima fascia per la quale a decorrere dalla riforma del 1998 era stato superato l'atto di nomina per l'instaurazione del rapporto di lavoro<sup>8</sup>. Sono state così confermate le esclusioni soggettive dell'art. 3 del d.lgs. n. 165/2001 che nel corso degli anni hanno visto alcune limitate integrazioni relativamente al personale del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, a quello della carriera dirigenziale penitenziaria e ai ricercatori universitari a tempo determinato.

##### **4.1 La funzione costitutiva del contratto individuale e la conseguente natura privatistica del rapporto di lavoro**

La funzione costitutiva assegnata al contratto individuale costituisce l'aspetto qualificante dell'intero processo di riforma poiché ha comportato il passaggio da una «dote generica e aperta di doveri da *status* a carico del lavoratore ad una precisa e chiusa di obblighi da contratto»<sup>9</sup>. La causa del contratto individuale è costituita anche nel settore pubblico dallo scambio tra prestazione di lavoro e retribuzione; dal contratto di lavoro originano situazioni di debito/credito con assegnazione al datore di lavoro (il dirigente) di poteri di gestione del rapporto che hanno la stessa natura dei poteri del privato imprenditore, ma il cui esercizio presenta alcuni profili di specialità dati dall'esigenza di coniugare la natura privata del rapporto, con i principi costituzionali che governano l'azione della pubblica amministrazione. Quale ulteriore conseguenza vi

<sup>8</sup> Critici in merito alla contrattualizzazione della dirigenza generale, M. RUSCIANO, *Contro la privatizzazione dell'alta dirigenza pubblica*, in *Dir. lav. merc.*, 2005, p. 621 ss.; L. BORDOGNA, *Per una maggiore autonomia dell'alta dirigenza pubblica: una proposta*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 92, 2009, sp. p. 7 ss.

<sup>9</sup> F. CARINCI, *All'indomani di una riforma promessa: la «privatizzazione» del pubblico impiego*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario diretto da F. Carinci, Milano, Giuffrè, 1995, p. XXXIX.

è la riconduzione degli atti di organizzazione e di gestione del rapporto di lavoro ai principi dell'autonomia privata, con l'assoggettamento ad una serie di limiti di tipo sostanziale e procedurale, di genesi legale e convenzionale<sup>10</sup>. Si ha così una contrattualizzazione del rapporto di lavoro ed una privatizzazione degli atti gestionali, sì da potersi ricomporre l'apparente dicotomia tra i due termini. L'applicabilità del diritto privato «è l'effetto e non la causa del cambiamento di regime giuridico, il quale, nella sua essenza, consiste appunto nella riconduzione della pubblica amministrazione alla posizione contrattuale di parte del rapporto con i propri dipendenti»<sup>11</sup>.

#### *4.2 La regolazione del rapporto di lavoro: legge contrattazione collettiva*

Per quanto concerne la regolazione del rapporto di lavoro, come nel privato, il compito è assegnato alla legge ed alla contrattazione collettiva, mentre, diversamente dal privato, si esclude uno spazio negoziale a livello individuale, tranne per quanto concerne la definizione del trattamento economico, consentito a ben precise condizioni. Ciò in un contesto in cui si intende non solo riconoscere quanto rendere effettivo l'esercizio delle prerogative unilaterali della dirigenza, con soluzioni non sempre intrinsecamente coerenti.

Sul piano della regolamentazione legislativa è presente una specialità di disciplina, in parte connessa all'esigenza di rispettare vincoli costituzionali (ad es. in tema di accesso, di mansioni e di incompatibilità) ed in parte frutto di scelte di politica del diritto funzionali alla piena attuazione dei precetti costituzionali (ad es. per quanto concerne l'esercizio del potere disciplinare). Certo è che questi interventi non possono condurre a ravvisare un mutamento della causa del contratto di lavoro, sì da portare a qualificarlo come contratto speciale, dato che l'interesse pubblico rimane comunque esterno allo scambio tra prestazione e retribuzione.

È, però, indubbio che nel corso degli anni si è avuta una progressiva estensione del ruolo occupato dalla legge cui si è unito un richiamo sem-

<sup>10</sup> Cfr. C. ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, p. 641.

<sup>11</sup> M. D'ANTONA, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *Lav. dir.*, 1996, p. 240.

pre più frequente ai principi pubblicistici non solo per profili direttamente riconducibili all'esercizio della pubblica funzione. Alcune disposizioni legislative si sono, altresì, connotate per l'introduzione di obblighi puntuali assistiti da specifiche sanzioni, vincolando chi, la dirigenza, avrebbe dovuto essere autonoma e valutata in ragione dell'attività compiuta e non prevalentemente per l'esecuzione di atti puntuali. Si tratti di profili di rilievo e che saranno oggetto di specifica attenzione in altra parte (v. in particolare § 5.3. e § 6.2.).

Significativa è anche l'evoluzione del ruolo regolativo della contrattazione collettiva che ha sempre scontato un doppio limite, ancorché con diverse modulazioni nel corso degli anni, riferito agli ambiti per i quali è dettata una speciale disciplina normativa che ne preclude o, comunque, limita l'intervento e la non coincidenza tra area privatizzata ed area negoziabile, la prima più ampia della seconda.

#### *4.3 Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva*

In merito al rapporto tra legge e contrattazione collettiva, occorre operare un'ulteriore scomposizione in due tematiche, ovvero al rapporto tra la fonte negoziale e le speciali disposizioni del d.lgs. n. 165/2001 e a quello tra la contrattazione collettiva e le leggi speciali concernenti solo i pubblici dipendenti.

Quanto alla prima questione occorre considerare l'art. 2, comma 2, primo periodo e l'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001. L'originaria previsione dell'art. 2 con cui si disponeva che i rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici contrattualizzati sono regolati dalle stesse norme dettate per i lavoratori privati («I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa»), fatte salve le diverse disposizioni contenute nel d.lgs. n. 165/2001, è stata integrata dalla riforma del 2009 con la precisazione secondo cui queste ultime «costituiscono disposizioni a carattere imperativo». Una specificazione che in sé considerata era volta ad escludere, in via di principio, ogni possibile intervento regolatorio della contrattazione collettiva, ma che è stata in parte «mitigata» dalla coeva novella dell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001 che ha consentito un intervento della fonte collettiva ove la «diversa

disposizione” ne avesse operato un esplicito richiamo regolativo e nei limiti di esso.

Peraltro anche l’art. 40 è stato destinatario di una significativa evoluzione che ha modificato l’ambito di intervento della fonte collettiva. L’originaria formulazione del d.lgs. n. 165/2001, in coerenza con l’allora vigente articolo 2, comma 2, primo periodo, stabiliva che la contrattazione si svolgesse «su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali». La novella del 2009 introduceva una doppia modifica. Da un lato riduceva l’ambito di intervento alla più ristretta determinazione dei “diritti” e degli “obblighi” «direttamente pertinenti al rapporto di lavoro», nonché alle «materie relative alle relazioni sindacali»; dall’altro lato, quale conseguenza della natura imperativa riconosciuta alle diverse disposizioni del decreto 165/2001, enumerava una serie di materie escluse dalla contrattazione collettiva (quelle relative all’organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, quelle di cui all’articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421), peraltro già di per sé enucleabili da una lettura sistematica del d.lgs. n. 165/2001, e ne indicava altre per le quali la «contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge» (sanzioni disciplinari, valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, mobilità e progressioni economiche). La più recente riforma del 2017 ha riespanso l’ambito negoziabile stabilendo che la contrattazione collettiva «disciplina il rapporto di lavoro e le relazioni sindacali». Ha anche confermato gli ambiti esclusi dalla contrattazione, mentre per quelli in cui la contrattazione collettiva è ammessa nei limiti previsti dalle norme di legge ha espunto il riferimento alle progressioni economiche, sì da ricondurre alla competenza negoziale la disciplina dell’istituto, con una scelta del tutto coerente con il ruolo assegnato dall’art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001 alla fonte collettiva per la determinazione del trattamento economico.

Significativa – e si passa alla seconda questione – è anche l’evoluzione della regolamentazione del rapporto intercorrente tra le speciali disposizioni dettate per i dipendenti pubblici e il ruolo della fonte collettiva ai sensi dell’art. 2, comma 2, secondo periodo. Con la riforma del 2017 si è assistito ad un sostanziale ritorno alla regola dettata dall’originaria

formulazione del Testo unico. Quest'ultima prevedeva che eventuali disposizioni normative (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» potessero essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non fossero ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponesse espressamente in senso contrario. In definitiva se la legge non definiva una propria valenza rinforzata, la fonte collettiva poteva liberamente intervenire. Con la riforma del 2009 la prospettiva era ribaltata (e questo per espressa previsione della legge delega n. 15/2009): le speciali disposizioni potevano essere derogate solo qualora ciò fosse espressamente previsto dalla legge. Una situazione, con tutta evidenza, difficilmente concretizzabile. Con la riforma del 2017, come anticipato, vi è stato un sostanziale ritorno alle origini, ancorché con alcune modifiche, solo in apparenza marginali. Si è fatto riferimento anche ai provvedimenti che “abbiano introdotto” speciali disposizioni, con uno sguardo, dunque, rivolto pure al passato; si è limitato l'ambito dell'intervento della fonte negoziale alle «materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 40, comma 1»; si è attribuita la competenza derogatoria alla sola contrattazione nazionale; infine si è sancita la non ulteriore applicabilità delle disposizioni normative derogate, a prescindere da qualsivoglia loro indicazione.

Si è assistito così ad una successione di interventi che potremmo definire tendenzialmente a fisarmonica, con una compressione dell'ambito di regolazione della contrattazione collettiva ed una successiva riespansione, che sconta tuttavia l'intervenuta progressiva estensione della regolamentazione diretta della legge nella più ampia materia del rapporto di lavoro.

#### *4.4 La determinazione del trattamento economico tra contrattazione collettiva ed azione unilaterale dell'amministrazione*

Negli anni è, invece, rimasto invariato il rapporto tra legge e contrattazione collettiva per quanto concerne la determinazione del trattamento economico. È stata così confermata la riserva di competenza a favore della fonte negoziale, con la previsione contenuta nell'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001 secondo cui l'attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi o, alle condi-

zioni previste, mediante contratti individuali. Una previsione che risulta confermata dall'art. 45, comma 1, dello stesso d.lgs. n. 165/2001 secondo cui il trattamento economico, fondamentale e accessorio, è definito dai contratti collettivi. Non è stata, altresì, modificata la previsione per cui le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale, sì da configurare la sottoscrizione del contratto collettivo come il fatto che fa perdere efficacia alle disposizioni normative. Peraltro il legislatore nel prevedere il riassorbimento dei trattamenti economici più favorevoli in godimento ha continuato ad assegnare alla fonte collettiva il compito di definirne le modalità e le misure, con i risparmi di spesa destinati ad incrementare le risorse disponibili per la contrattazione collettiva. La novella del 2009 ha, però, introdotto una doppia importante apertura a determinazioni unilaterali: all'art. 47-*bis* del d.lgs. n. 165/2001 prevedendo una tutela retributiva per i dipendenti pubblici, cioè la possibilità di erogare in via provvisoria «gli incrementi previsti per il trattamento stipendiale», decorso un periodo di sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge finanziaria di autorizzazione alla spesa per il rinnovo dei contratti nazionali, «previa deliberazione dei rispettivi comitati di settore, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative, salvo conguaglio all'atto della stipulazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro»; all'art. 40, commi 3-*ter* e 3-*quater*, del d.lgs. n. 165/2001 riconoscendo la possibilità per le amministrazioni di procedere provvisoriamente in via unilaterale in caso di mancato accordo nelle materie demandate alla contrattazione integrativa. Senonché la riforma del 2017 – recependo, ancorché con alcune attenuazioni, i contenuti dell'accordo del 30 novembre 2016 – ha reso più stringenti i requisiti per poter esercitare questa prerogativa. La previsione del 2009 si limitava a riconoscere la possibilità per l'amministrazione di provvedere in via provvisoria fino alla successiva sottoscrizione «al fine di assicurare la continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica», ferma l'adozione delle procedure di controllo e di compatibilità economico-finanziaria previste per la contrattazione integrativa. La novella del 2017 ha subordinato l'azione unilaterale alla circostanza che il «protrarsi delle trattative determini un pregiudizio alla funzionalità dell'azione amministrativa» ed ha stabilito l'obbligo per

l'amministrazione di proseguire le trattative (e, dunque, di attivarsi in tal senso) al fine di pervenire in tempi celeri alla conclusione dell'accordo. Allo scopo di garantire un corretto esercizio delle prerogative unilaterali è stata prevista la costituzione presso l'ARAN di un osservatorio a composizione paritetica con il compito di monitorare i casi e le modalità con cui ciascuna amministrazione ha agito e di verificare la sussistenza dell'adeguata motivazione in ordine alla sussistenza del pregiudizio alla funzionalità dell'azione amministrativa.

Altro aspetto, che sarà ripreso in seguito, è la possibilità riconosciuta alla contrattazione nazionale di prevedere un termine minimo di durata delle sessioni negoziali in sede decentrata, decorso il quale l'amministrazione interessata può in ogni caso provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo (v. § 4.8).

#### *4.5 Area privatizzata ed ambito contrattabile*

L'altra importante questione attiene al rapporto tra area privatizzata (micro-organizzazione, organizzazione del lavoro e rapporto di lavoro) e contrattabile che involge una doppia tematica: la non coincidenza tra le sfere (con quella contrattabile più ristretta rispetto a quella privatistica) ed i limiti interni alla stessa contrattazione collettiva, ulteriori a quello già analizzato, avendo riguardo ai soggetti negoziali, al procedimento negoziale, all'efficacia del contratto collettivo e ai rapporti tra contratti di diverso livello (e segnatamente il ruolo del contratto integrativo).

La non coincidenza tra area privatizzata e negoziabile si ricava dalla lettura combinata del già richiamato art. 40 con l'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001. Tale conclusione era già evidente al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 165/2001 ed è stata confermata e rafforzata dagli interventi normativi successivi, nonostante la previsione di alcune forme di partecipazione sindacale, in particolare la concertazione, secondo taluni avrebbe dovuto condurre ad una diversa conclusione.

Dell'evoluzione dell'art. 40 si è già detto. Il secondo comma dell'art. 5 fin dall'originaria formulazione del decreto 165 aveva previsto che nell'ambito delle leggi e dei c.d. atti di macro-organizzazione (quelli di cui all'art. 2, comma 1) gli organi preposti alla gestione (e, dunque, i dirigenti) assumessero con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure

inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro». Una previsione che letta in connessione con l'art. 40 riconduceva alle prerogative unilaterali della dirigenza l'adozione delle determinazioni in materia di organizzazione degli uffici (c.d. micro-organizzazione) ed organizzazione del lavoro, atteso il diverso perimetro delle due disposizioni. Ne derivava, dunque, la non negoziabilità dei poteri dirigenziali, con un ruolo delle organizzazioni sindacali «confinato» alle sole forme di partecipazione sindacale<sup>12</sup>. E questo nonostante i contratti della seconda tornata, vigenti alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 165/2001, includessero tra le forme di partecipazione la concertazione ove «le parti verificano la possibilità di un accordo mediante un confronto», da concludersi entro trenta giorni, al cui esito «è redatto un verbale dal quale risultino le posizioni delle parti nelle materie oggetto della stessa». Proprio per far fronte al dibattito sollevato dalla citata previsione negoziale – ed in particolare per il riferimento all'accordo – la riforma del 2009 integrava il citato comma 2 dell'art. 5; si faceva, così, espressamente salva per le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro la sola informazione ai sindacati, ove prevista dalla contrattazione nazionale, e si precisava che l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici (oltre alle misure inerenti la gestione delle risorse umane) rientrava nell'esercizio dei poteri dirigenziali. Come subito evidenziato dal Dipartimento della funzione pubblica, la concertazione nelle materie contemplate dai contratti collettivi regrediva alla forma dell'informazione a decorrere dalla data di emanazione del d.lgs. n. 150/2009<sup>13</sup>. Non mancarono, tuttavia, resistenze al recepimento della chiara indicazione normativa<sup>14</sup>; tant'è che il legislatore intervenne con il d.lgs. n. 141/2011 specificando che le disposizioni applicabili dalla

<sup>12</sup> Per un'analisi delle varie posizioni, si veda, se si vuole, A. BOSCATI, *La partecipazione sindacale nel settore pubblico e la negoziabilità dei poteri privatistici del dirigente datore di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, p. 405 ss.; A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, sp. p. 131; V. CANGEMI, *La partecipazione sindacale e la negoziabilità dei poteri dirigenziali nel nuovo sistema di relazioni sindacali*, in *Lav.pubb.amm.*, 2, 2019, p. 180 ss.

<sup>13</sup> Così circolare n. 7/2010 del Dipartimento della funzione pubblica.

<sup>14</sup> In merito alle problematiche sollevate dalla novella v. V. TALAMO, *La contrattazione integrativa dopo il d.lgs. n. 150/2009. Le prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 435 ss.

tornata contrattuale successiva a quella in corso al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2009 erano esclusivamente quelle relative al procedimento negoziale di approvazione dei contratti collettivi nazionali. Dopo un breve periodo in cui il legislatore (con il d.l. n. 95/2012), modificando il secondo comma dell'art. 5, aveva affiancato alla sola informazione ai sindacati per le determinazioni relative all'organizzazione degli uffici, l'esame congiunto per le misure riguardanti i rapporti di lavoro, ove previsti nei contratti nazionali, la riforma del 2017 ha ribadito la competenza unilaterale della dirigenza nella direzione e nell'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici, con un ruolo della partecipazione sindacale limitata alla sola informazione o alle altre forme definite dal contratto nazionale. I contratti della tornata 2016-2018, i primi sottoscritti dopo il pluriennale blocco contrattuale, hanno poi "sostituito" l'istituto della concertazione con il confronto con cui «si instaura un dialogo approfondito» con le organizzazioni sindacali al fine di consentire loro «di esprimere valutazioni esaustive e di partecipare costruttivamente alla definizione delle misure che l'amministrazione intende adottare».

#### *4.6 Contrattazione collettiva: struttura, soggetti negoziali e rappresentatività sindacale*

Non meno rilevanti sono gli interventi che hanno riguardato la contrattazione collettiva, tutti attenti a non violare il principio di libertà sindacale *ex art. 39* Costituzione, ma nel contempo volti a recepire le specifiche esigenze del settore pubblico. Anche con riguardo a questi profili non si può che procedere in maniera sintetica e per punti.

Per quanto concerne la struttura della contrattazione, il legislatore non ha mai modificato l'impostazione per cui essa è definita dalla stessa contrattazione collettiva<sup>15</sup>; alla fonte collettiva è rimessa anche la definizione dei rapporti tra i vari livelli e la durata degli stessi in modo da garantire la coincidente vigenza tra parte giuridica ed economica.

<sup>15</sup> V. M. RICCI, *Struttura e articolazione della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, in G. PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, Padova, Cedam, 2014, sp. p. 1207 ss.

Con riguardo ai soggetti negoziali legittimati alla contrattazione a livello nazionale, le modifiche normative dell'ultimo ventennio hanno avuto lo scopo di rafforzare la posizione e l'autonomia della delegazione di parte pubblica, mentre la regolamentazione della rappresentatività della parte sindacale è rimasta sostanzialmente immodificata, anzi da fungere, come già sottolineato, da modello per il settore privato.

L'ARAN, agenzia dotata di rappresentanza legale per tutte le amministrazioni, era nata con l'ambizione di costituire la genuina controparte datoriale, dotata dell'autonomia necessaria per assicurarle la *governance* unitaria della contrattazione nazionale. L'originario testo del d.lgs. n. 165/2001 riprendeva la disciplina introdotta nella seconda fase della privatizzazione che non si dimostrava però in grado di rispondere alle premesse, sì da confinare l'agenzia di parte pubblica al ruolo di sede di ricezione di decisioni assunte altrove, in un negoziato diretto Governo-sindacati. Una situazione che non era stata nella sostanza scalfita dall'introduzione dei comitati di settore. Tali organismi erano stati pensati per dar voce all'interno dell'ARAN alle istanze associative e rappresentative delle amministrazioni, senza contatti con i rappresentanti istituzionali e sindacali. Tuttavia alla prova dei fatti essi non ressero dall'astenersi dal ruolo di protagonisti diretti, in ciò sollecitati proprio da coloro con cui non avrebbero dovuto interagire. A questo cercò di trovare rimedio la novella del 2009 che si segnala soprattutto per la loro riduzione al numero di tre – da leggere congiuntamente con la contestuale riduzione al numero massimo di quattro dei comparti e delle aree di contrattazione – con una posizione nella sostanza egemone riconosciuta al comitato di settore impersonificato per le amministrazioni centrali nel Presidente del Consiglio dei Ministri, chiamato ad agire tramite il Ministro per la pubblica amministrazione, di concerto con quello dell'economia. L'obiettivo era quello di rafforzare l'unità del sistema rispetto a possibili tensioni centrifughe. Gli effetti della riforma non poterono essere verificati nell'immediato dato il repentino blocco della contrattazione collettiva disposto dalla legge finanziaria dell'estate del 2010. Senonché alla ripresa delle trattative, a seguito della nota sentenza della Corte costituzionale n. 178/2015, emergeva quello che era stato preconizzato, cioè il configurarsi dell'ARAN come agenzia tecnica strumentale rispetto alla politica contrattuale dettata dal Go-

verno<sup>16</sup>. Una conclusione che ha trovato conferma anche nell'ampliato ruolo di controllo assegnato alla Corte dei conti prima della definitiva sottoscrizione del contratto nazionale, su cui si avrà modo di ritornare. Le regole sulla rappresentatività sindacale non hanno, invece, subito nel corso di questo ventennio modifiche significative. Il requisito formale del 5% di rappresentatività nell'ambito del comparto (o dell'area) come media tra dato elettorale e dato associativo, quale presupposto per il riconoscimento del diritto delle organizzazioni sindacali a partecipare alle trattative (o delle confederazioni alle quali le predette organizzazioni rappresentative sono affiliate), non è stato modificato. Ciò che è cambiato è stato il perimetro di misurazione, effetto della prevista riduzione del numero dei comparti e delle aree di contrattazione. Ciò ha comportato la previa sottoscrizione di un accordo quadro sulla definizione dei comparti e delle aree di contrattazione avvenuta nel luglio del 2016, un anno dopo la dichiarazione della illegittimità costituzionale del blocco contrattuale. Un tempo trascorso nel continuo negoziato informale volto a definire le amministrazioni riconducibili nei quattro istituendi comparti, dato per scontato che sanità, da un lato, e Regioni ed enti locali, dall'altro lato, costituissero autonomi ambiti di negoziazione, in ragione della predefinita determinazione di comitati di settore ad essi specificatamente riferibili. Una conclusione che se era scontata per il personale non dirigenziale, lo era meno per la dirigenza; e che si concludeva per la riconduzione di quella amministrativa operante in sanità nell'ambito dell'area funzioni locali. Una decisione dell'accordo quadro che il legislatore, non senza una qualche forzatura costituzionale e in presenza della fiera opposizione dei sindacati rappresentativi dei dirigenti amministrativi operanti in sanità, cercava di superare, con la previsione della loro riconduzione nell'ambito dell'area della sanità. L'esito è stato quello di un rinvio della questione da parte del legislatore<sup>17</sup>. I contratti d'area 2016-2018 hanno,

<sup>16</sup> In merito a Corte cost., 24 giugno 2015, n. 178, v. M. BARBIERI, *Contratto collettivo e lavoro pubblico. Blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, p. 453 ss.; L. ZOPPOLI, *Una sentenza interpretativa di accoglimento con manipolazione temporali relative allo ius novum*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 185 ss.

<sup>17</sup> La legge di bilancio del 2019 aveva, infatti, previsto che in ragione della mancata attuazione nei termini della delega di cui all'art. 11 della legge n. 124/2015 la dirigenza amministrativa,

così, ricondotto la dirigenza amministrativa del servizio sanitario nell'ambito del comparto funzioni locali, lasciando aperta la problematica per il prossimo rinnovo contrattuale.

Senza dubbio l'intervento normativo pone problemi con riguardo al rispetto del principio di libertà sindacale *ex art. 39 Cost.*, comprimendo l'autonomia delle parti negoziali nella definizione dei comparti e delle aree di contrattazione. In ogni caso la vicenda descritta è emblematica di una doppia esigenza: da una parte quella di addivenire, in una logica di armonizzazione, ad una riduzione dei comparti e delle aree per razionalizzare anche la disciplina collettiva ed evitare interventi connotati da logiche prettamente corporative; dall'altra parte quella di garantire le specifiche professionalità con la previsione della possibilità di costituire apposite sezioni contrattuali ad esse dedicate. Senonché il punto *dolens* è che l'"ambito considerato" ai fini della pesatura della rappresentatività è il comparto o l'area, sì da poter risultare più complesso che i soggetti sindacali rappresentativi delle specifiche professionalità possano raggiungere la soglia di rappresentatività legale del 5% (e, comunque, è nelle cose l'ottenimento di un dato di rappresentatività minore in quanto "diluito" nel contesto del più ampio perimetro di riferimento).

#### ***4.7 Il procedimento della contrattazione nazionale, ambito di efficacia del contratto nazionale e negoziabilità a livello individuale***

Il procedimento di contrattazione collettiva nazionale è rimasto puntualmente disciplinato dal legislatore, sulla scorta dell'esigenza mai venuta meno di calmierare la spesa pubblica. Alla predeterminazione a monte dello stanziamento di bilancio per i rinnovi contrattuali fa da contrap-

professionale e tecnica del Servizio sanitario nazionale sarebbe rimasta nei ruoli del personale del Servizio sanitario nazionale e che con apposito accordo quadro si sarebbe provveduto alla modifica del contratto collettivo quadro per la definizione dei comparti e delle aree di contrattazione collettiva nazionale del luglio 2016. La questione, tuttavia, ad inizio 2019 è stata rinviata alla prossima tornata contrattuale dalla legge di conversione del d.l. recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione (art. 9-*bis* d.l. n. 135/2018, convertito in l. n. 12/2019) ove si è stabilito la riconduzione della dirigenza amministrativa nell'area della contrattazione collettiva della sanità a partire dai contratti per il triennio 2019-2021, prevedendo che questo sia previsto da un accordo quadro di definizione delle aree. L'ipotesi di accordo collettivo quadro per la definizione dei comparti e delle aree per il periodo contrattuale 2019-2021, sottoscritta il 15 aprile 2021, conserva la dirigenza amministrativa nell'ambito dell'area funzioni locali.

peso a valle la certificazione dei costi contrattuali da parte della Corte dei conti. Tuttavia il giudice contabile non è chiamato solo a certificare l'attendibilità dei costi quantificati nell'ipotesi di accordo (che può essere sottoscritta solo qualora le organizzazioni sindacali aderenti raggiungano complessivamente una rappresentatività pari ad almeno il 51%), ma anche la loro compatibilità con i documenti di programmazione e di bilancio; e se questo esito dovesse risultare integralmente negativo l'unica via sarebbe quella di intraprendere nuovamente il percorso per adeguarsi ai rilievi evidenziati. L'elemento di novità introdotto dalla novella del 2009 è dato dalla possibilità per i comitati di settore di dettare in questo caso indirizzi aggiuntivi. Diversa è l'ipotesi in cui la certificazione non positiva sia limitata a singole clausole, con una sottoscrizione che può avvenire, ferma l'inefficacia di quelle non positivamente certificate. Del pari confermato è il ruolo dei comitati di settore, con una competenza a monte di definizione dell'atto di indirizzo e con una a valle di controllo, estesa nel 2009 anche all'espressione di un parere circa gli oneri finanziari diretti ed indiretti a carico del bilancio delle amministrazioni interessate. L'elemento nuovo introdotto dalla novella del 2009 è costituito dal doppio intervento del Governo: dapprima, nella fase iniziale, consistente nella possibilità di esprimere le proprie valutazioni circa gli aspetti riguardanti la compatibilità degli atti di indirizzo degli altri comitati di settore con le linee di politica economica e finanziaria nazionale; successivamente nella valutazione dell'ipotesi di accordo sottoscritta dall'ARAN.

Il sistema che ne deriva nella sostanza denota un ambito di intervento del Governo e della Corte dei conti esteso anche al merito dei contenuti e non limitato ai costi contrattuali, sì da ridurre nella sostanza anche per questa via l'autonomia dell'ARAN.

Il contratto nazionale sottoscritto in via definitiva dal Presidente dell'ARAN all'esito del doppio disco verde di Esecutivo e giudice contabile si applica a tutti i dipendenti del comparto e dell'area di riferimento secondo quel meccanismo di efficacia indiretta disciplinato dal secondo comma dell'art. 45 del decreto 165, ritenuto dalla Corte costituzionale non in contrasto con l'art. 39 della Costituzione<sup>18</sup>, che obbliga le pubbliche

<sup>18</sup> Corte cost., 16 ottobre 1997, n. 309, in *Lav. pubb. amm.*, 1998, p. 131, con nota di M. BARRIERI, *Corte costituzionale e lavoro pubblico: un passo avanti e uno a lato.*

amministrazioni a garantire ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi. In tale disposizione vi è anche l'altro aspetto che qualifica diversamente il lavoro pubblico rispetto al privato e che non è stato mai messo in discussione e di cui si è già fatto cenno: si tratta dell'impossibilità di negoziazioni a livello individuale, anche in senso migliorativo, essendo possibili solo differenziazioni tra categorie omogenee di dipendenti della medesima area in presenza di una previsione della fonte collettiva che disponga in tal senso<sup>19</sup>. Si tratta di un profilo che avrebbe meritato senza dubbio maggiore attenzione da parte della dottrina, in presenza di una sinergia legislatore-organizzazioni sindacali (per nulla interessate ad aprire spazi di negoziazione a livello individuale) ferme a ribadire l'assenza di uno spazio contrattabile a livello di singolo. Una possibilità che non è stata nei fatti resa possibile neppure per la definizione del trattamento economico, non avendo trovato mai effettiva attuazione l'apertura del terzo comma dell'art. 2 del 165 e non essendo parimenti configurabile una effettiva negoziazione a livello individuale per quanto concerne la retribuzione della dirigenza (su cui *infra*). Si ritiene che il principio di parità di trattamento non escluda di per sé spazi per un diverso trattamento per situazioni peculiari, nel rispetto della ragionevolezza della scelta.

#### **4.8 Il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello**

Alle rilevanti questioni concernenti il contratto nazionale in sé considerato si sommano quelle relative al rapporto tra contratti di diverso livello, segnatamente a quello tra contratto nazionale (di comparto o di area) ed integrativo; un rapporto segnato in questi venti anni da molteplici interventi normativi che nel rispetto del principio di libertà sindacale

<sup>19</sup> Cass., 28 marzo 2012, n. 4971, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 122 secondo cui il principio di parità di trattamento contrattuale gravante sul datore di lavoro pubblico, espresso dall'art. 45, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, opera nell'ambito del sistema di inquadramento previsto dalla contrattazione collettiva, vietando trattamenti individuali migliorativi o peggiorativi rispetto a quelli ivi previsti, ma non costituisce parametro per valutare le eventuali differenziazioni operate in quella sede, non vietando ogni trattamento differenziato nei confronti di singole categorie di lavoratori ma solo quelli contrastanti con specifiche previsioni normative; più recentemente ribadiscono il principio Cass., 22 marzo 2017, n. 7350; Cass., 4 aprile 2017, n. 8714; Cass., 18 maggio 2018, n. 12334; Cass., 5 febbraio 2020, n. 2718; Cass., 7 luglio 2020, n. 14071.

hanno avuto l'obiettivo di arginare possibili spinte espansive della contrattazione integrativa.

Si è già posto in luce come il legislatore demandi alla fonte collettiva la definizione della struttura negoziale. Ne sono derivate soluzioni diversificate, con la previsione in alcuni comparti ed aree (*in primis* funzioni centrali, ma non solo) di un doppio livello di contrattazione integrativa, uno nazionale ed uno a livello di singola sede. Già sul piano semantico il termine "integrativo" e non "decentrato" depono per la specificità della contrattazione di secondo livello: non libera, ma chiamata ad operare entro limiti soggettivi ed oggettivi ben definiti. Con un vincolo oggettivo che è doppio, stretto tra ciò che è demandato al livello integrativo dal contratto di comparto (o di area) e quanto è confinato alle forme di partecipazione sindacale, senza poter essere contrattato, di cui si è detto e su cui non occorre tornare.

I soggetti della contrattazione sono predeterminati: da un lato, la delegazione di parte pubblica, e dall'altro lato, i sindacati firmatari del contratto di comparto, se si tratta di integrativo nazionale, e le RSU ed i territoriali dei sindacati che abbiano sottoscritto il contratto nazionale (di comparto o integrativo nazionale), se si tratta di integrativo c.d. di secondo livello. Per quanto concerne le materie sono, invece, definite dal contratto nazionale, con una sanzione reale di nullità per le clausole difformi le quali «non possono essere applicate», con conseguente responsabilità anche di coloro i quali pur non avendo partecipato alle trattative procedono alla loro attuazione. Una forma di responsabilità che viene qualificata come «danno da contrattazione collettiva»<sup>20</sup>.

La riforma del 2009 (sul punto specifico non toccata da quella del 2017) ha reso ancora più stringente l'originaria formulazione del vincolo. Oltre ad aggiungere la puntualizzazione per cui la sottoscrizione è vietata «in

<sup>20</sup> Come noto, l'apporto causale delle organizzazioni sindacali nella causazione del danno assume rilievo limitatamente alla quantificazione del risarcimento dovuto dall'amministrazione e, segnatamente, ai fini della sua eventuale diminuzione. In merito v. Cass., S.U., 14 luglio 2015, n. 14689 ove si afferma che le rappresentanze sindacali non possano essere considerate portatrici di funzioni dirette al perseguimento di fini ed interessi pubblici e come tali sottoposte alla giurisdizione contabile. In dottrina cfr. V. TALAMO, *Relazioni collettive e dirigenza pubblica: prove di legislazione al test della Consulta (ed ancora alla ricerca di un assetto ragionevole)*, in *Lav. pubb. amm.*, 2016, p. 297 ss., sp. p. 317 ss.; G. BOLEGO, *Sul danno da contrattazione integrativa nel settore pubblico*, in *Lav. pubb. amm.*, 4, 2019, p. 17 ss.

ogni caso», si è ulteriormente specificato che i contratti integrativi non solo non devono essere in contrasto «con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali», ma non possono disciplinare «materie non espressamente delegate a tale livello negoziale», fermo il ribadito principio per cui non possono comportare «oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione». Nella sostanza poco aggiunge la precisazione per cui le clausole nulle, oltre a non poter essere applicate, sono sostituite ai sensi degli artt. 1339 e 1419, secondo comma cod. civ. (anche perché in molti casi alla nullità della disposizione negoziale non segue la sostituzione con altre). La previsione per cui deve trattarsi di materie espressamente delegate dal livello nazionale è, invece, importante in quanto permette di superare quell'interpretazione che riconosceva una legittimazione alla contrattazione collettiva integrativa in quelle materie che non erano disciplinate dal livello nazionale, sulla scorta della tesi per cui in queste ipotesi non si sarebbe potuto ravvisare un *vulnus* della normativa dei rinvii.

La novella del 2017 assume, a propria volta, rilievo in una doppia direzione, rivolta da un lato ai profili economici e dall'altro lato agli aspetti più strettamente normativi.

Quanto ai primi, la nullità delle clausole contrattuali per superamento dei vincoli finanziari coinvolge anche i lavoratori che hanno ricevuto indebiti vantaggi dall'applicazione di disposizioni contrattuali illegittime. In linea di principio dalla nullità della clausola contrattuale deriva anche l'obbligo per l'amministrazione di ripetere le somme erogate in esecuzione di una clausola nulla, non potendo essere invocata in senso contrario l'eventuale buona fede del dipendente<sup>21</sup>. E proprio avendo riguardo a questa situazione la novella del 2017 è intervenuta cercando di temperare le rigidità del recupero, in continuità con quanto già affermato nel c.d. decreto Salva Roma (art. 4 d.l. n. 16/2014, convertito in legge n. 68/2014)<sup>22</sup>, ancorché in quel provvedimento limitatamente agli enti locali. Non viene modificata la previsione introdotta dalla riforma del 2009 che

<sup>21</sup> In questi termini, v. Cass., 13 settembre 2017, n. 21267 e Cass., 20 febbraio 2017, n. 4323.

<sup>22</sup> In merito a tale decreto cfr. V. CANGEMI, *La nullità della contrattazione collettiva integrativa e l'obbligo di recupero degli emolumenti indebitamente corrisposti dopo il decreto "Salva Roma"*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2014, p. 636 ss.

sancisce l'obbligo per l'amministrazione di recuperare le risorse impiegate nell'ambito della sessione negoziale successiva qualora sia stato accertato il superamento dei vincoli finanziari (art. 40, comma 3-*quinquies*, d.lgs. n. 165/2001), ma si definisce una tempistica per un recupero progressivo delle risorse indebitamente spese che deve avvenire di regola «con quote annuali e per un numero massimo di annualità corrispondente a quelle in cui si è verificato il superamento di tali vincoli». Tuttavia – e così si introduce un ulteriore elemento di flessibilità – si stabilisce che «al fine di non pregiudicare l'ordinata prosecuzione dell'attività amministrativa delle amministrazioni interessate» la quota del recupero non può eccedere il 25% delle risorse destinate alla contrattazione integrativa ed il numero di annualità entro cui deve avvenire il recupero, previa certificazione degli organi di controllo, è corrispondentemente incrementato (sempre art. 40, comma 3-*quinquies*, d.lgs. n. 165/2001)<sup>23</sup>.

Di pari rilievo è l'intervento volto a modificare gli spazi di intervento unilaterale dell'amministrazione in caso di mancato accordo, di cui si è già in parte trattato parlando di definizione del trattamento economico accessorio, ma che ora richiede di essere ripreso ai fini di una più compiuta riflessione. Il legislatore del 2017 ha previsto la possibilità per il contratto nazionale di «individuare un termine minimo di durata delle sessioni negoziali in sede decentrata, decorso il quale l'amministrazione interessata può in ogni caso provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo». Posto che il contratto collettivo ha la facoltà e non l'obbligo di prevedere tale termine, la questione certamente più complessa ed interessante è riferita alla possibilità per l'amministrazione di provvedere “in ogni caso” decorso l'eventuale termine minimo di durata della sessione negoziale. In questo caso l'azione unilaterale

<sup>23</sup> Solo per le Regioni e gli enti locali è prevista, in alternativa alla regola riportata nel testo, sempre all'art. 40, comma 3-*quinquies*, del d.lgs. n. 165/2001, la possibilità di prorogare il termine per procedere al recupero delle somme indebitamente erogate, per un periodo non superiore a cinque anni, a condizione che adottino o abbiano adottato le misure di contenimento della spesa previste dal d.l. n. 16/2014 (c.d. Salva Roma), dimostrino l'effettivo conseguimento delle riduzioni di spesa previste dalle predette misure, nonché il conseguimento di ulteriori riduzioni di spesa derivanti dall'adozione di misure di razionalizzazione relative ad altri settori anche con riferimento a processi di soppressione e fusione di società, enti o agenzie strumentali. Le Regioni e gli enti locali forniscono la dimostrazione di cui al periodo precedente con apposita relazione, corredata del parere dell'organo di revisione economico-finanziaria, allegata al conto consuntivo di ciascun anno in cui è effettuato il recupero.

dell'amministrazione è subordinata al solo decorrere del termine, anche in assenza di un pregiudizio. Solo qualora tale termine minimo non sia definito l'azione unilaterale sarà assoggettata al permanente vincolo del più volte citato pregiudizio.

La contrattazione nazionale, così chiamata in causa, è addivenuta nei contratti 2016-2018 ad una soluzione che, ancorché criticata da una parte della dottrina, appare del tutto coerente con il testo normativo<sup>24</sup>. I contratti di comparto hanno nella sostanza differenziato tra gli istituti riferiti alla parte normativa in senso lato e quelli direttamente attinenti alla definizione del trattamento economico<sup>25</sup>. Per i primi hanno previsto che qualora siano decorsi trenta giorni dall'inizio delle trattative, eventualmente prorogabili fino ad un massimo di ulteriori trenta giorni, e non si sia raggiunto l'accordo, le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e di decisione. Per i secondi si è stabilito che in ipotesi di mancato accordo ed il protrarsi delle trattative determini un oggettivo pregiudizio alla funzionalità dell'azione amministrativa, l'ente interessato può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione e deve proseguire le trattative al fine di pervenire in tempi celeri alla conclusione dell'accordo. È da notare come le previsioni negoziali precisino che il pregiudizio debba essere oggettivo, al fine evidente di definire un giusto equilibrio tra le presumibili visioni contrapposte delle parti. I contratti, nel recepire la facoltà loro attribuita dalla legge, stabiliscono che il termine minimo di durata di queste sessioni negoziali è pari a quarantacinque giorni, eventualmente prorogabili di ulteriori quarantacinque<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> In termini critici circa la duplicazione, ancorché con riferimento al dettato normativo, L. ZOPPOLI, *Il rapporto tra legge e contratto collettivo e il nuovo modello di relazioni sindacali "partecipate"*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, in *Quaderni Riv. giur. lav.*, 4, 2019, p. 421 ss.

<sup>25</sup> Cfr. artt. 7 e 8 CCNL funzioni centrali; artt. 7 e 8 CCNL funzioni locali; art. 7 (parte comune) e art. 22 (sezione scuola), art. 42 (sezione università ed aziende ospedaliere), art. 68 (sezione istituzioni ed enti di ricerca e sperimentazione), art. 97 (Sezione AFAM) del CCNL istruzione e ricerca; artt. 8 e 9 CCNL sanità.

<sup>26</sup> La contrattazione collettiva (art. 9 CCNL funzioni centrali; art. 10 CCNL funzioni locali; art. 8 CCNL istruzione e ricerca; art. 10 CCNL sanità), con una previsione che non si coordina a pieno con i termini già evidenziati, prevede che «entro il primo mese del negoziato relativo alla contrattazione integrativa le parti non assumano iniziative unilaterali, né procedano ad azioni dirette».

Il discorso non può però chiudersi senza operare una riflessione che tenga conto delle reali dinamiche e dei reali contenuti dei contratti. Già per alcune determinazioni può essere difficile tracciare la linea di confine tra ciò che è rapporto di lavoro e ciò che è, invece, organizzazione del lavoro; ed ancora può non essere semplice differenziare tra quelli che sono i criteri generali e quelli che sono i “meri” criteri, con i secondi che possono nella sostanza governare singole scelte. Ed ancora, in presenza di un doppio livello di contrattazione collettiva, si assiste talvolta a contratti nazionali integrativi che nel limitarsi a dettare il criterio (generale o non) ne rinviando la specificazione al livello inferiore, si da demandarne nella sostanza l’adozione dell’atto di gestione. È indubbio, si perdoni l’ovvio, che ampie zone grigie continuano ad esistere nonostante gli sforzi del legislatore e della contrattazione nazionale.

### *5. Il rapporto tra la politica e la dirigenza*

Il rapporto tra la politica (e più in generale gli organi di vertice dell’amministrazione) e la dirigenza è l’altro imprescindibile ambito di indagine. In dottrina è stato autorevolmente affermato che sarebbe corretto parlare di dirigenze e non di dirigenza, data la speciale disciplina che caratterizza la categoria nelle diverse amministrazioni<sup>27</sup> e le diverse funzioni che i dirigenti sono chiamati a svolgere nei vari enti<sup>28</sup>. In merito occorre, tuttavia, tenere separati due piani, quello dell’esercizio della funzione e quello attinente all’adempimento del contratto di lavoro. In merito non pare controvertibile che i principi che attengono alla disciplina del rapporto di lavoro sono sostanzialmente omogenei per i dirigenti operanti in tutte le amministrazioni, come espressione delle medesime tensioni sono i rapporti tra la politica e l’amministrazione.

Sulla scorta di tale premessa, quattro sono le chiavi di lettura su cui si snoderanno le riflessioni, tra loro necessariamente intersecate. La prima è data dall’affermazione del principio di distinzione funzionale tra politica

<sup>27</sup> Così la dirigenza degli enti locali (cfr. TUEL), la dirigenza del ruolo sanitario (cfr. d.lgs. n. 502/1992 e d.lgs. n. 171/2016), la dirigenza scolastica (art. 25, d.lgs. n. 165/2001); il direttore generale delle università (l. n. 240/2010).

<sup>28</sup> Cfr. M. RUSCIANO, *La dirigenza pubblica locale: tra vecchie impostazioni e nuove tendenze*, in *Lav.pubb. amm.*, 2002, p. 893 ss.; F. CARINCI, *Il lento tramonto del modello unico ministeriale: dalla “dirigenza” alle “dirigenze”*, in *Lav. pubb. amm.*, 2004, p. 844 ss.

ed amministrazione, consacrato nell'art. 4 del decreto 165/2001 (e precisato dalle disposizioni relative al ciclo di gestione della *performance*, cui tutte le amministrazioni sono tenute ad adeguarsi *ex art.* 27 d.lgs. n. 165/2001) e che esprime sia l'autonomia della dirigenza rispetto alla politica sia nell'ambito della dirigenza l'autonomia dei singoli dirigenti nei compiti loro assegnati, sulla base del binomio autonomia-responsabilità<sup>29</sup>. La seconda è costituita dalla temporaneità degli incarichi attribuiti alla dirigenza di ruolo, sì da far convivere un contratto di lavoro a tempo indeterminato ed una serie di incarichi a termine, vero elemento di specialità del rapporto di lavoro del dirigente pubblico e frutto del compromesso politico-istituzionale realizzatosi durante la seconda fase della riforma. La terza è rappresentata dalla sempre più puntuale definizione *ex lege* dei compiti attribuiti alla dirigenza, con una specificazione che arriva anche al dettaglio dei comportamenti ed è accompagnata dalla previsione di specifiche forme di responsabilità, con l'effetto di una dirigenza sempre meno autonoma e più responsabile e timorosa ad esercitare le restanti prerogative discrezionali. La quarta, ma solo in sequenza e non per importanza, è raffigurata nella convivenza forzata del diritto pubblico e del diritto privato, con un dirigente nel contempo dipendente e datore di lavoro (e di qui il noto richiamo alla figura mitologica del Giano bifronte), chiamato ad esercitare poteri pubblici e poteri privati.

### ***5.1 Il principio di distinzione funzionale tra politica ed amministrazione***

In merito all'effettiva attuazione del principio di distinzione funzionale tra politica ed amministrazione, la criticità risiede non tanto nel modello astratto, caratterizzato dal percorso circolare indirizzo, gestione, verifica, non modificato in questo ventennio, bensì nella sua attuazione concreta. Due sono gli aspetti problematici, tra loro collegati: la formulazione degli indirizzi e l'assegnazione degli obiettivi, con riflessi anche sulla

<sup>29</sup> Nell'ambito di una amplissima bibliografia v., tra gli studi monografici, almeno, A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica. Contributo ad uno studio del rapporto di «autonomia strumentale» tra politica ed amministrazione*, Napoli, Jovene, 2002; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003; P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005; A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, Giappichelli, 2018, sp. p. 59 ss.

successiva valutazione delle prestazioni. L'attività di indirizzo, il più delle volte, è tardiva ed i suoi contenuti talvolta troppo generici, così da non apparire veri indirizzi, e talaltra troppo specifici, tali da comprimere l'autonomia della burocrazia. Peraltro, la stessa dirigenza è chiamata ad una collaborazione con la politica in ragione dei compiti di proposta ad essa assegnati. Il che imporrebbe anche di verificare in quale misura tale attività venga effettivamente compiuta.

In ogni caso le criticità riferite all'attività di indirizzo (quanto a tempistica e contenuti) si estendono alla successiva attribuzione degli obiettivi, assegnati secondo un procedimento a cascata a tutto il personale e nel corso del quale si accumulano ulteriori ritardi. L'effetto è la limitazione del rilievo della valutazione, ortocentro dell'intero sistema, che per poter adeguatamente funzionare presuppone tempestività e precisione nella formulazione dell'indirizzo e nell'assegnazione degli obiettivi. Nel corso dei vent'anni che sono trascorsi dall'emanazione del decreto 165 ad oggi non c'è stato alcun intervento che sia stato in grado di garantire la tempestività prevista dal legislatore; il d.lgs. n. 150/2009, in seguito modificato dal d.lgs. n. 74/2017, ha disciplinato obiettivi ed indicatori, senza incidere nella direzione della reale puntuale e celere definizione dell'indirizzo; del pari la definizione del ciclo della *performance* ha dettagliato le fasi, ma non è di per sé garanzia di effettiva attuazione. Anche perché l'apparato sanzionatorio è tutto curvato sull'eventuale inerzia della dirigenza.

Si è, invece, verificata un'invasione di campo della "politica del legislatore" sulla "politica dell'esecutivo". A livello generale si è sempre più diffuso il c.d. amministrare per legge, con un'indiscutibile ripercussione sia sulla formulazione del c.d. indirizzo politico-amministrativo, sia sull'azione del corpo burocratico, troppe volte chiamato ad applicare e non a decidere. L'onda lunga delle leggi-provvedimento sono nel contempo presupposto ed effetto della riduzione dell'autonomia dei dirigenti e nel contempo alla base anche di molteplici comportamenti difensivi nell'esercizio delle loro attribuzioni.

La dirigenza non è neppure garantita dagli accordi che la politica e le organizzazioni sindacali definiscono a livello di singolo ente; e che da accordi di fatto diventano in molti casi formali in ragione delle pressioni che la dirigenza subisce dalla politica per la loro formalizzazione. Le incompatibilità tra ruolo dirigenziale ed appartenenza sindacale affermate

per legge (cfr. art. 53, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 165/2001) non riescono a superare la compressione che la dirigenza subisce in alcune realtà (negli enti locali, ma non solo), stretta tra la politica e le organizzazioni sindacali, che hanno un interesse comune all'acquisizione del consenso dei dipendenti, rispettivamente nel ruolo di cittadini-elettori e di lavoratori iscritti (o, comunque, destinatari dell'azione sindacale).

### ***5.2 La temporaneità degli incarichi dirigenziali: natura dell'atto di conferimento, criteri e procedura per il conferimento***

È, però, indubbio che gli appunti critici più accesi sono rivolti alla temporaneità degli incarichi della dirigenza di ruolo; un tema troppe volte confuso e sovrapposto con quello di un (in)esistente *spoils system* generalizzato, senza che sia svolta un'adeguata indagine dei profili attinenti alla fiduciarità degli incarichi, con il ritenere apoditticamente in alcuni casi che la fiducia in realtà non sia null'altro che arbitrio.

La previsione di incarichi a termine, come già ricordato introdotta dalle riforme Bassanini del 1998, non è stata in seguito più incisa in maniera significativa, anche per la mancata emanazione del decreto Madia di riforma della dirigenza.

Così, limitandoci ai profili più significativi, la legge n. 145/2002 ha introdotto la regola per cui il conferimento dell'incarico avviene con atto unilaterale, in luogo del precedente accordo; la riforma del 2009 ha proceduralizzato la procedura di conferimento degli incarichi, secondo una logica ispirata alle regole di trasparenza<sup>30</sup>; la riforma ideata dalla Ministra Madia si è arrestata dopo la dichiarazione da parte della Corte costituzionale, con la sentenza n. 251/2016, della incostituzionalità di alcuni articoli della legge delega n. 124/2015 (tra i quali anche l'art. 11 in materia di dirigenza)<sup>31</sup>, con il successivo ritiro da parte del Governo del decreto delegato già approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri

<sup>30</sup> Peraltro, preceduta dalla direttiva Nicolais n. 10 del 19 dicembre 2007 volta ad introdurre garanzie a favore della dirigenza in sede di conferimento degli incarichi.

<sup>31</sup> Su Corte cost. 25 novembre 2016, n. 251, v., tra i molti, almeno, S. BATTINI *Cambiamento amministrativo, cambiamento giurisprudenziale, cambiamento costituzionale. Brevi note sulla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Dir. lav. merc.*, 2017, p. 121; B.G. MAT-TARELLA, *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 179.

(nonostante non fossero mancate critiche rispetto ai suoi contenuti<sup>32</sup>), senza che venisse più riproposto nella versione del disegno di legge di iniziativa governativa.

Tutti gli interventi che si sono succeduti hanno, poi, variamente inciso sulla definizione dei criteri, di ordine soggettivo ed oggettivo, da seguire per l'individuazione del dirigente cui conferire un dato incarico, con limature e precisazioni contrassegnate da una logica di continuità.

L'inquadramento sarebbe, però, incompleto senza operare in rapida sequenza tre rapide riflessioni. La prima. La scissione tra contratto ed incarico è stata introdotta in un contesto elettorale maggioritario, in seguito modificato con un ritorno (in due fasi) ad un modello prevalentemente proporzionale. La seconda. Mi pare incongruo considerare temporaneità e precarizzazione quali sinonimi, se non a costo di voler far prevalere un disdicevole patologico rispetto ad una fisiologica attuazione. Tant'è che la rotazione degli incarichi (e, dunque, la necessaria temporaneità) è stata indicata dalla stessa normativa anticorruzione come imprescindibile per i dipendenti chiamati ad operare in settori particolarmente esposti alla corruzione (con una soluzione che non credo possa essere superata con una considerazione restrittiva di tali ambiti). Certo non c'è stata una costituzionalizzazione in positivo della scissione tra contratto ed incarico. La Corte costituzionale si è limitata a censurare meccanismi di *spoils system*<sup>33</sup>; tuttavia che si sia limitata a ciò non può essere considerato privo di rilievo sistematico. La terza. Vi è la necessità di tener separata la tematica in esame da quella del conferimento degli incarichi con contratto a tempo determinato (ai sensi dell'art. 19, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001 o dell'art. 110 del TUEL), rispetto ai quali è indubbio

<sup>32</sup> Critiche che furono espresse non solo dalla dottrina, ma anche dal Consiglio di Stato chiamato ad esprimersi sullo schema di decreto delegato (cfr. Consiglio di Stato, parere 14 ottobre 2016, n. 2113). Per un'analitica ricostruzione e commenti dei contenuti dello schema di decreto delegato v. AA.VV., *La Dirigenza pubblica nella Riforma Madia*, in *Lav. pubb. amm.*, 2016, p. 3 ss.

<sup>33</sup> Cfr. Corte cost., 22 febbraio 2019, n. 23 relativa alla decadenza automatica del segretario comunale che richiama le precedenti sentenze n. 52 e n. 15 del 2017, n. 20 del 2016, n. 104 e n. 103 del 2007, n. 304 del 2010, n. 269 del 2016, n. 246 del 2011, n. 81 del 2010 e n. 161 del 2008. In dottrina v. L. CASINI, *Politica e amministrazione: «the Italian style»*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, sp. p. 14 ss. il quale nel criticare l'introduzione di meccanismi di *spoils system* condivisibilmente ravvisa l'esistenza di una amministrazione «spesso complice di talune scelte compiute dai vertici politici».

che la logica della temporaneità e della necessità di ricorrere a soggetti particolarmente esperti non sempre è stata rispettata; ed anzi, si è assistito anche a recenti interventi normativi settoriali che hanno ampliato la percentuale di incarichi conferibili secondo tale modalità.

Se questo è lo scenario di fondo, tre sono le questioni che meritano di essere approfondite: la natura dell'atto di conferimento dell'incarico; il procedimento di conferimento dell'incarico stesso; il sistema delle responsabilità. Questioni che permettono di considerare trasversalmente anche le due ultime chiavi di lettura indicate in apertura di paragrafo.

Il primo aspetto concerne la natura dell'atto di conferimento dell'incarico. Si è già ricordato come l'originaria previsione del decreto 165 prevedesse che fossero definiti «contrattualmente, per ciascun incarico, l'oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata dell'incarico (...), nonché il corrispondente trattamento economico». La novella del 2002 ha sostituito l'atto unilaterale all'accordo, rimasto per il solo trattamento economico («con il provvedimento di conferimento dell'incarico (...) sono individuati l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire (...), nonché la durata dell'incarico (...). Al provvedimento di conferimento dell'incarico accede un contratto individuale con cui è definito il corrispondente trattamento economico»).

Tale modifica aveva aperto un ampio dibattito dottrinale che vedeva contrapposti chi, con diverse argomentazioni, attribuiva all'atto di conferimento rispettivamente natura pubblicistica e privatistica. La questione è stata risolta dalla Cassazione (con l'implicito e tacito assenso della Corte costituzionale) nel senso della natura privatistica dell'atto<sup>34</sup>. Una conclusione che chi scrive ha sempre condiviso in quanto espressione dell'equilibrato dosaggio di fonti, rappresentando l'atto di conferimento il *trait d'union* tra la sfera privatistica e l'ambito pubblicistico di esercizio della funzione, senza essere attratta da quest'ultima. In tema molto

<sup>34</sup> La giurisprudenza è univoca nel riconoscere natura privatistica all'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale: v., dopo l'affermazione della natura privatistica dell'atto di conferimento da parte di Cass., 20 marzo 2004, n. 5659, in *questa Rivista*, 2004, p. 153 ss. (I principi contenuti in tale decisione erano stati anticipati da CORTE DI CASSAZIONE, CONSIGLIO DI STATO, *Relazione di sintesi dei lavori della Commissione di studio istituita dai presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato per l'approfondimento dei problemi di maggiore rilievo in tema di riparto di giurisdizione*, in *Foro it.*, 2004, V, p. 38), nello stesso senso, tra le più recenti Cass., 10 novembre 2017, n. 26694, Cass. 9 marzo 2021, n. 6485.

si è scritto, e non è ovviamente possibile richiamare qui le singole tesi. È sufficiente rimarcare che l'atto di conferimento dell'incarico è atto determinativo delle mansioni e di assegnazione alla direzione di una determinata struttura, presupposto per l'esercizio di tutti i poteri, anche pubblicistici, propri dell'ufficio di attribuzione secondo l'articolazione organizzativa definita ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001. L'ufficio è il "titolare" dei poteri per l'esercizio della funzione e la persona fisica (il dirigente) rappresenta solo lo "strumento" per l'esercizio di tali poteri; l'atto di conferimento dell'incarico non distribuisce una quota di potere pubblico, ma incardina il dirigente in una certa posizione, sì da abilitarlo al loro esercizio, senza incidere sul loro ambito.

Il secondo aspetto riguarda la procedura per il conferimento degli incarichi. L'originaria formulazione del decreto 165 si limitava a indicare i criteri da seguire per il conferimento degli incarichi e prevedeva l'inapplicabilità dell'art. 2103 cod. civ. al conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi, sì da consentire il legittimo passaggio da un incarico più importante ad uno meno importante sulla scorta di motivazioni di ordine oggettivo e non solo a fronte di un'accertata responsabilità dirigenziale. Quest'ultimo profilo è stato sempre confermato in tutti i successivi interventi di riforma. La questione problematica che si pone è che all'attribuzione di un incarico di minor peso corrisponde la previsione di una inferiore retribuzione di posizione, senza che la contrattazione collettiva possa intervenire per garantire nel caso di assegnazione di un incarico inferiore per ragioni organizzative il mantenimento della retribuzione precedente (attraverso il meccanismo che in gergo è definito "galleggiamento")<sup>35</sup>. Il che porta in alcuni casi ad improbabili ed affrettate riorganizzazioni propedeutiche all'assegnazione degli incarichi e volte unicamente a consentire una loro diversa pesatura.

Ciò che è mutata è stata la definizione dei criteri, oggetto di modifica ad ogni intervento legislativo, ma sempre secondo una logica che esprimeva più continuità che non discontinuità. La riforma del 2009 ha poi introdotto, come ricordato, la procedimentalizzazione della fase di conferimento degli incarichi. Si è così previsto l'obbligo per le ammi-

<sup>35</sup> Cfr. art. 19, comma 12-bis, d.lgs. n. 165/2001.

nistrazioni di rendere preventivamente conoscibili, anche mediante la pubblicazione di un apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e le tipologie dei posti dirigenziali che si rendono disponibili ed i criteri di scelta; e si è aggiunto che l'amministrazione acquisisce le disponibilità dei dirigenti interessati e le valuta. Si è nella sostanza introdotta quella che gli addetti ai lavori hanno definito come "procedura di interpello", volta a coniugare l'interesse organizzativo dell'amministrazione con la tutela della posizione soggettiva del singolo dipendente. Il dirigente ha una posizione giuridica che deve essere qualificata in termini pretensivi, di interesse legittimo di diritto privato (o di diritto strumentale)<sup>36</sup>; egli ha diritto ad un incarico, non ad un certo incarico; ed ha parimenti diritto al rispetto della procedura dettata dal legislatore, così precisata dal singolo ente. Ciò si riflette anche sulla pronuncia che può essere richiesta al giudice del lavoro, limitata alla condanna dell'amministrazione alla ripetizione della procedura, oppure al risarcimento del danno subito. L'indicazione dei criteri deve consistere in una specificazione di quelli definiti *ex lege*, volta a puntualizzare ciò che è più rilevante per ricoprire un dato incarico, senza poter giungere all'eliminazione di alcuni di essi. Diversamente si potrebbe giungere alla definizione di criteri c.d. "fotografia", in contrasto con lettera e *ratio* del dettato normativo. Parimenti l'indicazione dei posti di funzione dirigenziale deve essere rivolta

<sup>36</sup> In giurisprudenza, per la qualificazione della posizione del dirigente come di interesse legittimo di diritto privato da riportare quanto alla tutela giudiziaria all'ampia categoria dei diritti di cui all'art. 2907 cod. civ., v., da ultimo, Cass., 18 giugno 2020, n. 11891; Cass., 28 febbraio 2020, n. 5546; Cass., 28 febbraio 2019, n. 6040; e, per prima con riguardo alla questione in esame, v. Cass., S.U. 24 febbraio 2000, n. 4. In dottrina in merito alle vicende della configurazione di un interesse legittimo del lavoratore al corretto esercizio del potere privato, elaborando modelli concettuali analoghi a quelli pubblicitici di verifica del potere funzionalizzato, v. G. ZANOBINI, *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1943, p. 705; U. NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1955, p. 49; L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1967; F.G. SCOCA, *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 38; in termini critici C. ZOLI, *La dirigenza pubblica tra autonomia e responsabilità: l'attribuzione degli incarichi*, in *Lav. pubb. amm.*, 2005, p. 272 il quale afferma che non «sembra utile e corretto (...) elaborare la nozione di interesse legittimo di diritto privato a fronte dell'esercizio di poteri privatistici per rappresentare posizioni soggettive rientranti a pieno titolo nella categoria dei diritti di cui all'art. 2907 cod. civ.»; e, più in generale, dello stesso A. cfr., sempre in termini critici sulla teoria dell'interesse legittimo di diritto privato, già C. ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, Giuffrè, 1988.

alla precisazione dei singoli incarichi e non riferirsi ad aree omogenee, in quanto se così non fosse non si comprenderebbe adeguatamente il legame tra criteri ed incarico da attribuire.

La questione che origina il più ampio dibattito attiene al significato della previsione secondo cui l'amministrazione acquisisce le disponibilità e le valuta.

Innanzitutto paiono da censurare le soluzioni talvolta adottate in via regolamentare dalle singole amministrazioni in base alle quali la scelta può ricadere solo su coloro che abbiano fatto richiesta di ricoprire quell'incarico. La lettera della norma nel prevedere l'acquisizione delle disponibilità e la loro valutazione lascia all'amministrazione la decisione finale, con la possibilità di attribuire l'incarico anche ad un dirigente che non abbia manifestato la disponibilità per uno specifico incarico, in ragione del superiore interesse pubblico. Ma la *ratio* della disposizione è ancor più chiara nel condurre alla soluzione qui prospettata. Sarebbe, infatti, sufficiente un accordo tra i dirigenti dell'ente per esprimere ognuno di loro l'interesse per un solo incarico, tra loro tutti diversi, per originare l'effetto dell'ottenimento del posto prescelto.

Ma vi è una seconda questione, del pari rilevante, ovvero se la valutazione dell'amministrazione debba avere natura comparativa oppure no. La giurisprudenza ha affermato che gli artt. 1175 e 1375 cod. civ. obbligano l'amministrazione a valutazioni anche comparative, all'adozione di adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte, sicché ove l'amministrazione non abbia fornito nessun elemento circa i criteri e le motivazioni seguiti nella scelta dei dirigenti ritenuti maggiormente idonei agli incarichi da conferire, è configurabile inadempimento contrattuale, suscettibile di produrre danno risarcibile<sup>37</sup>. Il decreto delegato approvato a novembre

<sup>37</sup> V., tra le altre, Cass., 10 novembre 2017, n. 26694; Cass., 14 aprile 2015 n. 7495; Cass., 23 settembre 2013 n. 21700; Cass., 14 aprile 2008, n. 9814. Da ultimo Cass., 9 marzo 2021, n. 6485 ritiene che qualora la motivazione sia mancante o non esprima validamente neppure i criteri su cui la pubblica amministrazione ha ritenuto di fondare la scelta, non potrà che procedersi apprezzando *ex novo* in via comparativa i *curricula*, accertando quindi se chi agisce avesse una significativa probabilità di essere prescelto e, in caso positivo, calcolando il risarcimento in misura tale da tener conto dell'incertezza comunque sussistente in un giudizio non solo prognostico, ma anche in sé ipotetico; nel caso in cui la motivazione assunta dall'amministrazione contenga invece almeno una valida espressione dei criteri di merito valorizzati e posti a fondamento della

2016 e poi ritirato aveva previsto che il conferimento degli incarichi dirigenziali avvenisse sempre mediante procedura comparativa con avviso pubblico.

Posta la differenza tra procedura comparativa e concorsuale, dato che la procedura concorsuale è anche comparativa, ma non è vero l'inverso, la questione ruota attorno al tema della fiduciarità, su cui si discute da anni<sup>38</sup>. Può darsi per acquisito che l'aspetto fiduciario permea gli incarichi in cui il legame con la politica è più stringente (*in primis* uffici di diretta collaborazione e non solo per gli incarichi dirigenziali); dibattuta è la soluzione per gli altri incarichi. La questione che si pone all'interprete è se sia sufficiente dimostrare in capo all'incaricando la sussistenza delle idonee capacità o se sia necessaria l'esigenza di provare qualcosa di più, segnatamente il maggior valore del soggetto individuato. A me pare che la giurisprudenza abbia tracciato la via nel senso di richiedere la sussistenza di idonea capacità, volta a censurare quei comportamenti che si manifestano come palesemente irragionevoli ed arbitrari. Devono essere evidenziate le ragioni per le quali si ritiene un dirigente idoneo a ricoprire un certo incarico; si deve dimostrare che in applicazione dei criteri definiti dal comma 1 dell'art. 19, come eventualmente specificati nell'avviso (c.d. interpello), il prescelto possenga le capacità per svolgere l'incarico avendo riguardo alla sua "professionalità" ed alla tipologia di incarico da ricoprire. Certo tutto sarebbe più agevole se non vi fossero ombre, più o meno fondate, sulle preventive procedure di valutazione. La possibilità di poter usufruire di un affidabile sistema di misurazione e di valutazione delle prestazioni e dei conseguenti risultati, senza dubbio depotenzierebbe molte incongrue condotte e speciose polemiche, anche se, come già sottolineato, la formulazione talvolta incongrua degli obiettivi e la loro tardiva assegnazione non giocano certo a favore di una sempre adeguata valutazione. Mi sembra che non sia la temporaneità

nomina, essendo necessario rispettare la sfera decisionale esclusiva della pubblica amministrazione, l'apprezzamento non potrà invece che riguardare, più limitatamente, la possibilità, ancora secondo criteri di significativa probabilità, che il corretto adempimento, e quindi la valutazione comparativa delle posizioni dei candidati esclusi in relazione ai medesimi titoli valorizzati per il prescelto, potesse portare, nei loro confronti, ad un diverso esito, su cui fondare il ristoro.

<sup>38</sup> Da ultimo, per una approfondita analisi v. G. GARDINI, *La perenne riforma della dirigenza pubblica*, in *Variazioni temi dir. lav.*, 2020, p. 45 ss.

dell'incarico a depotenziare la valutazione; mi pare, al contrario, che una insoddisfacente valutazione indebolisca il valore della temporaneità dell'incarico.

Meno problematica appare la questione della revoca dell'incarico, ancorata dal legislatore e dalla contrattazione collettiva alla sussistenza di rigorose ragioni oggettive (una riorganizzazione) o soggettive (un'accertata responsabilità dirigenziale); con la garanzia nel primo caso della conservazione della retribuzione di posizione fino a quella che sarebbe stata la naturale scadenza dell'incarico qualora il nuovo incarico sia di livello inferiore; e nel secondo del posto di lavoro, con un provvedimento che non incide sulla continuità del rapporto di lavoro, sì da rappresentare una rete a tutela del dirigente con una soluzione di maggior favore rispetto al privato.

### *5.3 L'accentuazione delle responsabilità a fronte di una compressione dell'autonomia*

La terza area di indagine attiene al tema delle responsabilità. Il dirigente è soggetto, al pari del personale del comparto, a molteplici forme di responsabilità: derivanti dall'ordinamento generale (penale e civile) e dall'ordinamento particolare (disciplinare e contabile), cui si aggiunge quella particolare e propria, la responsabilità dirigenziale<sup>39</sup>. La problematica delle responsabilità in questa sede sarà limitata ad alcune brevi considerazioni rivolte a quella disciplinare e dirigenziale, ovvero alle responsabilità privatistiche da inadempimento contrattuale.

Sul piano della responsabilità disciplinare la riforma del 2009 ha esteso anche alla dirigenza l'applicazione di sanzioni disciplinari conservative, subito seguita dai contratti d'area dirigenziale. La scelta sconta un'evidente differenza rispetto al settore privato e merita una considerazione critica. Senza dubbio la previsione della sola sanzione espulsiva non permetteva di sanzionare gli inadempimenti di minore rilevanza. Sotto questo profilo l'introduzione di sanzioni conservative può avere una

<sup>39</sup> In merito alle cinque responsabilità del dirigente pubblico v. V. TENORE, L. PALAMARA, B. MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, Giuffrè, II ed., 2013; v. anche G. NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2011.

propria ragionevolezza. Senonché sul piano sistematico (ed a prescindere da considerazioni di ordine gestionale riferite alla diminuzione di autorevolezza del dirigente nei confronti del personale che conosce dell'applicazione della sanzione) la misura della sospensione dal rapporto di lavoro e dalla retribuzione pone problemi di coordinamento con la regola della temporaneità dell'incarico e la valutazione del dirigente in ragione dei risultati ottenuti nel corso dell'anno e, più in generale, del singolo incarico. La sanzione disciplinare della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, anche se di pochi giorni, interrompe il nesso definito dal legislatore tra obiettivi, durata a termine dell'incarico e valutazione dell'attività prestata. Il principio di diritto che fissa un nesso inscindibile tra temporaneità degli incarichi ed obiettivi assegnati risulta indebolito. In sede difensiva il mancato raggiungimento degli obiettivi potrebbe essere ricondotto al mancato svolgimento dell'attività lavorativa per un certo periodo nell'arco temporale annuale preso a riferimento per la valutazione della prestazione. Né, con tutta evidenza, si potrebbe, in ipotesi, affermare che l'assenza (quale conseguenza dell'applicazione della sanzione della sospensione) sia da ricollegare ad un comportamento inadempiente del dirigente, sì da non poter essere in alcun modo considerata quale giustificazione del mancato raggiungimento degli obiettivi assegnati. Infatti se ciò è certamente vero dal punto di vista descrittivo, in punto di stretto diritto significherebbe nella sostanza sanzionare due volte il dirigente per il medesimo comportamento in violazione del principio del *ne bis in idem*.

Nondimeno la sanzione conservativa della sospensione dall'incarico pone importanti questioni anche in merito all'individuazione delle modalità e dei criteri per determinare chi assumerà le funzioni dirigenziali nel periodo di sospensione; e, in maniera strettamente connessa, quali iniziative potrà assumere il sostituto rispetto al sospeso, soprattutto nel caso in cui la sospensione non sia limitata a pochi giorni.

L'applicazione di sanzioni disciplinari conservative di carattere esclusivamente economico è l'unica che non comporta problemi di carattere sistematico, a condizione che sia riferita al trattamento accessorio di posizione.

Necessariamente più articolate sono le riflessioni riferite alla responsabilità dirigenziale, con un legislatore che con la novella del 2009 (che

segue l'intervento di razionalizzazione operato con la l. n. 145/2002) ha affiancato ad una responsabilità per mancato raggiungimento degli obiettivi ed inosservanza delle direttive imputabili, una responsabilità per colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione. In tutti i casi la responsabilità deve essere accertata secondo le procedure di valutazione (cfr. art. 21 d.lgs. n. 165/2001). Si è così, nella sostanza, esplicitata una responsabilità del dirigente datore di lavoro, già, peraltro, implicitamente compresa nella previsione del mancato raggiungimento degli obiettivi, a fianco di quella del dirigente dipendente.

Il punto è che una responsabilità manageriale può essere congruamente ravvisata solo in presenza di un'effettiva autonomia, nell'esercizio sia della pubblica funzione, sia delle prerogative del privato datore di lavoro. In merito si deve ritornare sul fatto che negli ultimi anni si assiste alla proliferazione di una regolamentazione eccessiva ed invasiva di dettaglio volta a definire i comportamenti dovuti, sia sul piano dell'esercizio della funzione amministrativa (con l'adozione delle c.d. leggi provvedimento), sia sul piano della gestione del rapporto di lavoro (con l'indicazione puntuale delle condotte gestionali). Norme integrate da specifiche misure sanzionatorie, qualificate quali forme di responsabilità per lo più dirigenziale anche per il caso di mancata adozione di singoli comportamenti. Il ridimensionamento della discrezionalità nell'esercizio dei poteri pubblici e privati appare evidente, in contrasto con la logica manageriale (a parole) importata dal privato, ma che risulta compressa, con un'indubbia tensione tra l'adempimento puntuale (prevalente) e l'attenzione al risultato (secondaria)<sup>40</sup>. Sul piano dell'esercizio della funzione amministrativa si assiste al già evidenziato diffuso amministrare per legge che ha condotto all'adozione di leggi

<sup>40</sup> In merito A. BELLAVISTA, *Il dirigente pubblico e i suoi poteri alla luce della riforma Madia*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, in *Quaderni Riv. giur. lav.*, 4, 2019, p. 42, richiamando S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, Relazione presentata al convegno di Varenna – 23 settembre 2016, p. 6 evidenzia come la coppia autonomia-responsabilità di risultato sia stata sostituita dalla coppia obbligo legislativo-responsabilità di trasgressione di regola di condotta.

“auto applicative”, come se il legislatore potesse essere autosufficiente, ignorando che il Parlamento non è adatto al disbrigo di compiti amministrativi<sup>41</sup>. Sul piano dell’esercizio dei poteri datoriali l’indicata compressione è conclamata nel loro particolare assetto, significativamente differente rispetto al settore privato. Nel settore pubblico ai poteri di controllo e disciplinare è attribuito uno specifico rilievo finalistico che ne conduce a configurare il loro sostanziale obbligo di esercizio, sì da non essere semplicemente strumentali all’esercizio del potere direttivo. A ciò si affianca poi l’indicazione di una serie di necessari comportamenti puntuali che unita al principio di parità di trattamento riduce gli ambiti di autonomia gestionale.

Il dirigente è, dunque, attento all’attuazione e all’adempimento puntuale, in una logica prettamente difensiva, anche con il timore di assumere iniziative che si pongono in discontinuità con quelle che sono consolidate prassi applicative. A ciò il legislatore sull’onda dell’emergenza pandemica e dell’esigenza di assumere in maniera rapida decisioni ha intrapreso un percorso che si auspica possa continuare volto a spostare le responsabilità verso chi non decide, per alcuni profili con disposizioni di natura temporanea (in materia di responsabilità amministrativa e penale) che si auspica possano essere definitivamente acquisite al sistema (cfr. artt. 21 e 23 del d.l. n. 76/2020, convertito in l. n. 120/2020).

## ***6. Fase genetica, funzionale ed estintiva del rapporto di lavoro***

L’analisi fin qui compiuta trova la propria naturale prosecuzione nella considerazione dei profili di maggior rilievo che connotano la fase genetica, quella funzionale ed estintiva del rapporto di lavoro, da cui si possono parimenti desumere alcune importanti linee di tendenza.

### ***6.1 Il reclutamento e la programmazione di fabbisogno di personale***

Il tema del reclutamento, al centro del dibattito attuale per alcune forti accelerazioni impresse dal Ministro della funzione pubblica, non può essere considerato in maniera disgiunta da quello della connessa (e

<sup>41</sup> Così S. CASSESE, *Che cosa resta dell’amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, p. 4.

propedeutica) fase di programmazione del fabbisogno di personale<sup>42</sup>. In merito un giudizio incondizionatamente positivo deve essere rivolto alla riforma del 2017 nella parte in cui ha inteso superare il vincolo della dotazione organica a favore dell'introduzione di uno diverso che ha riguardo al tetto massimo di spesa<sup>43</sup>. La programmazione di fabbisogno a propria volta presuppone una preventiva mappatura delle esigenze di personale, resa ancor più evidente dalla fase pandemica e dalla connessa espansione della digitalizzazione. Peraltro la scelta dell'amministrazione era già stata in qualche misura indirizzata dal legislatore con il c.d. decreto concretezza (l. n. 56/2019) in cui, al fine di addivenire ad un effettivo ricambio generazionale e ad una migliore organizzazione del lavoro, si è evidenziata l'esigenza di reclutare in via prioritaria figure professionali con elevate competenze in materia di digitalizzazione; di razionalizzazione e semplificazione dei processi e dei procedimenti amministrativi; di qualità dei servizi pubblici; di gestione dei fondi strutturali e della capacità di investimento; di contrattualistica pubblica; di controllo di gestione e attività ispettiva; di contabilità pubblica e gestione finanziaria (art. 3, comma 2, l. n. 56/2019).

La tematica è di indubbia complessità con l'intreccio di profili di carattere organizzativo con altri più specificamente lavoristici. Occorre, infatti, comprendere la quantità di personale e le professionalità di cui necessita l'amministrazione e definire le relative modalità di scelta<sup>44</sup>. Un'attività che deve essere compiuta non solo nell'ottica del reclutamento di nuovo personale, ma anche in vista della predisposizione di adeguati percorsi di formazione per la valorizzazione del personale già in forza. In merito a questo profilo deve essere rimarcato quanto condiviso da Governo e parti sociali nel «Patto per l'innovazione del

<sup>42</sup> Da ultimo in tema di reclutamento v. G. D'ALESSIO, *Il reclutamento del personale e della dirigenza delle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubb. amm.*, 4, 2020, p. 3 ss.

<sup>43</sup> Cfr. M. D'ONGHIA, *Il fabbisogno del personale pubblico e le politiche di reclutamento tra nuove sfide e riduzione dei costi*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2018, p. 435 ss.; A. RICCOBONO, *La nuova disciplina sugli organici tra opportunità e occasioni mancate*, in A. GARILLI, A. RICCOBONO, C. DE MARCO, A. BELLAVISTA, M. MARINELLI, M. NICOLOSI, A. GABRIELE, *op.cit.*, p. 21 ss.

<sup>44</sup> In merito v. S. PEDRABISSI, *Il capitale umano nella pubblica amministrazione: dall'accesso al conferimento degli incarichi dirigenziali, tra conoscenze e competenze*, in *Lav. pubb. amm.*, 4, 2019, p. 112 ss.

lavoro pubblico e la coesione sociale» sottoscritto nel marzo di questo 2021, ovvero che «la formazione e la riqualificazione del personale deve assumere centralità quale diritto soggettivo del dipendente pubblico e rango di investimento organizzativo necessario e variabile strategica non assimilabile a mera voce di costo nell'ambito delle politiche relative al lavoro pubblico» (punto 4, p. 7).

Qui, però, occorre tener presenti tre diversi piani, tra loro connessi, ma variamente combinabili: la formazione in un'ottica di manutenzione ed incremento della professionalità, l'adeguata valorizzazione economica del personale e le aperture a progressioni di carriera. La formazione rappresenta il pilastro ineludibile – individualizzata e calibrata con riferimento alla specificità d'azione che l'ente intende intraprendere e alle eventuali lacune da colmare anche alla luce delle preferenze manifestate dai singoli dipendenti –, mentre il congruo riconoscimento economico delle competenze non deve essere necessariamente collegato al passaggio ad una categoria superiore. Il sistema attuale, così come risultante dalla novella del 2009, nel prevedere la riserva, nella misura massima del 50% agli interni, nel caso di concorsi per nuove assunzioni (cfr. art. 52, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 165/2001), esprime la condivisibile finalità di legare la progressione all'esistenza di un'effettiva esigenza organizzativa. Certo permane un doppio limite, l'uno legato alla norma, l'altro legato alle prassi. Il vincolo del possesso del titolo di studio richiesto per l'accesso dall'esterno è di per sé impeditivo della possibile promozione di coloro che non abbiano un adeguato titolo di studio per accedere alla categoria superiore. Poi vi sono i comportamenti, che si concretizzano nel valorizzare nell'ambito dei titoli valutabili quelli di servizio, sì da agevolare, di regola, chi può vantare una maggiore anzianità lavorativa e non l'esperienza professionale.

Si ritiene, altresì, che la valorizzazione delle professionalità interne non possa essere adeguatamente perseguita con progressioni verticali riservate, ciclicamente previste dal legislatore. Non solo non convincono le procedure semplificate previste per ottenere l'avanzamento di carriera, con l'effetto di rispettare nella forma, ma non nella sostanza, il principio del pubblico concorso; ma soprattutto perpetuano l'idea della sussistenza di un implicito diritto alla promozione in cui la posizione soggettiva del singolo risulta anteposta all'interesse dell'organizzazione. Con l'effetto

di trovarsi di fronte a lavoratori che seppur promossi ad una categoria superiore continuano a svolgere i compiti precedenti, dando luogo sul piano del diritto del lavoro ad un indubbio demansionamento. Diversa è l'esigenza di prevedere idonei percorsi di sviluppo di carriera per i dipendenti che svolgono di fatto, da un rilevante periodo di tempo, mansioni superiori.

Per quanto concerne, poi, il reclutamento di nuovo personale, l'attenzione deve rivolgersi precipuamente all'assunzione con contratto a tempo indeterminato. L'utilizzazione di tipologie flessibili ha assunto un valore residuale – dopo che i blocchi assunzionali di inizio 2000 per alcuni anni avevano di fatto reso l'assunzione a termine o la sottoscrizione di contratti di collaborazione l'unica modalità di inserimento di forze nuove nel settore pubblico, con le successive problematiche non ancora del tutto definite della stabilizzazione di detto personale –, ancorché a livello di sistema occorrerebbe meglio differenziare tra una flessibilità in entrata ed una flessibilità organizzativa. Il legislatore ha consolidato un'impostazione di *self restraint* per la prima (ancorché i presupposti di temporaneità e di eccezionalità non siano più uniti dalla congiunzione “e”, bensì dalla disgiuntiva “o”, sì da ampliare le occasioni di assunzione), mentre non ha adeguatamente seguito gli spazi aperti per la seconda, soprattutto per quanto concerne i contratti formativi. Ma soprattutto si è lasciato alla giurisprudenza il compito di determinare le conseguenze risarcitorie nel caso dell'illegittima utilizzazione di tali tipologie, con un divieto di conversione che trova giustificazione non tanto nel rispetto del principio dell'accesso per concorso, quanto in quello della programmazione di personale legato al contenimento dei costi.

Per le assunzioni a tempo indeterminato – sintetizzando una considerazione che di per sé meriterebbe un'autonoma trattazione – è ormai opinione comune quella per cui le procedure ed i criteri di selezione del personale, rigidamente ancorati al regime pubblicistico, non solo non sono il più delle volte pienamente soddisfacenti per intercettare le competenze più idonee, ma soprattutto non sono omogenei con quelli che saranno utilizzati per valutare la prestazione nel corso del rapporto di lavoro. Il legislatore nel corso di questi venti anni ha tentato di porre rimedio alle esigenze di selezione, prevedendo tra l'altro il concorso

unico per funzioni omogenee e per la dirigenza cercando di implementare il corso-concorso, anche se in questo caso alle dichiarazioni non hanno sempre fatto seguito coerenti iniziative attuative. Il nodo rimane però la questione della capacità di selezionare in ragione degli effettivi bisogni e delle specifiche esigenze delle amministrazioni e, dunque, sulla base di una preventiva puntuale mappatura di carattere organizzativo.

### *6.2 Adempimento del contratto di lavoro ed esercizio delle prerogative dirigenziali del privato datore di lavoro*

Se si ha riguardo alla fase di svolgimento del rapporto, due sono gli ambiti su cui far convergere l'analisi: il progressivo ampliamento dei riferimenti ai principi pubblicistici nella definizione dei doveri del pubblico dipendente (emblematici sono i contenuti del codice di comportamento) e la già richiamata progressiva riduzione degli ambiti di discrezionalità gestoria del dirigente.

Il richiamo ai principi pubblicistici, unitamente alla iper-legificazione della disciplina del rapporto di lavoro, non ne inficiano la natura contrattuale, la cui costituzione con contratto individuale costituisce un baluardo insuperabile contro la sua funzionalizzazione. Né si può in alcun modo affermare che per il tramite del richiamo dei principi pubblicistici vi sia stato un ampliamento del debito contrattuale volto ad includere anche misure morali in vista di un incremento dell'efficienza dell'azione della pubblica amministrazione. Le disposizioni che richiamano il rispetto dei principi di imparzialità e di buon andamento devono essere lette e considerate sul piano del rapporto di lavoro come vincolo all'adempimento secondo i canoni di correttezza e buona fede quale trasposizione sul piano contrattuale degli indicati precetti costituzionali<sup>45</sup>.

Sulla compressione dell'autonomia gestionale del dirigente si è già detto. Qui occorre solo rimarcare come il sostanziale obbligo di esercizio del potere disciplinare, nel segnare una netta differenza rispetto al privato,

<sup>45</sup> Su diritti e doveri dei lavoratori pubblici in amministrazioni costituzionalmente indirizzate al buon andamento v. L. ZOPPOLI, *Buon andamento della pubblica amministrazione e diritti e doveri dei lavoratori*, in *Lav. pubb. amm.*, 2, 2019, p. 1 ss.

precludono, di fatto, la possibilità di attivare la leva organizzativa o quella sanzionatoria, a favore di quest'ultima.

Non meno rilevante è stato l'incremento degli interventi della magistratura nelle sue varie articolazioni – non solo amministrativa, ma anche e soprattutto ordinaria (penale) e contabile –, nonché di altre autorità (prime fra tutte l'Autorità nazionale anticorruzione), attivatasi per sindacare la legittimità degli atti adottati dalla burocrazia, con un ulteriore freno alla residuale spinta propositiva della dirigenza<sup>46</sup>. La percezione del rischio di un possibile intervento giudiziario ha portato a posticipare l'assunzione e la successiva attuazione delle decisioni, con scelte quasi mai innovative, molte volte in attesa della formulazione di pareri preventivi e di provvedimenti giurisdizionali che potessero in qualche modo tracciare la via<sup>47</sup>.

### ***6.3 Estinzione del rapporto di lavoro e tutele del prestatore di lavoro tra diritto sostanziale e processuale***

Infine occorre rivolgere l'attenzione alla fase estintiva del rapporto di lavoro. Qui i momenti "temporali" di rilievo sono due. Il primo è dato dalla novella del 2009, a sua volta importante per due interventi. Innanzitutto per l'esplicitazione della necessaria giustificazione causale del recesso intimato nei confronti di tutti i dipendenti, includendo espressamente anche la categoria dirigenziale, sì da recepire quanto la Corte costituzionale aveva già affermato nell'importante sentenza n. 313 del 1996<sup>48</sup> e quanto era già evincibile in via di interpretazione sistematica dalla disciplina normativa e contrattuale vigente al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 165/2001<sup>49</sup>. A ciò si aggiunge la predeterminazione di alcuni comportamenti inadempienti per i quali è previsto che si applichi comunque la sanzione disciplinare

<sup>46</sup> Così C. D'ORTA, *25 anni di norme che hanno paralizzato la PA. Riconosciamo gli errori e proviamo a rilanciare il nostro Paese*, in *Lav. pubb. amm.*, 2016, p. 783 ss., sp. p. 785 ss.

<sup>47</sup> Sulla percezione del rischio v. S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, p. 293 ss.

<sup>48</sup> Corte cost. 25 luglio 1996, n. 313, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1997, p. 36, con nota di E. GRAGNOLI, *Imparzialità del dipendente pubblico e privatizzazione del rapporto*.

<sup>49</sup> In merito sia consentito, A. BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 335 ss.

del licenziamento, immediato o con preavviso (art. 55-*quater*, d.lgs. n. 165/2001). Il secondo momento è dato dalla riforma del 2017, ricordata per gli interventi volti a rendere più rigorosa la disciplina nei confronti dei c.d. “furbetti del cartellino”; ma ancor più rilevante per l’aver definito la tutela da riconoscere ai dipendenti illegittimamente licenziati, unitamente all’affermazione del potere del giudice di rideterminare la sanzione conservativa applicabile al dipendente nel caso di annullamento di quella irrogata dall’amministrazione per violazione del principio di proporzionalità.

Dunque, se la riforma del 2009 interviene nella determinazione dei presupposti causali del licenziamento, quella del 2017 principalmente sulle tutele. Si tratta di provvedimenti normativi importanti, ma che hanno visto la successiva giurisprudenza e contrattazione collettiva modificarne in parte la portata.

Sul piano sostanziale la giurisprudenza (della Cassazione e della Corte costituzionale) nel richiedere la necessaria valutazione di proporzionalità anche con riguardo ai comportamenti che ai sensi dell’art. 55-*quater* “comportano” il licenziamento, non ha fatto altro che addivenire ad una interpretazione costituzionalmente orientata della norma e non ad un suo “smantellamento”, come incongruamente vociferato in sedi informali<sup>50</sup>. Il diritto vivente ha imposto di valutare in concreto il comportamento, sì da consentire anche all’amministrazione (e segnatamente all’ufficio per i procedimenti disciplinari) di non irrogare il licenziamento nel caso in cui la valutazione della condotta presenta circostanze idonee a giustificare l’applicazione della sola sanzione conservativa. Dunque, una sostanziale inversione dell’onere della prova rispetto a quanto previsto dall’art. 5 della l. n. 604/1966 che, come noto, impone al datore di lavoro di dimostrare la gravità dell’inadempimento nei suoi aspetti soggettivi ed oggettivi.

Sul piano delle tutele chi ha “sparigliato le carte” è stata la contrattazione collettiva d’area dirigenziale della tornata 2016-2018 che ha riprodotto quanto già previsto dalla contrattazione precedente. Senza dubbio la

<sup>50</sup> In dottrina, tra i molti, v. almeno, S. MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2010, p. 615 ss. V. Corte cost. 23 giugno 2020, n. 123 e per la giurisprudenza di legittimità le più recenti Cass., 19 agosto 2020, n. 17321; Cass., 16 luglio 2020, n. 15227; Cass., 1° luglio 2020, n. 13411; Cass., 16 aprile 2018, n. 9314.

tutela prevista dal secondo comma dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 si applica a tutti i dipendenti; e la previsione legislativa ha avuto il merito di porre la parola fine alla *querelle* interpretativa che si era sviluppata all'indomani dell'emanazione della legge Fornero e che ruotava intorno all'individuazione della disciplina applicabile al pubblico impiego. La stessa giurisprudenza di legittimità nel breve volgere di pochi mesi ebbe modo di modificare più volte orientamento<sup>51</sup>. La specialità della disciplina<sup>52</sup> ha una doppia ricaduta, sostanziale e processuale. In merito a quest'ultima non è utilizzabile il rito Fornero, criticato per alcune intrinseche debolezze (prima fra tutte la possibilità che giudice della fase sommaria e di quella di opposizione, entrambe interne al primo grado di giudizio, coincidano), ma che garantisce di arrivare alla sentenza definitiva in tempi limitati, di regola prima dei 24 mesi indicati come limite massimo del risarcimento dall'art. 63. Un'analogo garanzia di contenimento dei tempi non si ha con il rito ordinario.

Sul piano sostanziale la specialità di disciplina comporta che il dipendente pubblico, di cui sia stato annullato o dichiarato nullo il licenziamento, non possa optare per la corresponsione dell'indennità sostitutiva della reintegrazione. Ciò anche in ragione dell'impossibilità di monetizzare il posto di lavoro, con un vincolo connesso primariamente al principio dell'accesso per concorso che vale per entrambe le parti del rapporto, amministrazione e lavoratore. Senonché su questo scenario si è innestata la già richiamata contrattazione d'area dirigenziale con cui si è ribadito quanto già previsto prima della riforma del 2017, ovvero che l'amministrazione o il dirigente possono proporre all'altra parte, in sostituzione della reintegrazione, il pagamento di un'indennità supplementare determinata, in relazione alla valutazione

<sup>51</sup> Per la ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione sia consentito rinviare ad A. BOSCATI, *Articolo 18 dello statuto dei lavoratori e lavoro pubblico contrattualizzato nella mutevole giurisprudenza della corte di cassazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, p. 247 ss.

<sup>52</sup> Si prevede la condanna dell'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, nonché al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, e comunque in misura non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, con condanna del datore di lavoro, per il medesimo periodo, anche al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

dei fatti e delle circostanze emerse, tra un minimo pari al corrispettivo del preavviso maturato, maggiorato dell'importo equivalente a due mensilità, ed un massimo pari al corrispettivo di ventiquattro mensilità. Un'indennità che è automaticamente aumentata, ove l'età del dirigente sia compresa fra i quarantasei e i cinquantasei anni, secondo misure predeterminate dal contratto collettivo e variabili a seconda dell'età. Il testo contrattuale riconosce, dunque, la corresponsione, su accordo delle parti, dell'indennità risarcitoria come alternativa alla reintegrazione. Mi pare che la disposizione negoziale si ponga in contrasto con quanto previsto dalla legge, non potendo in senso contrario condurre né la previsione secondo cui il dirigente che accetti l'indennità supplementare in luogo della reintegrazione non può successivamente adire l'autorità giudiziaria per ottenere la reintegrazione (sì da far pensare con un'abile *escamotage* lessicale che si tratti di un accordo definito prima della sentenza, ma che sconta il fatto che la reintegrazione può essere disposta dal giudice e non profetizzata dall'amministrazione), né il divieto per l'amministrazione, in caso di pagamento dell'indennità supplementare, di assumere un altro dirigente nel posto precedentemente coperto dal dirigente cessato, per un periodo corrispondente al numero di mensilità riconosciute (che solo in apparenza non comporta un aumento della spesa, dato che la somma viene corrisposta in assenza di controprestazione e, dunque, un aggravio di costo sussiste). In materia di giurisdizione permane poi la problematica convivenza della giurisdizione amministrativa e di quella ordinaria del lavoro<sup>53</sup>. Se i diversi ambiti di intervento appaiono delineati con sufficiente chiarezza nell'art. 63, i singoli contenziosi presentano questioni tutt'altro che semplici soprattutto nel caso in cui l'atto organizzativo, sindacabile in via diretta dal giudice amministrativo, produca effetti anche sul piano del rapporto di lavoro. L'esempio forse più emblematico è quello di un processo di riorganizzazione che comporta l'eliminazione di alcune posizioni, ove la scelta organizzativa a monte si riflette in via immediata anche sul piano del rapporto di lavoro. La giurisprudenza di legittimità

<sup>53</sup> In tema, da ultimo, v. A. RICCARDI, *I poteri del giudice ordinario nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Lav. pubb. amm.*, 4, 2020, p. 107 ss. e della stessa A., *La tutela del lavoratore pubblico tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Lav. pubb. amm.*, 2, 2020, p. 47 ss.

nell'invocare il principio del *petitum* sostanziale per l'individuazione del giudice competente ha cercato di offrire una soluzione. Essa, tuttavia, non si presenta del tutto soddisfacente nel caso in cui sulla base della domanda il giudice di lavoro si dichiara competente e, ai fini della decisione, disapplichì l'atto amministrativo presupposto in ragione della sua ritenuta coesistente illegittimità e rilevanza ai fini della decisione. Un atto che è disapplicato ai fini della singola decisione in quanto ritenuto illegittimo, ma che in quanto non annullato esiste ancora.

### **7. Problematiche aperte e prospettive di riforma**

Giunti a questo punto si apre l'ultima parte dove, sulla scorta di quanto fin qui evidenziato, si cercherà di individuare possibili ambiti e percorsi di intervento, sulla base delle problematiche emerse e delle opportunità derivanti anche dall'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza. Il primo dato attiene all'esigenza di tenere insieme due ambiti di riflessione che lo sono stati solo nella forma, ma non nella sostanza: la riforma dell'organizzazione e quella del personale. Solo la riforma Brunetta del 2009 e la Madia del 2015 si erano poste all'inizio del percorso l'obiettivo di considerare congiuntamente gli ambiti. Ben presto, tuttavia, la postulata riforma dell'organizzazione ha ceduto il passo alla sola riforma del personale. È un rischio che si sta correndo anche ora, al di là, ancora una volta, di enunciazioni di principio. La fase pandemica ha dimostrato e sta dimostrando l'esigenza di interventi organizzativi strutturali e rapidi. L'attenzione è, invece, precipuamente rivolta al personale, perseguendo una logica di consenso sociale che ha quali destinatari coloro che sono già dipendenti e coloro che lo potranno diventare a breve a seguito delle procedure concorsuali che sono state già bandite e che lo saranno a breve. Senza dubbio l'inserimento di "forze nuove" nell'ambito della pubblica amministrazione è da valutare positivamente e non solo nella prospettiva di rimpiazzare coloro che nel corso di questi anni cesseranno dal rapporto di lavoro. Come del pari importante è valorizzare il personale interno, sul piano professionale e su quello economico. Ma ciò deve essere accompagnato da una riforma strutturale dell'organizzazione anche in una logica di semplificazione. Sotto questo profilo il ripensamento del come organizzare certe attività di servizio, secondo una nuova integrazione pubblico-privato, potrebbe essere la soluzione,

con un equo bilanciamento ed avendo sempre il filo conduttore della salvaguardia dell'interesse pubblico. In tutto ciò il fattore temporale, da intendersi come parametro di buona amministrazione, al pari di efficacia ed efficienza, sotto il profilo organizzativo e rapidità sotto il profilo provvedimentale, è essenziale. La società contemporanea è un mondo che richiede risposte veloci, le ha richieste anche in fase pandemica. Le amministrazioni sono, invece, strutturate e caratterizzate non tanto per governare ed anticipare i processi, ma per inseguirli, arrancando, così da arrivare in molti casi a perfezionare un modello quando deve già considerarsi obsoleto per il mutamento delle necessità. L'urgenza di un cambiamento di rotta mi pare imprescindibile.

Il secondo aspetto, strettamente connesso a quello appena evidenziato, è che occorre riflettere sui risultati offerti dalla disciplina vigente, in molti casi non attentamente considerati. Deve essere abbandonata l'idea che per riformare si possa (o meglio si debba) solo demolire. Si deve privilegiare una logica di manutenzione costruttiva, creando ponti tra le varie discipline, secondo un progetto unitario e globale. Il continuo mutamento dei punti di riferimento oltre a poter incidere sulla garanzia della continuità dell'azione amministrativa produce anche l'effetto di creare un senso di smarrimento (se non vera e propria destabilizzazione) nel personale pubblico.

Ciò non toglie – e così si passa al terzo aspetto – che la disciplina del lavoro pubblico richieda degli interventi. E questo, innanzitutto, sul piano dell'assetto delle fonti. L'eliminazione del richiamo ai principi pubblicistici nelle norme volte a definire gli obblighi del prestatore di lavoro e le modalità di gestione del personale rappresenta il primo passaggio, in una logica di chiarezza volta a tracciare il confine tra diritto pubblico e privato, di ausilio prima pratico che teorico. Deve poi seguire una razionalizzazione degli ambiti riservati alla disciplina della legge. Non tutte le speciali disposizioni del d.lgs. n. 165/2001 sono tali per rispettare vincoli costituzionali; non lo sono, in particolare, quelle che definiscono (o meglio limitano) l'intervento della contrattazione collettiva nell'ambito ricondotto sotto l'egida del diritto privato, quelle che definiscono il rapporto tra contrattazione collettiva di diverso livello e neppure lo sono quelle che disciplinano in maniera puntuale (e sostanzialmente obbligatoria) l'esercizio del potere disciplinare. Il potenziamento del

livello di efficienza degli uffici pubblici ed il contrasto ai fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo può essere perseguito anche con scelte organizzative e non necessariamente in via disciplinare, dato che certi comportamenti inadempienti possono essere il frutto di criticità organizzative, sì da evocare la nota differenza tra nullafacenti e fannulloni, tanto in voga all'inizio del decennio scorso.

Quale quarto aspetto di riflessione, strettamente connesso a quanto appena evidenziato, vi è l'esigenza di ripensare alle regole che indicano nel dettaglio i comportamenti che la dirigenza deve tenere, accentuando gli spazi per l'assunzione di scelte discrezionali, nell'esercizio dei poteri pubblici e privati, con un ambito di intervento dei controlli e delle magistrature circoscritto in questi casi alle ipotesi di palese irrazionalità ed arbitrarietà delle decisioni. L'autonomia decisionale deve tornare al centro, abbandonando i comportamenti tipicamente difensivi che hanno caratterizzato molte azioni degli ultimi anni.

Con specifico riferimento alle prerogative del privato datore di lavoro, alla contrattazione collettiva, segnatamente a quella di livello integrativo, potrebbe essere riconosciuto uno spazio di azione più ampio, con il correttivo di fissare per gli aspetti che non attengono al trattamento economico in luogo (e all'opposto) dell'attuale ultrattività una scadenza automatica, anche senza necessità di disdetta, sì da lasciare le parti (e nello specifico la dirigenza) libere di decidere se prorogare di un anno il contratto, di attivare una procedura di rinnovo o di agire in via unilaterale.

Il tema delle prerogative dirigenziali non può essere disgiunto – è il quinto aspetto – da una riflessione sul rapporto tra politica ed amministrazione. Si è già esplicitata l'idea che il modello astratto in sé considerato è condivisibile, esponendoci con questa osservazione all'obiezione secondo cui il modello deve essere verificato nella sua attuazione concreta e che se questa è insoddisfacente allora non lo può non essere anche il modello. Come sempre *in medio stat virtus*. In fondo la prassi prevale sulle norme; e questo per responsabilità di tutti gli attori, senza dubbio la politica, ma anche la dirigenza. Sono passati molti anni da quando si denunciava il c.d. scambio tra sicurezza e potere fra “politici” intenzionati a non abbandonare il controllo della gestione quotidiana e “burocrati” disponibili a rinunciare all'area di manovra loro propria, in cambio di una

sostanziale irresponsabilità ed inamovibilità<sup>54</sup>. Il palcoscenico è mutato, i problemi sono rimasti, la cura non è semplice. La sanzionabilità della politica al di fuori del circuito democratico, ovviamente per quei comportamenti che non costituiscano illecito, presupporrebbe scelte in cui il rimedio rischia di essere peggiore del male. Occorre con più insistenza rivolgere l'attenzione ai risultati della struttura. La spasmodica attenzione alla prestazione del singolo individuo, accentuata nella riforma del 2009 e in parte congruamente depotenziata in quella del 2017, merita un ulteriore ripensamento. Il miglioramento dell'efficienza e della qualità dell'azione dell'amministrazione non può ruotare intorno a valutazioni e premi prevalentemente individuali. Deve rivolgersi alla misurazione e alla valutazione della prestazione degli enti, avendo riguardo ai servizi e alle prestazioni resi dalla amministrazione come organizzazione. Tutto ciò senza attribuire, peraltro, un valore dirimente alle sole valutazioni dei c.d. *stakeholders* per non cadere ancora una volta nell'equivoco di scelte potenzialmente guidate dalla logica del consenso. E il fatto che nel settore pubblico non ci sia un mercato economico con cui confrontarsi meriterebbe una maggiore laicità di analisi. I costi e i risultati delle azioni nelle attività di servizio possono essere misurati e parametrati anche nel settore pubblico e anche in parallelo con il settore privato. Non è solo incapacità di analizzare adeguatamente; vi è anche la ritrosia a fornire e condividere dati; e questo se nel privato è frutto di decisioni volte a salvaguardare il proprio *business*, nel pubblico è espressione della volontà di conservare un potere autoreferenziale in ogni ambito d'azione. L'ultima riflessione è rivolta al capitale umano, quello che verrà assunto e quello che è già incardinato nell'ambito delle amministrazioni. Per questi ultimi mi pare che la questione più urgente non sia tanto quella di assicurare una promozione per tutti, bensì quella di garantire le condizioni perché possano continuamente adeguare la loro professionalità, cui si unisce l'esigenza di individuare percorsi premiali che consentano a coloro che non siano in possesso di un adeguato titolo di studio per accedere alla categoria superiore di seguire corsi per

<sup>54</sup> S. CASSESE, *Grandezza e miserie dell'alta burocrazia in Italia*, in *Pol. dir.*, 1981, p. 219 ss. e dello stesso A., *Il sistema amministrativo italiano*, Roma, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, 1982, p. 52 ss.

poter acquisire titoli per partecipare a tali procedure concorsuali. Per quelle che dovranno essere le nuove assunzioni il discorso si sdoppia in due prospettive legate tra loro dalla parola “competenza”; e questo in un contesto che richiede figure professionali con competenze tecniche, nel corso degli anni progressivamente diminuite e necessarie per poter dar corso alla ridefinizione delle funzioni e delle missioni di pubbliche amministrazioni moderne ed efficienti. Il reclutamento deve essere, poi, improntato ad un approccio sempre più basato sull'accertamento della competenza, intesa come capacità di orientarsi in un dato ambito coniugando capacità professionali e relazionali. Le alternative possibili sono molteplici, ma presuppongono anche attenzione ad un profilo mai adeguatamente emerso nel dibattito, ovvero la qualità delle commissioni esaminatrici, con un legislatore attento in negativo ad indicare chi non ne può far parte, ma non in positivo ai requisiti per potervi partecipare.

Nel contesto così delineato non è più procrastinabile l'introduzione nel settore pubblico del contratto di apprendistato, subordinato all'emanazione di un d.P.C.M. da troppo tempo atteso. Una tipologia contrattuale tale da permettere l'acquisizione di personale giovane, di inserirlo nella “macchina pubblica”, di fidelizzarlo e, soprattutto, di valutarne le capacità in un arco temporale senza dubbio più ampio del ristretto periodo di prova. A valle occorre poi ripensare il sistema di inquadramento del personale, superando alcune resistenze, ma con lo scopo di operare modifiche in una prospettiva di opportunità e non di vincolo.

In definitiva ciò che occorre recuperare è una visione d'insieme. In questi venti anni vi sono stati molteplici interventi di modifica del testo originario (e del testo che aveva già modificato il testo originario), alcuni dettati dalla contingenza, altri nati da grandi ambizioni di riforma, ma poi naufragati nel loro progetto complessivo e ricondotti nell'ambito di una mera manutenzione dell'esistente. Un'evoluzione che però ha segnato un'indubbia esondazione della legge e dei principi pubblicistici, invertendo in maniera netta la tendenza che era stata alla base della prima e soprattutto della seconda fase della riforma. L'esigenza di razionalizzazione che era stata alla base del decreto 165 e che la riforma del 2015 aveva cercato anch'essa di perseguire, prendendo coerentemente atto di tale necessità, è ancora presente. Nel nostro sistema non

sono mancati esempi recenti di codificazione, mi riferisco al Codice dei contratti pubblici, ma non solo. Occorre, però, aver ben chiaro che nel lavoro pubblico la coesistenza tra diritto privato e diritto pubblico non costituisce tanto il frutto di un matrimonio d'interesse, come ebbe a dire il compianto Massimo D'Antona, quanto una convivenza forzata disposta dal legislatore il quale si deve far carico della permanenza pacifica del vincolo in una sintesi che coniughi le due anime.